

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: DA POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO  
DA VULNERABILIDADE SEXUAL DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL.**

Camila Marqueti Rosa

Presidente Prudente/SP

2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: DA POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO  
DA VULNERABILIDADE SEXUAL DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL.**

Camila Marqueti Rosa

Monografia apresentada como requisito parcial de  
Conclusão de Curso para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito, sob orientação da Prof.<sup>a</sup>  
Fernanda de Matos Lima Madrid.

Presidente Prudente/SP

2016

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: DA POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO  
DA VULNERABILIDADE SEXUAL DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL.**

Monografia apresentada como requisito parcial de  
Conclusão de Curso para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Fernanda de Matos Lima Madrid

João Augusto Arfeli Panucci

Carla Caroline Santana Silva

Um dia, entenderemos o porquê do desafio que nos é imposto agora...  
Tudo tem uma razão. Deus sabe.  
Rosicarmen Xavier

Dedico este trabalho aos meus pais que se esforçaram ao máximo e sempre me apoiaram para que eu chegasse a este momento tão esperado.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus, por ter me sustentado e capacitado até este momento, por ter me ajudado a vencer todos os obstáculos que surgiram em minha jornada.

À minha família que me proporcionou esta oportunidade sem medir esforços e sempre me apoiou e aconselhou para que fizesse o melhor de forma honesta.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que com muito carinho e dedicação fizeram com que me identificasse com este curso.

Aos meus amigos, que me acompanharam nesta caminhada, e sempre estiveram ao meu lado, compartilhando momentos de alegrias e tristezas, apesar de cada um seguir seu caminho ficarão para sempre em minha memória.

A minha professora e orientadora, mulher experiente e incrível que teve toda paciência e dedicação para me orientar e incentivar para que esta monografia se concluísse. Meu reconhecimento.

## RESUMO

**RESUMO:** este trabalho relata sobre um equívoco causado pelo legislador, onde determinadas pessoas são protegidas e assim tem seu direito à liberdade impedido. O assunto discutido é o Estupro de Vulnerável um crime inserido poucos anos atrás no ordenamento jurídico e tem previsão legal no artigo 217-A do Código Penal, onde ao mesmo tempo em que protege tira direitos do ser humano. Esta previsão legal é muito importante para os vulneráveis, mas há muito que se discutir, pois não são todos considerados vulneráveis, há divisões no que se refere à vulnerabilidade, e em cada caso concreto podemos extrair situações diferentes, não sendo justa sua condenação, principalmente quando há discernimento das pessoas protegidas no caput e no parágrafo primeiro deste artigo. São muitas as injustiças causadas por um dispositivo legal que generaliza, como neste caso que necessita de uma relativização para que seja sanado o erro, para que pessoas inocentes não sejam condenadas injustamente e sejam prejudicadas em sua vida em coletividade. Através de pesquisas na internet e em livros podemos tomar conhecimento sobre este crime e formular teorias para termos uma solução para que nenhum direito seja impedido.

**Palavras- Chave:** Estupro de Vulnerável. Proteção. Injustiças. Relativização.

## **ABSTRACT**

**ABSTRACT:** This paper reports on a misunderstanding caused by the legislature, where certain people are protected and thus has their rights of freedom prevented. The subject discussed is the Rape of Vulnerable, a crime inserted, a few years ago, in the legal system and has legal provision in Article 217- A of the Penal Code, which while protecting, strips rights of human beings. This legal provision is very important for vulnerable, but there is much to discuss, because they are not all considered vulnerable, there are divisions in terms of vulnerability, and in each case we can draw different situations, making condemnation unfair, especially when there is judgment of the people protected by the caput and the first paragraph of this article. There are many injustices caused by the legal device that generalizes, as in this case that needs a relativization to remedied the error, so that innocent people can not convicted unfairly and don't impaired in their community life. Through researches on the internet and in books we can have the knowledge of this crime and formulate theories to have a solution for no right be prevented.

**Key Words:** Rape Vulnerable. Protection. Injustice. Relativization.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2. EVOLUÇÃO DOS COSTUMES .....</b>	<b>10</b>
<b>3. O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....</b>	<b>15</b>
<b>4. O BEM JURÍDICO TUTELADO .....</b>	<b>28</b>
4.1 DO DIREITO À LIBERDADE .....	29
4.2 AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL .....	32
4.3 DIREITOS E GARANTIAS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	35
<b>5. O ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO.....</b>	<b>38</b>
<b>6. DA IMPORTÂNCIA DA RELATIVIZAÇÃO .....</b>	<b>42</b>
6.1 O CRITÉRIO DA IDADE .....	43
6.2 A PESSOA COM ENFERMIDADE OU DEFICIÊNCIA MENTAL.....	45
<b>7. CONCLUSÃO .....</b>	<b>49</b>
<b>8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>51</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho foi escolhido devido ao equívoco causado pelo legislador no artigo 217-A do Código Penal que prevê o crime de Estupro de Vulnerável. Quando se fala em estupro, as pessoas ficam indignadas, principalmente quando se diz respeito de vítima vulnerável. Sabemos que ocorre com muita frequência este crime e deve sim ter uma proteção específica para estas pessoas, mas deve se ter cautela para sua imputação.

O objetivo deste artigo é mostrar a importância da possibilidade de relativização da vulnerabilidade do artigo 217-A do Código Penal e dentre os principais métodos de pesquisa que existem, o adotado nesse trabalho foi o método hipotético-dedutivo, e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica.

Primeiramente abordamos os costumes que passaram por uma evolução, influenciando no que diz respeito aos que são protegidos pelo legislador por este crime, como vamos ver ao passar dos anos tudo foi mudando, onde podemos ter um parâmetro social.

Logo após analisamos tudo sobre este crime para entendermos o erro causado pelo legislador. Assim começamos pelo surgimento deste crime no ordenamento jurídico, veremos suas ações nucleares, ou seja, quais são as condutas que podem caracterizar o estupro de vulnerável, e quem são os sujeitos ativo e passivo deste crime. Num segundo momento, é necessário saber quem são os considerados vulneráveis, e os que são protegidos pelo artigo 217-A do Código Penal e os que não são considerados protegidos em cada caso em concreto, e o que pode causar a vulnerabilidade das pessoas.

Não podemos deixar de falar sobre o dolo do sujeito ativo e o bem jurídico tutelado, o direito a liberdade do sujeito passivo e sua autodeterminação sexual e sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é neste momento que vamos começar a perceber onde está o grande equívoco provocado pelo legislador e, conseqüentemente, as injustiças causadas.

Entendendo um pouco sobre o Estupro de Vulnerável, podemos analisar a importância da proteção aos que são totalmente vulneráveis, porque totalmente vulneráveis? Porque como vamos poder analisar ao decorrer dos

tópicos a vulnerabilidade pode ser dividida em duas e veremos a importância da relativização do artigo 217 – A do Código Penal, ao que tange o previsto no caput e em seu parágrafo primeiro e para finalizar teremos a conclusão que podemos chegar e as referências bibliográficas.

## 2. EVOLUÇÃO DOS COSTUMES

Nos séculos passados, anteriormente ao século XX, os costumes eram diferentes, de acordo com que nossos familiares relatam hoje, principalmente no que tange a vida sexual do ser humano. Eram mais resguardados, os pais não instruíam os filhos, assim as crianças quando chegavam à adolescência não tinha conhecimentos certos sobre sexualidade, muitos nem sabiam que existia, perante esta situação que se encontravam eram vulneráveis, não tinham como saber o que estavam fazendo.

Após o século XX começou a ocorrer diversas mudanças principalmente nos costumes sexuais como menciona Renato de Mello Jorge Silveira diz (2008, p.98):

Não obstante, historicamente, o século XX fazer parte da Era Contemporânea, as significativas alternâncias do prisma sexual impõem uma sua observação em destaque. Essa era de extremos conheceu dois conflitos mundiais, revolução de costumes e também sexual, pragas e infecções de caráter global e a conquista, ao menos legal, de uma almejada igualdade de direitos entre homens e mulheres. De se dizer, por certo, que são estas diferenças que justificam o presente trabalho, por onde se buscam, em último tento, as bases críticas de sustento e para a reforma do direito penal sexual.

Os anos foram se passando e os costumes foram mudando, decorrência da grande influência dos meios de comunicação e da tecnologia na vida das pessoas. Os que eram vulneráveis não eram mais totalmente vulneráveis, pela razão dos pais estarem abertos em darem mais informações, as escolas passaram a ensinar o que é manter relação sexual, em outros termos mais informais o que é sexo e os novos meios de comunicação trazia explícito o que era sexualidade.

Esta evolução dos costumes influência no critério objetivo do caput do artigo 217- A do Código Penal, visto que a maioria dos menores de catorze anos nos dias atuais são bem mais instruídos, tendo discernimento necessário para seus atos.

Como também ocorrem com os enfermos e o doente mental que no passado não havia tratamentos nem como saber o grau de sua

vulnerabilidade, mas com o avanço da tecnologia é possível por meio de exames médicos constatarem se estas pessoas enfermas e doentes mentais possam ter capacidade de discernir, e assim não serem totalmente vulneráveis.

Com todas as inovações existentes, o legislador mesmo alterando a norma, não fez todas as alterações necessárias, pois o menor de catorze anos com experiência e instruções e que tem uma vida sexualmente ativa não deveria ser considerado totalmente vulnerável. Muitos desses menores de catorze anos já namoram, mantêm relação sexual alguns com o consentimento dos pais, assim não devem ter esta proteção prevista neste artigo, apesar dessa ser a opção do legislador. Não deveriam ser vítima de estupro de vulnerável e muito menos ter sua liberdade sexual impedida.

André Estefam no mesmo sentido diz (2009, p.59):

Pode haver indivíduos que, apesar de não terem atingido a idade citada, possuam consciência e maturidade sexual, justamente por esta razão, entendemos que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considera-lo), admitindo prova em contrário, notadamente quando se tratar de adolescentes (indivíduos com 12 anos já completos).

Segundo o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) é considerado criança quem tem até doze anos de idade incompletos, e considerado adolescente dos doze anos de idade aos dezoito anos.

Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Este termo incompleto é para mencionar o menor de doze anos, este sim deve ser considerado vulnerável pela sua idade, em razão de ser apenas uma criança e não ter ainda muita noção dos perigos que correm já o maior de doze anos e o menor de catorze anos possui conhecimento necessário para realização de seus atos.

Ao modo que as gerações vão passando e vão evoluindo a lei não pode ficar desatualizada e querer proteger quem necessariamente não precisa de proteção e muito menos estabelecer punições injustas.

Guilherme de Souza Nucci diz a respeito desta evolução nos crimes sexuais (2011, p.119):

O Direito Penal, mormente no campo sexual, não pode impor limites rígidos, pois a sociedade e seus costumes evoluem a cada dia; a função do juiz é buscar a realização de justiça e não aplicação fria e servil de um tipo penal qualquer.

O artigo 217-A do Código Penal foi incluído no ano de 2009, ou seja, recentemente, por este motivo já devia ser atualizado em relação ao vulnerável e não ter este equívoco, em considerar que todos os menores de catorze anos e todas as pessoas com deficiência ou enfermidade mental são totalmente vulneráveis.

O crime de estupro gera muita polêmica, particularmente quando se refere a crianças e adolescentes. As pessoas ficam perplexas, e se perguntando como que alguém teve coragem de praticar este crime.

Esta pessoa que cometeu este delito além de ser julgada pelo juiz é julgada também pela sociedade, por este motivo, que condenações injustas podem ensejar a consequências irreparáveis, por exemplo, prejudicar o convívio em coletividade, tanto de si mesmo como de sua família, ser afetado profissionalmente, ou seja, ser excluído e discriminado pela comunidade em que vive.

O estupro de vulnerável, na maior parte das vezes, ocorre dentro da própria casa da vítima, no bairro em que vivem. Nestes casos é fundamental a condenação e cabido todas as consequências, mas há situações em que a punição e as sequelas que serão provocadas são injustificáveis, decorrente da influência da evolução dos costumes.

Como já mencionado houve mudanças ao passar dos anos inclusive no que diz respeito a assuntos sexuais, mas apesar desta evolução, em um parâmetro social há muitas discussões devido à faixa etária ou pessoas enfermas e deficientes. Muitos indivíduos consideram este sujeito ativo criminoso, pois consideram que um adolescente é imaturo e não tem discernimento completo para tomar suas próprias decisões, sendo vítima de estupro de vulnerável, já outros entendem que houve mudanças e o adolescente no século atual não é o mesmo do passado.

Uma realidade vivenciada hoje é o caso de mães que concedem para suas filhas menores de catorze anos o remédio anticoncepcional e permitem que estas se relacionem sexualmente com seus namorados, apesar de certa parte das pessoas acharem inaceitável, para outras é normal devido ao desenvolvimento que passamos até os dias atuais.

Renato de Mello Jorge Silveira sobre esta questão cita (2008, p.100):

O sexo, auxiliado pela divulgação de remédios, anticoncepcionais, desgarrar-se das barreiras tradicionais, não mais guardando proximidade estrita com a concepção, e passa a fazer parte do dia –a –dia das pessoas.

A sociedade ao julgar a conduta de determinada pessoa tem como base alguns aspectos, entre eles a moral, dado que alguns comportamentos são taxados de imorais, isto é, não condiz com o aceito por aquela coletividade.

Moral para J. M. Othon Sidou (2000, p. 561) significa: “conjunto de regras abstratas de conduta, observadas pela coletividade humana ou por um grupo humano, em todos os tempos ou em determinado tempo, e com as quais o direito guarda afinidade”.

No caso da sexualidade, mesmo que os costumes tenham mudado, há quem considera errado um adolescente manter relações sexuais com seu parceiro, sendo uma conduta que fere a moral, assim como no exemplo citado acima, as mães que providenciam remédios contraceptivos para suas filhas.

A moral pode ser influenciada pelo meio em que a pessoa vive, assim como suas origens, sua cultura, ou religião escolhida, como há divisões de opiniões é necessário uma reflexão para sua existência, como expõe Renato de Mello Jorge Silveira (2008, p.124):

Dentro de uma mesma sociedade, não de ser vistos aspectos morais diferenciados por classes sociais, faixas etárias e opções religiosas. A construção desse pensamento, ou melhor, as bases de construção moral devem ser postas em xeque para a devida análise crítica de sua possibilidade existencial.

Constatamos que na sociedade em que vivemos é possível visualizar esta diversidade de princípios, no qual há quem aceita relacionamentos amorosos e sexuais na adolescência e há quem não aceita, mas não podemos deixar de analisarmos as influências trazidas pela evolução dos costumes.

### 3. O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Antes da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 não existia o crime de estupro de vulnerável, existia apenas o crime de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal e mais uma norma de extensão o artigo 224 do Código Penal que trazia uma presunção de violência.

Esta presunção de violência era relativizada por alguns tribunais e precisava de uma análise do caso em concreto e dessa forma admitia prova em contrário.

A respeito dessa extensão que acontecia no crime de estupro Guilherme de Souza Nucci menciona (2009, p.34):

A tipificação do crime de estupro ou atentado violento ao pudor era feita por extensão: art. 213 combinado com o art. 224 ou art. 214 combinado com o art. 224. Com isso, considerava-se violenta a relação sexual agente com pessoa menor de 14 anos ou contando com outra espécie de deficiência de consentimento.

O estupro de vulnerável foi incluído ao ordenamento jurídico por esta lei, após este evento, a previsão do artigo 217- A do Código Penal se tornou um crime autônomo, não possuindo mais uma norma de extensão ao artigo 224 do Código Penal que se tornou revogado por esta lei, não existindo mais a presunção de violência para o crime de estupro, desta maneira solucionou este problema, como Guilherme de Souza Nucci relata (2009, p.34):

Buscando sanar esse problema, constrói-se o tipo penal autônomo do art. 217-A, intitulando-o estupro de vulnerável. Observa-se portanto, que o incapaz de consentir validamente para o ato sexual obteve uma denominação própria: vulnerável (passível de lesão, despido de proteção).

No dia 07 de agosto de 2009 com a lei 12.015 foi incluído o Crime de Estupro de Vulnerável no Código Penal Brasileiro previsto no artigo 217-A:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:  
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.  
§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não

tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

A redação trazida por esta lei acrescentou o crime de estupro de vulnerável no rol taxativo dos crimes hediondos, passando a ser considerado um crime gravíssimo com medidas penais diferentes, sendo mais rigorosas do que as medidas penais dos crimes considerados comuns. Assim este crime tem previsão legal também no artigo 1º da Lei 8.072 de 25 de julho de 1990:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal, consumados ou tentados:

VI – estupro de vulnerável.

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, tanto homem como mulher, mas o sujeito passivo é apenas o vulnerável previsto no caput e no parágrafo primeiro do artigo 217- A.

Em relação aos sujeitos a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt menciona que (2010, p. 94): “O crime de estupro de vulnerável também pode ocorrer em relação à hétero ou homossexual (homem com homem e mulher com mulher)”.

Há ocorrências de multiplicidade de sujeitos ativos, em que vários agentes praticam o estupro com o vulnerável, cometendo apenas um delito cada um deles e tendo o aumento de pena previsto no artigo 226 inciso I do Código Penal, pelo concurso de duas ou mais pessoas, como afirmam Renato Marcão e Plínio Gentil diz (2011, p. 193):

Vários agentes praticando atos de libidinagem com o sujeito passivo num mesmo contexto cometerão um só delito, com pluralidade de autores, cada um tendo praticado um único crime, na qualidade de autores, incidindo a causa de aumento de pena prevista no art. 226, I.

Para praticar este crime, os sujeitos passivos tem que sofrer às ações previstas no caput do artigo 217-A do Código Penal que são: ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso.

Vários atos libidinosos podem ocorrer em uma relação homossexual, salvo a conjunção carnal, no qual exige como sujeitos um homem e uma mulher. Renato Marcão e Plínio Gentil dizem (2011, p. 188): “Apenas se a prática libidinosa consistir em conjunção carnal, o sujeito ativo somente pode ser homem e o passivo, só mulher”, mas há casos em que mulher é o sujeito ativo, não necessariamente tem que ser o homem, isto é, mulher também pratica crime de estupro mediante a conjunção carnal quando a vítima for do sexo masculino.

Conjunção carnal é um tipo de ato libidinoso em que tem a penetração do pênis na vagina, por sua vez atos libidinosos que difere da conjunção carnal são o coito anal, beijos e carícias em partes íntimas do corpo, como detalha André Estefam (2009, p. 65):

A conjunção carnal se traduz no ato libidinoso em que ocorre a introdução do pênis na vagina (cópula vaginal), ainda que parcialmente. Ato libidinosos (diversos da conjunção carnal) são aqueles que tenham natureza sexual, com a felação, o coito anal, o beijo em partes pudendas, as carícias íntimas etc. Em nosso sentir, basta a natureza objetiva do ato; a lei não exige que o autor do fato busque satisfazer sua lascívia.

Pode ocorrer a conjunção carnal de forma parcial, como citado acima, não desclassificando o delito, e muito menos se exige que a vítima mulher tenha que perder sua virgindade para configurar o crime de estupro, não sendo exigido também para a configuração do crime de estupro de vulnerável, segundo os autores Renato Marcão e Plínio Gentil apud julgado do TJSP, AC, rel.Des. Jarbas Mazzoni, RT 620/286 (2011, p. 86):

O crime de estupro consumado desde que haja introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino na vagina da vítima, mesmo que não tenha havido rompimento da membrana himenal, ainda mais quando o não desvirginamento decorre da absoluta incapacidade física da ofendida, em razão de sua tenra idade.

Existe o chamado ato surpreendente, que é o toque em partes pudendas do corpo quando menos se espera. Este ato surpreendente pode ser considerado ato libidinoso para conduta do estupro de vulnerável? Há doutrina

que diz que não pode ser considerado, porque fere o princípio da proporcionalidade, é o caso de André Estefam (2009, p. 66):

Em nosso sentir, a subsunção de um ato surpreendente ao art. 217-A do CP fere o princípio da proporcionalidade. Repise-se que a pena mínima do estupro de vulnerável é superior à do homicídio simples. Significa dizer que, numa interpretação puramente literal dos dispositivos, ou, por outro giro, numa análise estreitamente formal da tipicidade das condutas, seria mais censurável para Lei Penal brasileira apalpar lascivamente as nádegas de alguém (quando este estivesse distraído e não tivesse tempo para reagir) do que matá-lo.

Já para o doutrinador Fabio Agne Fayet teria sim o crime de estupro de vulnerável, como exemplifica (2011, p. 94):

Aqui temos, por exemplo, o menor de catorze anos que aceita o convite de outro menor de catorze para irem juntos ao cinema e lá é surpreendido, durante a sessão, com lascivos toques em suas partes pudendas. Inicialmente, a conduta de convidar o menor para assistir a um filme no cinema não cria o risco para sua dignidade sexual, por si só, mas os toques lascivos não apenas realizam o risco não permitido pela norma, como também deixam transparecer a intenção por trás do convite, Aqui teríamos o crime de estupro de vulnerável, pois perfectibilizados os tipos objetivo (formal e material) e subjetivo.

Um ato que é bastante discutido é se o beijo na boca, considerado ato libidinoso ou não. Os autores Renato Marcão e Plínio Gentil respondem nossa pergunta afirmando que é um ato libidinoso (2011, p. 100):

Somente é possível considerar na discussão a hipótese de beijo lascivo, dado no mesmo contexto fisiopsíquico de outros atos que podem caracterizar manifestação de sexualidade, como certas carícias e o tateio praticados no corpo de alguém. Assim, da mesma forma que o afago nos seios ou nas nádegas e o toque em outras partes íntimas, o beijo na boca, com requintes de malícia, como o emprego da língua ou o recurso a mordidas, de um modo enfim que convida à progressão do ato para outros, mais diretamente ligados à satisfação do apetite sexual, naturalmente representa uma modalidade de ato libidinoso.

Já André Estefam (2009, p. 37) responde dizendo que o beijo na boca não pode ser um ato libidinoso:

Para nós, o beijo na boca (ainda que “roubado”) jamais poderá caracterizar ato libidinoso (nesse caso poderá haver o crime de constrangimento ilegal ou contravenção penal de importunação

ofensiva ao pudor, sob pena de malferir o princípio da proporcionalidade). Afigura-se arrematado exagero, em nosso sentir, considerar que o ato de tomar à força um beijo na boca de outrem possa ser considerado crime hediondo, punido com reclusão, de 6 a 10 anos.

Vimos que para alguns autores o beijo lascivo pode ser considerado um ato libidinoso, mas para outro o beijo mesmo que roubado não pode ser um ato libidinoso, e muito menos ser um ato para causar o estupro em geral. Vamos analisar se a doutrina que diz que o beijo lascivo é um ato libidinoso considera este beijo um ato para o crime de estupro, tanto do artigo 213 como do 217–A, ambos do Código Penal.

Renato Marcão e Plínio Gentil acreditam que o beijo lascivo pode configurar crime de estupro apud julgado TJRJ, AC, rel. Des. Cláudio Lima, RT 534/404 (2011, p. 100): “o beijo lascivo e erótico é ato libidinoso, constituindo, portanto, o delito de atentado violento ao pudor quando contrario à vontade da vítima”.

Lembrando que o delito de atentado violento ao pudor que era previsto no artigo 214 do Código Penal foi revogado pela Lei 12.015 de 2009, em que a conduta deste tipo penal passou a fazer parte do artigo 213 do Código Penal, que prevê o crime de estupro.

Na nossa compreensão, se enquadraria no crime de estupro de vulnerável se o vulnerável sofresse um ato surpreendente, que seria o toque nas partes pudendas no corpo contrário seu consentimento ou pego de surpresa, excluindo assim o beijo lascivo, mesmo que forçado, acreditamos que feriria o princípio da proporcionalidade e no crime de estupro de vulnerável causaria mais injustiças do que já vem causando.

Pode ser que além da conjunção carnal ocorra outro ato libidinoso, não é necessário que seja apenas um ato lascivo, podem ocorrer vários atos com a mesma vítima, sendo praticado apenas um crime, como explica Luiz Regis Prado (2012, p.834):

Se, além de conjunção carnal, o agente pratica outros atos libidinosos, constringendo a vítima, por exemplo, ao coito anal ou ao sexo oral, há um único delito, pois essas condutas subsumem-se ao mesmo tipo penal.

Explica ainda Fabio Agne Fayet (2011, p. 97):

Se praticar diversos atos libidinosos e diversas vezes a conjunção carnal, nesse mesmo contexto de ação, teremos consumado o crime de estupro de vulnerável, uma vez. A repetição de atos deverá ser valorada pelo julgador na dosagem da pena.

Para termos a consumação do crime de estupro de vulnerável é preciso que haja o ato libidinoso, sendo desnecessária a satisfação da lascívia do sujeito ativo, assim como a ejaculação nos casos de homens como autor do crime, tal como Luiz Regis Prado diz (2012, p.834):

Consuma - se desde que haja introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino na vagina da vítima, mesmo que não tenha havido rompimento da membrana himenal, quando existente, consuma-se, enfim, com a copula vagínica, sendo desnecessária a ejaculação.

É possível a concorrência o crime de estupro tentado, quando o autor do crime é interrompido por razões contrárias a sua vontade, segundo André Estefam (2009, p.67): “Admite-se tentativa, desde que o agente dê início à execução de atos lascivos, mas seja impedido por circunstâncias, alheias a sua vontade”.

O artigo 217-A em seu parágrafo 2º diz “a pena é aumentada da metade se há concurso de quem tenha o dever de cuidado, proteção ou vigilância”, devido à ocorrência de bis in idem, este artigo foi vetado, como esclarece Guilherme de Souza Nucci (2009, p.42):

Entretanto, o veto solucionou duas eventuais discussões: a) o bis in idem em relação ao elemento caracterizador da omissão penalmente relevante (dever de cuidado, proteção ou vigilância), que já teria sido levado em conta para formar a tipicidade por extensão (art. 217 –A c.c. art. 13 §2º, a, CP) e voltaria novamente a servir para aumentar a pena, com base no art. 217-A, §2º; b) o art. 226, II, do CP (mantido), já prevê aumento de pena de metade se o agente é ascendente da vítima.

Temos ainda as qualificadoras presentes nos parágrafos 3º e 4º do artigo 217-A do Código Penal, onde se do crime ocasionar lesão grave, terá um aumento de pena de dez a vinte anos, e se levar a morte será aumentado de doze a trinta anos, segundo o texto da lei.

Um exemplo dado por Fabio Agne Fayet sobre a lesão corporal (2011, p. 105):

Assim, se da conduta do sujeito, voltada à lesão da dignidade sexual do vulnerável, no intento de praticar um determinado ato libidinoso, provocar a debilidade permanente de membro ou a perda de membro, por exemplo, em função de falta de técnica nas amarras empregadas para a prática de atos libidinosos, o sujeito terá a pena aumentada para o mínimo de dez e máximo de vinte anos.

A ação nuclear prevista neste crime é o verbo ter ou praticar, temos esta diferença, pois o estupro de vulnerável não tem como meio necessário para sua prática à violência, ou a grave ameaça. Se no caso em concreto ocorrer à violência responde pelo estupro de vulnerável mais a lesão corporal leve, no mesmo ocorre com a grave ameaça, ou seja, somam-se as penas.

Na mesma acepção Renato Marcão e Plínio Gentil relatam (2011, p. 202):

O estupro de vulnerável pode ser praticado mediante violência real, ou grave ameaça, para constranger a vítima vulnerável, mas isso não modificará a adequação típica do fato, servindo, isto sim, para reconhecimento de concurso material de infrações.

O crime de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal tem a ação pública condicionada à representação para os maiores de dezoito anos, já para o crime de estupro para menores de dezoito anos e para o crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal tem a ação pública incondicionada como previsto no artigo 225 do Código Penal, devido a sua gravidade o Ministério Público pode ofertar a denúncia mesmo que a vítima ou seus familiares não tenha feito.

Sobre o Ministério Público denunciar Renato Marcão e Plínio Gentil citam (2011, p. 202): “ocorrendo dúvida sobre essa vulnerabilidade, no momento de oferecer a denúncia, deve o promotor, por cautela, procurar obter a representação do ofendido ou de quem o represente”.

Para analisarmos se houve ou não erro do legislador no crime de estupro de vulnerável é necessário conhecermos sobre o crime, como que

surgiu, o seu tipo objetivo, e aprofundar cada vez mais neste crime que gera tantas polêmicas.

Para um conceito mais amplo, vulnerável é qualquer pessoa considerada em situação de fragilidade e perigo, onde fica desprotegida sem ter como reagir pelo motivo de não ter força ou por não saber o que esta ocorrendo.

Significado do Minidicionário da Língua Portuguesa para a palavra vulnerável (1993, p.573): “1.Que pode ser vulnerado.2.Diz-se do ponto pelo qual alguém ou algo pode ser atacado”.

Para André Estefam são considerados vulneráveis (2009, p.61):

São vulneráveis as pessoas que não têm, por qualquer causa, capacidade de resistir. A elasticidade do termo utilizado na norma importa em que a origem da incapacidade pode ou não ter sido provocada pelo agente.

Os considerados vulneráveis se encontram num estado de vulnerabilidade, que é a incapacidade de poder se proteger contra algo, no âmbito da sexualidade, é a incapacidade de ter conhecimento ou impedir que o ato sexual aconteça, no mesmo sentido Luiz Regis Prado diz que (2012, p.832): “ a vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade”.

São muitos os conceitos para vulnerável, concluímos que as pessoas classificadas como vulneráveis são: as idosas que pelo fato de sua idade não consegue se movimentar com facilidade precisando de auxílio de muletas, andadores e até mesmo uma terceira pessoa segurando, ou por ter perdido a memória e não ter nenhum discernimento, ou seja, as pessoas idosas que possuem limitações; crianças que são frágeis e não sabem os perigos que correm pela sua inocência, e alguns adolescentes que não são instruídos de forma correta; mulheres grávidas que pelo fato da gravidez pode ficar debilitadas principalmente com uma gravidez de risco; pessoas enfermas; pessoas com doenças mentais que não tem noção nenhuma sobre seus atos; os não alfabetizados e não instruídos pela falta de conhecimento se tornam

vulneráveis; e pessoas que em determinadas situações não pode por circunstâncias alheias opor resistência.

O legislador entendeu que algumas pessoas tem uma fragilidade podendo ser pela idade ou por outros fatores que devem ter um reforço na segurança e assim elencou como vulnerável no caput do artigo 217-A do Código Penal o menor de catorze anos e em seu parágrafo primeiro quem por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato ou não possa oferecer resistência.

Por um critério objetivo temos o menor de catorze anos, caracterizado pela faixa etária, onde tendo até essa idade é considerado vulnerável e tem proteção prevista no artigo 217- A do Código Penal e se for maior de catorze anos e tiver violência ou grave ameaça é protegido pela qualificadora, presente no parágrafo primeiro do artigo 213 do Código Penal: “Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos”.

Como se pode observar a doutrina de Fabio Agne Fayet (2011, p.83):

Por isso, pode-se entender que o sujeito completa os catorze anos à zero hora do dia de seu aniversário. A partir daí estará vivendo seu primeiro dia com catorze anos (catorze anos e algumas horas de vida...). Logicamente, será maior de catorze anos, e, portanto, protegido pela qualificadora. Até à zero hora do dia de seu aniversário de catorze anos, o sujeito é menor de catorze anos, porquanto tenha 13 anos 11 meses 29 dias e algumas horas, e, portanto, menor de catorze anos, a vítima é considerada vulnerável e está amparada pela norma do art.217-A.

Os protegidos por enfermidade ou doença mental, se utilizam de um critério de biopsicologia, no qual não basta apenas a doença mental que é a causa biológica, tem que afetar o discernimento desta pessoa, porque há pessoas com uma causa biológica, mas como são controladas com remédios e fazem o tratamento correto, conseguem discernir o que fazem.

Luiz Regis Prado no tocante dos protegidos previsto no início parágrafo primeiro relata (2012, p.833):

Assim, na primeira parte do aludido parágrafo do artigo 217-A do Código Penal, para que a vítima receba a tutela penal há

necessidade de se apresentar praticamente nas mesmas condições psíquicas do artigo 26 do Código Penal, não tendo nenhuma capacidade de discernimento sobre o ato atentatório à sua liberdade sexual. Compreende-se aqui não só a loucura, isto é, o processo patológico ativo, como também outros casos de processos patológicos estacionários ou crônicos.

Na situação em que a pessoa faz tratamento e tem juízo perfeito sobre a realidade, esta não necessitaria desta proteção prevista em lei, uma vez que possui total discernimento para seus atos no dia- a – dia, há uma citação de Guilherme de Souza Nucci dizendo que (2009, p.39): “a análise deve ser feita em cada caso concreto a depender do tipo de enfermidade ou deficiência mental”.

Tantos os protegidos pelo caput e o início parágrafo primeiro do artigo 217-A do Código Penal merecem uma discussão a respeito de seu grau de discernimento, porque o legislador não está protegendo de forma correta e justa estas pessoas classificadas neste rol.

O final do parágrafo primeiro diz que seria vulnerável “pessoa por qualquer outra causa não possa oferecer resistência”. O legislador nos dá um sentido amplo, tendo que ser comprovado no caso em concreto se no momento da prática do ato sexual a vítima tinha ou não como oferecer resistência.

Renato Marcão e Plínio Gentil sobre esta incapacidade de oferecer resistência citam (2011, p. 191):

Incapaz de oferecer resistência é quem não pode fazer oposição eficiente à conduta do sujeito ativo. Essa incapacidade pode ser permanente ou temporária, duradoura ou ligeira, motivada por causas naturais ou provocada. Se a pessoa esta nesta condição é considera vulnerável.

Existe causa temporária, duradora ou até mesmo acidental, para se oferecer ou não a resistência, como por exemplo, a embriaguez completa podendo ser forçada pelo sujeito ativo para tirar proveito da fragilidade da vítima e a sedação completa onde o sujeito ativo intencionalmente causa para praticar o crime, um grande exemplo de sedação é o conhecido “boa noite cinderela”. Nesses casos, a vítima por um determinado tempo não tem como oferecer resistência se tornando imediatamente vulnerável e tendo proteção

legal neste artigo, por isso é necessário à análise do caso em concreto devido a esta abrangência feita pelo legislador.

No mesmo sentido Fabio Agne Fayte diz ser considerado estupro de vulnerável e assim tendo proteção deste artigo, mesmo que a vítima seja maior de dezoito anos (2011, p.103):

Assim o sujeito ativo, maior de dezoito anos, entorpece por meio de qualquer estupefaciente outro sujeito, também maior de dezoito anos, a ponto de este último perder o discernimento necessário para avaliar a prática dos atos sexuais propostos, que vem a efetivamente se consumir, haverá crime de estupro de vulnerável, mesmo a vítima sendo maior de dezoito anos, em função de ter obtido os atos libidinosos por meio de artifício que dificulte ou impossibilite a resistência da vítima.

A pessoa que se embriaga por diversão numa festa e o sujeito ativo tira proveito da situação já existente, deveria ser considerada vulnerável desde que o sujeito ativo esteja consciente de seus atos para tirar vantagem, deste modo, esta vítima mesmo sendo a causadora de sua própria embriaguez seria protegida pelo artigo 217- A do Código Penal. No caso de ambos estarem embriagados completamente, ambos se tornam vulneráveis, tendo que analisar o caso em concreto mais a fundo para saber se houve ou não dolo da embriaguez, não tendo a intenção de proveito não há como ser protegido, mesmo estando sem discernimento, pois ambos causaram sua própria embriaguez.

Para Guilherme de Souza Nucci não há em que se pensar em estupro (2009, p.41):

Entretanto, caso a vítima entregue – se conscientemente ao estado de embriaguez completa para divertir – se e venha a ter relações sexuais com terceiro, embriagado ou não, em local público, e, após a relação caia em si e não tenha gostado da situação em que se encontra, não há que se pensar em estupro.

Além do estado de embriaguez completa em alguns casos tornar a pessoa vulnerável é possíveis outras situações fazer os mesmo, como a pessoa sobre efeitos de entorpecentes. Há quem diga ainda em hipnose, alguns autores como André Estefam reconhece a hipnose como causa de vulnerabilidade (2009, p.61):

Assim, por exemplo, dar-se a situação prevista em lei quando o agente ministrar substância que retire a consciência da vítima ou quando isso for feito por terceiro, aproveitando-se o sujeito da situação. São exemplos, enfermidades, paralisia transitória dos membros, idade avançada, desmaios, embriaguez, hipnose.

Outros autores que defendem a Hipnose, e além desta acredita também que o sono profundo pode ocasionar a vulnerabilidade são Renato Marcão e Plínio Gentil (2011, p. 195): “Assim, constituem motivo para a impossibilidade de resistência a embriaguez completa, pelo álcool ou substância efeitos análogos, o coma, o sono profundo, a paralisia corporal etc.”.

Luiz Regis Prado concorda que o sono é uma causa de incapacidade de resistência (2012, p.833):

Embora haja divergência doutrinária a respeito de se aceitar o sono como uma dessas causas, é perfeitamente possível que o agente, aproveitando-se do fato de a vítima encontrar-se dormindo, pratique com ela conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

Nesses casos que podem ser interpretados pela elasticidade da previsão no final do parágrafo primeiro do artigo 217- A do Código Penal pode caracterizar vulneráveis pessoas maiores de catorze anos e pessoas que não possuem enfermidades, estando estas em condição de embriaguez completa, sobre efeitos de entorpecentes em geral, hipnose ou até mesmo em sono profundo. Estas são as possibilidades que geram mais discussões, mas são muitas as situações que podem ocasionar a vulnerabilidade como também as outras citadas pelos diversos doutrinadores, como por exemplo, desmaiar, estar em coma, ter paralisia corporal e idade avançada.

Levando em consideração que há situações que fica difícil alcançar esta proteção, é necessário que se analise cada caso concreto para saber se realmente houve crime, porque o sono profundo pode sim ocasionar a pessoa como vulnerável, mas às vezes o sono pode se diferenciar para cada tipo de pessoa, sustendo quem tem o sono leve e não consegue ter um sono profundo, assim como a embriaguez, que em determinados casos, como exemplo citado acima, não é possível em se falar nesta proteção.

Concluimos então que nem todas as pessoas que se encontram nestas condições são vulneráveis, não tendo direito a esta proteção, mas há algumas pessoas que se encontram nestas situações e necessitam sim desta proteção interposta pelo legislador no final do parágrafo primeiro do artigo 217-A, sendo elas a causadora ou não desta incapacidade de resistir.

#### 4. O BEM JURÍDICO TUTELADO

O bem jurídico tutelado pelo artigo 217- A do Código Penal é a dignidade sexual do ser humano, além de proteger também o desenvolvimento sexual sadio do adolescente, do menor até catorze anos.

O conceito de bem jurídico segundo Aníbal Bruno apud Fabio Agne Fayet (2011, p.42):

bem jurídico é o elemento central do preceito contido na norma jurídico-penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito”, na medida em que a norma descreve uma conduta proibida pelo ordenamento jurídico, justamente para propiciar a proteção de valores da vida individual ou coletiva.

Este elemento incluído na norma jurídica penal é tutelado pelo legislador, ou seja, é protegido, para que nenhuma pessoa tenha este elemento excluído, buscando assim evitar que esta pessoa seja prejudicada.

Renato Marcão e Plínio Gentil dizem sobre o bem jurídico tutelado pelo disposto no artigo 217- A do Código Penal (2011, p.187):

Tutela-se, de maneira ampla, a dignidade sexual da pessoa vulnerável e não mais a sua liberdade sexual, na medida em que, estando nessa condição, à vítima é considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter sexual. Pode-se dizer que, especificamente, o bem tutelado é a própria vulnerabilidade, no campo sexual, das pessoas tidas por vítimas do delito.

Este dispositivo protege a dignidade sexual e o desenvolvimento sexual saudável do menor de catorze anos para evitar traumas futuros, sobre este desenvolvimento Cezar Roberto Bitencourt relata (2012, p. 95):

Na realidade, na hipótese de crime sexual contra vulnerável, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua vulnerabilidade. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no art. 217 –A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que , na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.

O legislador agiu corretamente quando protege o desenvolvimento sexual sadio do menor de catorze anos, mas este se

esqueceu de analisar a evolução dos costumes causando grandes discussões a respeito do bem jurídico tutelado.

A lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 alterou o Título VI do Código Penal que era “dos crimes contra os costumes” para “dos crimes contra a dignidade sexual”, visando proteger a dignidade sexual do ser humano.

No mesmo sentido Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi mencionam (2010, p.59):

Quanto ao bem jurídico, das alterações promovidas pela Lei nº 12.015, a principal delas foi a substituição do Título VI, “Dos crimes contra os costumes”, desde há muito esperada pela doutrina, pela denominação “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

Tutelando apenas a dignidade sexual da pessoa vulnerável é estar protegendo algo e ao mesmo tempo impedindo outro, ou seja, protegendo apenas a dignidade sexual e deixando de lado outro direito fundamental à liberdade da pessoa, restringindo assim suas vontades.

#### **4.1 Do Direito à Liberdade**

Liberdade é poder fazer o que temos vontade, temos a liberdade de locomoção, a liberdade sexual de determinarmos quem toca em nosso corpo e com quem vamos manter relação sexual, temos também a liberdade de opinião e expressão onde podemos tomar decisões, e poder falar o que pensamos desde que não ofenda ao próximo e nem fere ninguém.

Significado da palavra Liberdade no Minidicionário da Língua Portuguesa (1993, p.334): “1.Faculdade de cada um se decidir ou agir segundo a própria determinação. 2.Estado ou condição de Homem livre”.

A liberdade tem previsão constitucional no artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

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:

Com o direito à liberdade tolhida, as pessoas consideradas vulneráveis não podem mesmo com seu consentimento manter relações sexuais, visto que seria vítima de estupro de vulnerável.

Temos um direito à liberdade, mas temos que ter consciência que, às vezes, há restrições para este direito, para que não afete a vida em sociedade, mas neste caso não estaria ferindo ninguém. Se a pessoa aceita a manter relação sexual, esta consentindo, desde que não seja menor de doze anos, não prejudica ninguém e nem coloca em risco a sociedade, desta forma, devia ser valido o consentimento do indivíduo que não é absolutamente vulnerável.

Em relação ao critério objetivo do crime de estupro de vulnerável entendemos que algumas pessoas maiores de doze anos deve possuir o direito a liberdade sexual, desde que estes tenham conhecimento suficiente e uma vida sexualmente ativa. No mesmo ponto de vista Martha de Toledo Machado diz (2008, p. 174):

Por este ângulo de análise (qual seja da categoria doutrinaria do Direito da Criança e do Adolescente da autonomia progressiva), também se vê que as crianças (pessoa menor de 12 anos) juridicamente não têm direito a liberdade sexual estrito senso. A criança tem é direito a integridade de físico-psíquica e moral específica cujo exercício imaginário da expressão da sexualidade é uma pormenorização concreta. Já os adolescentes, em boa medida, têm liberdade sexual estrito senso, ou seja, liberdade de atuar no campo da paixão sexual adulta.

Sobre o quesito da criança e do adolescente José Afonso da Silva apud Martha de Toledo Machado narra (2008, p. 171):

A questão da liberdade da criança e do adolescente envolve uma problemática muito complexa, dadas sua oposição jurídica no seio da família e da escola e a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Lembra Neil que a “liberdade é necessária para a criança porque apenas sob liberdade ela pode crescer de sua maneira natural – a boa maneira”.

Concordamos que este tema gera muitos problemas, as crianças precisam sim de certas liberdades para seu crescimento de forma natural, mas não deve ter liberdade sexual por serem muito imaturas. Em relação aos

adolescentes, estes sim não podem ter seu direito à liberdade impedido, para que tenha um crescimento de maneira natural.

Não apenas o critério de idade tem discussões, o caso da pessoa com enfermidade ou deficiência mental também. Da mesma forma estas pessoas tem direito a liberdade sexual, porque há diferentes graus de enfermidade mentais, podendo ter um grau muito irrelevante e ter discernimentos necessários para seus atos, inclusive para manter relações sexuais, o problema está em relação à pessoa que tem uma deficiência ou enfermidade mental com um grau mais elevado, e o legislador lhe tira essa capacidade de se relacionar amorosamente e de até construir uma família.

O legislador do Código Penal brasileiro em relação aos crimes contra a dignidade sexual quer punir as pessoas que viola a liberdade sexual do próximo, tirando sua dignidade sexual como ser humano. Todos nos possuímos esta liberdade podendo escolher com quem queremos nos relacionar. Desta forma o legislador puniu qualquer violação a esta liberdade como no crime de estupro, onde fere a liberdade sexual, não tendo a vítima uma escolha, sendo forçada a manter a conjunção carnal ou ato libidinoso com quem não deseja.

Uma coisa é o legislador punir estas pessoas que viola a liberdade sexual da outra, onde realmente é necessária a punição, mas outra coisa é impedir esta liberdade sexual dos que são considerados vulneráveis e não podem ter uma vida sexual ativa. Desse modo seria vítima de estupro de vulnerável, mesmo tendo consentimento de seus atos.

Temos alguns posicionamentos a respeito da liberdade sexual como único bem jurídico penal tutelado nos crimes sexuais, como menciona Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi (2010, p.53):

A liberdade sexual tem sido o bem jurídico aventado pela doutrina moderna como sendo o único digno de tutela nos crimes sexuais, por não apresentar qualquer conotação moral. Nesse sentido, tem manifestado a doutrina de Portugal e Espanha, por exemplo, onde ocorreram recentes alterações legislativas na tutela sexual. No Brasil, referida concepção tem ganhado adeptos.

Para André Estefam o valor protegido no artigo 217-A do Código Penal é a liberdade sexual (2009, p.64):

A proteção penal volta-se à liberdade sexual e ao pleno desenvolvimento das pessoas vulneráveis, ou seja, aqueles que, em face de alguma condição pessoal (transitória ou perene), não dispõem de forças ou de compreensão para resistir a um ataque contra a dignidade sexual;

Em nosso entendimento, o legislador protege apenas a dignidade sexual e, em consequência dessa proteção, acaba gerando grandes transtornos, impedindo pessoas de serem felizes, assim como punições de inocentes, por isso, necessitaria proteger outros direitos também para evitar tantos dilemas.

Estes impedimentos sobre a liberdade sexual não pode ser de forma genérica só porque é menor de catorze anos ou com enfermidade ou deficiência mental, devendo ser analisado cada caso em concreto, uma vez que há casos que realmente é preciso à limitação desta liberdade e há casos que não, como afirma Jose M. Sanchez Tomas apud Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi (2010, p.67):

Assim, conclui que as limitações da liberdade sexual dos alienados e dos menores “só são possíveis quando as mesma supõem um ataque à sua dignidade ou seu livre desenvolvimento”, e isso não pode ser valorado de uma forma genérica por meio de presunções iuris et de iure, ou seja, pelo simples fato de ser menor ou de ser alienado mental.

O legislador quer tanto punir quem fere esta liberdade, mas não percebe que acabou tirando a liberdade sexual de determinadas pessoas que consentem desta maneira deveria tutelar-se também a liberdade sexual, além da dignidade sexual e o desenvolvimento sexual sadio do menor de catorze anos.

## **4.2 Autodeterminação Sexual**

A autodeterminação conforme concluímos significa determinarmos algo sobre nós mesmos, ou seja, autodeterminação sexual é determinar que o ato sexual aconteça com nós mesmos, por exemplo, decidir, que a relação sexual ocorra.

O conceito de autodeterminação segundo J. M. Othon Sidou (2000, p. 87): “princípio segundo o qual todos os povos têm direito de estabelecer livremente o seu estatuto político e assegurar livremente o seu desenvolvimento econômico, social e cultural”.

Do mesmo modo que o legislador tira a liberdade sexual das pessoas ao proteger apenas sua dignidade sexual, ele tira também a autodeterminação sexual, em que a pessoa não pode decidir algo sobre si mesmo. Logo, a pessoa que for protegida pelo artigo 217-A do Código Penal, consentindo, decidir que outra pessoa mantenha relação sexual com ela, será vítima de estupro de vulnerável e, conseqüentemente, esta outra pessoa será condenada.

A autodeterminação sexual de cada pessoa é muito importante, e não pode ser impedida pelo fato do legislador proteger apenas a dignidade sexual, uma maneira de mudar isso é fazer conforme Renato de Mello Jorge Silveira diz (2008, p.167):

No que concerne ao Direito Penal sexual, a dignidade da pessoa humana deveria se caracterizar pela necessidade de autodeterminação de uma pessoa poder escolher sua disponibilidade sexual.

Jorge de Figueiredo Dias apud Martha de Toledo Machado concorda em proteger a autodeterminação, mas desde que seja de uma forma particular para não prejudicar o desenvolvimento da personalidade como esclarece (2008, p.130):

Pode dizer-se, de proteger a autodeterminação sexual, mas sob uma forma muito particular: não face a condutas que representem a extorsão de contactos sexuais por forma coactiva ou análoga, mas face a condutas de natureza sexual que, em consideração da pouca idade da vítima, podem, mesmo sem coacção, prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade.

Entendemos que para uma pessoa menor de doze anos é necessário uma cautela em relação à sexualidade precoce para que não tenha seu crescimento prejudicado, decorrente de sua pouca idade, temos a autodeterminação sexual, mas esta deve ser utilizada por pessoas com

conhecimentos suficientes, e uma criança não tem condições para ter uma autodeterminação sexual.

A liberdade sexual e a autodeterminação sexual como podemos concluir são muito importantes para a vida das pessoas e deveriam estar ligadas e serem protegidas como menciona Renato de Mello Jorge Silveira (2008, p.171):

A lei penal portuguesa, segundo a qual se protegem, sucessivamente, a liberdade sexual e a autodeterminação sexual, ou, melhor colocando, de modo amplo e genérico, a liberdade de autodeterminação sexual, considerando-se que uma pode se mostrar incompleta sem a outra. Este sim talvez o mais ideal mote de proteção: a liberdade de autodeterminação sexual.

Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi sobre a autodeterminação relatam (2010, p.61):

Deve ser entendida a dignidade sexual, especificidade da dignidade de pessoa humana, identificável em dois planos distintos: a dignidade individual ligada ao exercício de sua autodeterminação de vontade sobre a manifestação de sua própria sexualidade e, em outro plano, numa dignidade social (sexual), no sentido do direito ao exercício de coexistência que implica no regime em que há na sociedade um consenso sobre a publicidade da conduta sexual.

Assentimos com o primeiro plano para o crime de estupro de vulnerável em que diz que a dignidade individual esta ligada a autodeterminação sobre manifestação sexual, pelo motivo de cada pessoa ter sua dignidade individual e ter o direito de autodeterminação, escolher com quem deseja se relacionar sexualmente.

O Código Penal Português é diferente do nosso Código Penal, e uma das diferenças é em relação aos crimes sexuais contra pessoas incapazes de resistência, porque criminaliza separadamente como explica Luiz Regis Prado (2012, p.830):

De sua vez, o Código Penal português criminaliza de modo separado as praticas sexuais contra pessoa incapaz de resistência, instituindo delitos contra a autodeterminação sexual (abuso sexual de crianças, abuso sexual de adolescentes e dependentes, estupro, atos homossexuais com menores e lenocínio e tráfico de menor – artigos 172.º a 176º do Código Penal Português).

O legislador do Código Penal Brasileiro deveria seguir como exemplo o Código Penal Português e proteger a autodeterminação sexual. O legislador além de tutelar como bem jurídico do artigo 217-A do Código Penal a dignidade sexual, precisaria tutelar também a liberdade sexual e a autodeterminação sexual para evitar equívocos e condenações injustas.

### **4.3 Direitos e Garantias e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

Nós seres humanos possuímos muitos direitos e garantias, inclusive no âmbito que diz respeito à sexualidade, temos o direito a dignidade sexual, liberdade sexual e autodeterminação sexual.

A Constituição Federal prevê os direitos fundamentais garantidos a todos nós, e um deles é a dignidade da pessoa humana como previsto no artigo 1º em seu inciso III:

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:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Devido este direito fundamental existe o princípio da dignidade humana onde estabelece que todas as pessoas tenham dignidade, ou melhor, que tenham uma vida com qualidade adequada, e que nenhum de seus direitos e nem garantias prevista em lei seja impedido.

José Carlos Teixeira Giorgis refere-se ao princípio da dignidade (2010, p.22):

Reputa-se que o princípio da dignidade não é um conceito constitucional, mas um dado preexistente a toda experiência, verdadeiro fundamento da República brasileira, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais; não só um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem econômica, política, cultural, com densificação constitucional.

O legislador no artigo 217-A do Código Penal ao tentar proteger os vulneráveis contra o estupro acaba suprimindo outros direitos destes, que são a liberdade sexual e a autodeterminação sexual, e ferindo o princípio da dignidade humana tanto a respeito ao menor de catorze anos como o deficiente mental.

A dignidade da pessoa humana esta vinculada á ideia de autodeterminação também. A dignidade é muito importante e necessita de uma proteção especial por parte da comunidade e do Estado como explicita Ingo Wolfgang Sarlet apud José Carlos Teixeira Giorgis (2010, p.23):

Uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana, vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência, bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo quando ausente a capacidade de autodeterminação.

Um grande exemplo de que o princípio da dignidade humana é atingido por este dispositivo legal é a questão das pessoas que possuem a tão conhecida Síndrome de Down.

Estas pessoas que possuem a Síndrome de Down são vulneráveis ou não, devem ser protegidas ou não por este artigo de nossa legislação? Temos que levar em consideração que muitas pessoas com esta Síndrome possuem uma vida normal, estudam, trabalham e muitas chegam até a namorar.

Guilherme de Souza Nucci também faz uma interrogação sobre a Síndrome de Down (2009, p. 39):

O deficiente, em razão, de síndrome de Down, por exemplo, apresenta retardamento mental e necessita de muitos cuidados durante a maior parte da vida. Estaria privado de ter relação sexual? Alguns chegam a conviver como companheiros, em união estável.

O namoro entre duas pessoas que possuem a Síndrome de Down não é proibido e em caso de relação sexual também não há crime, porque existem famílias compostas por pais que possuem a Síndrome e tem até filhos,

o grande dilema está quando uma pessoa sem síndrome e uma pessoa que tenha esta síndrome querem se relacionar amorosamente, ou vice versa, nesse caso se mantiverem relação sexual ocorrerá o crime de estupro de vulnerável pelo texto em lei. Esta é uma das questões em se pensar referente ao dispositivo legal imposto pelo legislador.

Em nossa concepção a Síndrome de Down possui diferentes graus, alguns desses indivíduos que possui um grau muito pequeno, diante disto não deveriam ter seu direito à liberdade sexual impedido, muitas pessoas trabalham, praticam esportes, estudam, isto é, possuem uma vida normal e sem restrições, devido seu total discernimento sobre seus atos, esta pessoa não careceria de proteção prevista neste artigo, uma vez que esta não se classificaria como vulnerável.

Sempre deve se explorar cada situação e fazer exames médicos para constatar qual o grau da síndrome, constatando que a intensidade da síndrome é inferior, esta pessoa deve ter ampla liberdade para namorar e se relacionar com quem quiser sem ser vítima de um crime.

Desta maneira todos nós, especialmente os menores de catorze anos e maiores de doze anos e pessoas com enfermidades ou deficiências mentais, assim como pessoas com Síndrome de Down possuímos estes direitos e garantias mencionados, e o legislador de forma alguma poderia impedi-los, pois temos o princípio da dignidade da pessoa humana em que devemos viver com qualidade e sermos felizes, poder namorar, casar com quem quisermos, sem cometer crimes ou ser vítima de um crime.

## 5. O ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O dolo é a vontade de praticar algo, a pessoa faz porque quer alguma coisa ou quer que ocorra uma determinada situação, portanto uma pessoa que não tem dolo em um crime penal, não quer prejudicar e nem tirar vantagem ilícita de outra pessoa, muito menos de um vulnerável.

Fabio Agne Fayet afirma sobre o dolo (2011, p.96):

Dessa forma, se pode afirmar que o dolo é a vontade consciente de realizar a ação proibida, criando um risco não permitido para o bem jurídico tutelado, consubstanciado na realização do tipo penal objetivo ou na assunção do risco de produzi-lo.

No crime de estupro de vulnerável o elemento subjetivo do tipo é o dolo, ou seja, o sujeito ativo tem que querer que a prática do ato sexual ocorra de forma em que o sujeito passivo não queira, tendo um crime material onde sua consumação necessita da conduta mais o resultado que é a prática de conjugação carnal ou ato libidinoso.

André Estefam menciona sobre o tipo subjetivo que (2009, p.66): “O delito é punido exclusivamente na forma dolosa. Exige-se, destarte, a voluntariedade e a consciência, aí incluindo, o conhecimento da condição de vulnerabilidade do ofendido”.

Quando o sujeito ativo tem conhecimento de vulnerabilidade da vítima estamos falando de um dolo direto, podendo também ter o dolo eventual como cita Fabio Agne Fayet (2011, p.96): “O dolo direto significa conhecer estar circunstâncias fáticas todas e querer realizar o ato. Nesse contexto, diferentemente do crime de estupro, o estupro de vulnerável admite a modalidade de dolo eventual”.

Em relação ao dolo direto e eventual Renato Marcão e Plínio Gentil explicam (2011, p.197):

O dolo, neste crime, normalmente é o direto, na forma assim explicitada. Poderá, no entanto, haver dolo indireto, ou eventual, quando o agente assumir o risco de estar praticando ato que, embora não objetivamente libidinoso, contenha libidinosidade para a vítima. Poderá, ainda, aceitar o risco de se tratar de sujeito passivo vulnerável. Assim é que tendo, por exemplo, elementos para supor que a vítima seja menor se catorze anos, o agente não faz caso

dessa possibilidade e opta por ter conjunção carnal ou praticar outro ato lascivo com ela.

Há quem diga no tipo subjetivo do injusto, onde o sujeito ativo de forma injusta envolve a vítima a realizar atos libidinosos como menciona Luiz Regis Prado (2012, p.833):

O tipo subjetivo é representado pelo dolo, expresso pela consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo de injusto. Exige-se ainda o elemento subjetivo do injusto, consiste em particular tendência insita no sujeito ativo, “que se identifica coma tendência de envolver a outra pessoa em um contexto sexual”. Consubstancia-se na especial finalidade constringer à conjunção carnal ou ao ato libidinoso. Amolda – se o estupro de vulnerável ao grupo dos delitos de tendência intensificada.

Pode ocorrer erro do tipo subjetivo como previsto no artigo 20 do Código Penal, no qual o sujeito ativo não achava que a vítima era vulnerável, por exemplo, a vítima era menor de catorze anos, mas devido sua aparência ser de uma pessoa mais velha, achou que esta tivesse maior de dezoito anos e por isso praticou o ato sexual, neste caso não há dolo, podendo caracterizar outro crime ao invés de estupro de vulnerável.

A respeito do erro de tipo Renato Marcão e Plínio Gentil expõem (2011, p.198):

Errando quanto a elementos do tipo, o sujeito ativo estará deixando de agir dolosamente, com o que estará afastada, ou deslocada para outra figura penal, a tipicidade do fato (art. 20 do CP). O erro de proibição, recaindo sobre a ilicitude da conduta, poderá remover a culpabilidade do agente ou reduzir-lhe a pena (art. 21 do CP).

O legislador esta correto em punir o agente ativo que age com dolo em praticar o estupro de vulnerável quando o agente passivo é forçado a praticar o ato libidinoso, bem como a conduta em caso de tipo subjetivo injusto em que a vítima é envolvida em um contexto sexual de forma injustificável, o legislador agiu corretamente também ao prever o erro de tipo, sendo uma hipótese de prevenir punições decorrentes de erros.

Um exemplo é quando o sujeito ativo tem vontade de manter relação sexual com um vulnerável, mas este considerado vulnerável seja pela sua idade, enfermidade ou doença mental quer manter a relação sexual, sabe

o que esta fazendo, pela sua vulnerabilidade não ser absoluta, ou seja, ambos os sujeitos querem que o ato libidinoso e a prática de conjugação carnal ocorram. Este sujeito ativo realmente cometeu o crime de estupro de vulnerável?

Esta é uma questão em se pensar muito, pois o sujeito ativo que gostaria de namorar com uma pessoa protegida pelo artigo 217- A do Código Penal, mesmo que este protegido tenha a plena consciência de seus atos é justo ser considerado vítima de estupro caso mantenham relação sexual? E o sujeito ativo tem que cumprir pena, por ter supostamente cometido um crime gravíssimo?

Uma punição desmerecida pode ocasionar diversas consequências irreparáveis, como um julgamento feito pela própria sociedade, principalmente pelas pessoas que fazem parte de seu dia-a-dia, logo que para estas pessoas quem pratica um crime de estupro ainda mais com um vulnerável é visto como um criminoso de alta periculosidade, desta maneira, quando o suposto criminoso sair do cumprimento de sua pena sofrerá preconceitos, será prejudicado em inúmeras áreas como a profissional, amorosa, familiar, pois quem vai querer empregar e namorar, casar com uma pessoa condenada por este crime.

Como já analisado o crime de estupro de vulnerável é tão grave que a ação penal para este delito é a pública incondicionada, ou seja, o Ministério Público pode fazer a denúncia, mesmo que a vítima não represente, não faça a denuncia, fora que é considerado um crime hediondo, tendo uma punição mais grave em relação aos outros crimes. Além da punição prevista em lei, há a pena do cárcere, ou melhor, o castigo que os próprios detentos fazem com o individuo dentro da cela, visto que nem todas as pessoas são bondosas e amigas como relata Cezar Roberto Bitencourt (1993, p. 154): “Ele nunca esta só. Tem que se manter obrigatoriamente na companhia de pessoas que nem sempre são suas amigas. A tão angustiante quanto o isolamento permanente”.

Simplificando quem é condenado por crime de estupro de vulnerável, se torna um criminoso perante a sociedade e sofrerá no cárcere onde cumprirá a pena privativa de liberdade, já que muitos detentos não

aceitam este ilícito, em razão de ser um crime gravíssimo, muitos acabam sendo abusados sexualmente, violentados fisicamente, verbalmente e pode ocorrer até homicídios causados por outros presos que dividem a mesma cela.

O indivíduo que é colocado nesta situação pode entrar no cárcere como uma pessoa correta e decorrente disso se tornar um criminoso por convivência com outros réus, ou por revolta pela condenação injusta ou até mesmo pelos sofrimentos causados pelo outros detentos e pela circunstância que se encontra, posto que haja sublotação nas celas, isto é, a prisão causa um grande prejuízo para a vida daquele que é preso, em relação a este assunto Luís Francisco Carvalho Filho narra ( 2002, p. 67):

Depois de mais de 200 anos de experiências, prevalece o sentimento de que a prisão não recupera, degenera. Limpa ou imunda, transbordando de pessoas ou adequadamente ocupada, próxima ou distante, pública ou privada, a prisão é vista como um mal, muitas vezes inútil.

O criminoso é julgado por vários cidadãos, desde justos como por aqueles que já cometeram outros ilícitos penais e este é um dos motivos para que não puna alguém inocente.

Existem diversas situações a serem analisadas, e para as situações que possuem apenas a vontade de ambos para se relacionarem sexualmente, devido à vulnerabilidade ser relativa, nestes casos não deveria existir o crime de estupro de vulnerável, fazendo com que não ocorressem injustiças com nenhum dos sujeitos.

## 6. DA IMPORTÂNCIA DA RELATIVIZAÇÃO

O legislador ao fazer o artigo 217- A cometeu um grande erro, tirando a liberdade sexual de todos os considerados vulneráveis pelo caput e parágrafo primeiro deste artigo, porque existem pessoas que são totalmente vulneráveis em que realmente precisam de toda segurança possível, mas existem também as pessoas que não são totalmente vulneráveis possuindo ciência de seus atos e sabendo o que é certo ou errado. Podemos então dividir a vulnerabilidade em absoluta e relativa

A definição de absoluto para J. M. Othon Sidou (2000, p. 5) é: “independente, ilimitado. Que não admite restrição”.

Conforme concluímos o vulnerável absoluto é o sujeito que não tem capacidade nenhuma para discernir as coisas ao seu redor devido a sua idade, enfermidade ou doença mental, sendo muito frágil e desprotegido não podendo oferecer resistência, não podendo ter restrições, ou seja, se o dispositivo diz que o menor de catorze anos é vulnerável absoluto não pode ter exceções, porque foi o critério objetivo adotado pelo legislador, desta forma quem praticou ato libidinoso com este menor é autor do crime de estupro de vulnerável, o mesmo ocorre com os vulneráveis do parágrafo primeiro.

Segundo a definição de J. M. Othon Sidou (2000, p. 735) relativo é: “que se relaciona a uma pessoa ou coisa. Em termos jurídicos, qualificativo daquilo que não é absoluto”.

O vulnerável relativo é o sujeito que pode ser considerado vulnerável, mas possui instruções suficientes e um desenvolvimento mais avançado do que outros da mesma idade fazendo com que não seja totalmente vulnerável, podendo neste caso ter exceções, desse modo, nem todos os menores de catorze anos, pessoa com deficiência ou enfermidade mental são completamente vulneráveis.

André Estefam faz menção a este conceito relativo (2009, p.65): “a vulnerabilidade é um conceito relativo, admitindo prova em contrario (isto é,

a demonstração de que o parceiro tinha plena consciência e maturidade sexual)”.

Outra diferença entre ser absoluto e relativo é que um não admite prova em contrário e no outro caso admite como explica Guilherme de Souza Nucci (2011, p.116): “se absoluta (não permite prova em contrário) ou relativa (admite prova em sentido contrário)”.

O legislador no artigo 217- A do Código Penal prevê o menor de catorze anos e a pessoa com deficiência ou enfermidade mental como vulnerável absoluto, devido a esta generalização ocorre muitas injustiças, uma vez que, estes considerados vulneráveis tem retirado seu direito à sexualidade.

### **6.1 O Critério da Idade**

O legislador utilizou o critério de idade para dizer quem é vulnerável ou não, sendo assim o menor de catorze anos é vulnerável como previsto no caput do artigo 217-A do Código Penal, o legislador não analisou a evolução dos costumes e fica ligado a este critério, como menciona Guilherme de Souza Nucci (2009, p.37): “o legislador brasileiro encontra-se travado na idade 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade”.

Qual a diferença de ser considerado vulnerável com 13 (treze) anos e 11 (onze) meses e 29 (vinte e nove) dias de idade e não ser considerado vulnerável quando tiver 14 (catorze) anos e 1 (um) minuto de idade, algumas horas de vida a mais influenciam no discernimento da pessoa?

André Estefam diz sobre a injustiça causada por este critério objetivo (2009, p.60):

Não se pode ignorar, outrossim, a injustiça que importa a adoção de um critério rígido, seja ele qual for. Qual a substancial diferença entre praticar um ato sexual com alguém, mediante consenso, um dia antes de seu 14º aniversário e fazê-lo no dia seguinte? A interpretar a legislação sem o influxo de uma visão constitucional e vinculada ao bem jurídico tutelado, a diferença seria essa: no primeiro caso, o agente ficará sujeito a pena de reclusão de no mínimo de 8 anos, e, no outro, o fato será penalmente atípico.

Tendo catorze anos completos ou incompletos não poderia influenciar na questão da vulnerabilidade, pelo fato desse menor muitas vezes já ter um conhecimento sexual, ou ter uma vida sexualmente ativa, não tendo que ser protegido por este artigo, sendo um dos principais motivos para relativização, uma vez que, este critério de idade com a evolução dos costumes não tem coerência, desta maneira não tem como afirmar que quem possui catorze anos incompletos não tenha nenhum conhecimento sobre sexualidade, se é ou não absolutamente vulnerável, sendo que nas escolas os professores ensinam sobre este assunto, muitos pais informam seus filhos, na mídia e em qualquer lugar a sexualidade esta explícita, hoje é muito difícil saber até onde vai o discernimento do menor de catorze anos.

Guilherme de Souza Nucci (2011, p.116) também concorda em relativizar o vulnerável menor de catorze anos.

Ora, antes da edição da Lei 12.015-2009, tratava-se da presunção de violência, que admitia a discussão acerca de ser absoluta ou relativa. Pensamos continuar o mesmo cenário e defendemos seja relativa a vulnerabilidade no tocante ao adolescente, maior de 12 anos, mas absoluta quando se referir à criança menor de 12 anos.

Há também autores que não concordam com esta relativização, como Renato Marcão e Plínio Gentil (2011, p. 192): “o adolescente maior de doze e menor de catorze anos, com o que não concordamos: este é exemplo de vulnerabilidade absoluta, não relativa”.

Se pararmos para pensar e analisar diversas situações corriqueiras, podemos ver quantas injustiças podem ser cometidas, principalmente por um equívoco previsto em lei.

Se por exemplo, um(a) garoto(a) menor de catorze anos com experiência necessária começa a namorar porque ama o outro(a) garoto(a), ambos decidem manter atos libidinosos e cojunção carnal, pois sabem discernir o que é manter relação sexual, pelo fato do menor ter uma vida sexual ativa, é realmente justo que este garoto(a) que praticou ato sexual com o menor de catorze anos seja condenado por cometer crime de estupro vulnerável? Não se pode considerar justo uma pessoa ser punido, pois este menor de catorze

anos não é absolutamente vulnerável quis que acontecesse, não foi forçada, nem se sente violada sexualmente.

Concordamos com a relativização do conceito de vulnerável em relação a sua idade, mas seria vulnerável relativo o menor de catorze anos e maior de doze anos apenas, onde se admitiria exceções, não classificando todos com esta idade totalmente vulneráveis, e podendo ter prova em contrário para analisar cada caso em concreto, onde verificaria se este menor realmente tinha conhecimento ou não. Já os menores de doze anos seriam vulneráveis absolutos, devido realmente à falta de conhecimento por serem crianças ainda.

Neste mesmo sentido Guilherme de Souza Nucci diz (2011, p.119):

Em nossa visão, a vulnerabilidade é relativa para essa faixa etária: 12 e 13 anos. É absoluta para as crianças: menores de 12 anos. Porém, essa fórmula é uma regra que, conforme o caso concreto, pode comportar exceções. Exemplo: embora seja absoluta a vulnerabilidade da criança, uma pessoa de 11 anos e 11 meses já é praticamente um adolescente e, dependendo da situação, assim deve ser considerado. O mesmo se diga de uma pessoa com 12 anos completos, mas integralmente ingênua, podendo equiparar-se a uma criança: deve-se considerá-la vulnerável, sem dúvida.

O critério de idade não poderia influenciar na vulnerabilidade das pessoas, conforme observamos este critério pode causar muitas desigualdades, desta maneira o legislador deveria alterar este dispositivo, devido à tamanha importância da possibilidade de relativização, afinal o menor de catorze anos e maior de doze anos não pode ter sua liberdade sexual e sua autodeterminação sexual impedida, em razão de muitos possuírem discernimento necessário para a prática do ato sexual, tendo que fazer uma análise do caso concreto.

## **6.2 A Pessoa com Enfermidade ou Deficiência Mental**

O legislador não apenas errou no caput do artigo 217-A do Código Penal prevendo como vulnerável absoluto o menor de catorze anos, como no parágrafo primeiro deste dispositivo, pois pode ser vulnerável relativo também à pessoa que tem uma enfermidade ou doença mental. Às vezes a pessoa

possui sim uma doença mental ou enfermidade, mas pode discernir as coisas e saber o que quer para si. Só porque a pessoa esta enferma significa que ela não tem desejos, vontades e sentimentos amorosos, não se podem tirar este direito de ninguém, a pessoa com doença mental também tem interesses próprios.

No mesmo sentido Alessandra Orcessi e João Daniel Rassi (2010, p.104):

Pela nova sistemática, se aquele portador de enfermidade ou deficiência mental tiver discernimento para prática do ato, seu consentimento será válido, não havendo qualquer ofensa a sua liberdade sexual. Diferentemente do que ocorria na revogada lei, acolheu o legislador a postura de que o doente tem liberdade sexual e, dependendo do caso, poderá exercê-la desde que tenha discernimento para consentir, caso em que não haverá abuso sexual.

Outro exemplo e da pessoa que possui certa doença mental, mas esta doença não afeta totalmente seu discernimento, ela possui instruções necessárias para poder ter controle de seus atos, esta pessoa começa a manter relações sexuais porque quer, devido aos sentimentos que tem pela a outra pessoa, esta pessoa sem querer tirar proveito nenhum acabou cometendo crime de estupro de vulnerável, não sendo justa sua condenação, afinal ambos queriam.

Outro doutrinador que concorda com esta relativização em relação ao parágrafo primeiro é Guilherme de Souza Nucci (2011, p.119):

Menciona-se alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, Logo, a vulnerabilidade é relativa, dependendo da prova em relação ao grau de discernimento da pretensa vítima. Sob outro aspecto, inclui-se pessoa que, por outra causa, não pode opor resistência. A vagueza da expressão dá margem á presença da vulnerabilidade relativa, que comporta prova em sentido contrario.

Concordam também os autores Renato Marcão e Plínio Gentil (2011, p. 190):

O deficiente mental que tenha vida marital, ou um relacionamento sexual decorrente de uma união séria e duradoura, está sendo vítima de estupro de vulnerável, um crime hediondo? Deve ser considerado que existem vários níveis de deficiência e que, a partir de certo

estágio de compreensão, o indivíduo tem uma capacidade de discernir que lhe permite a prática de atos sexuais, sem que isso represente qualquer violência contra si. Como a configuração do crime exige ausência do necessário discernimento, não haverá o delito se o deficiente, ou mentalmente enfermo, possuir tal capacidade.

São muitos os exemplos que podem ser citados e inúmeras as situações que podem ocorrer, por isso da importância da relativização do artigo 217- A do Código Penal tanto em relação ao caput quanto ao parágrafo primeiro, por haver situações em que a condenação é injusta devido o que esta previsto em lei, o legislador prevê apenas a existência do vulnerável absoluto, e considerando que todos os vulneráveis descritos não possuem o discernimento necessário para a prática do ato, mas como podemos observar em muitos casos não é isso que ocorre, porque o vulnerável pode ser relativo e não podendo assim ter seus direitos fundamentais impedidos.

Além de concordar Guilherme de Souza Nucci (2009, p.39) diz também:

Há os que são completamente impossibilitados de apresentar consentimento válido no contexto sexual, de modo que a prática de qualquer ato libidinoso, em relação a eles, seria considerada violenta, logo ilícita, bem como existem os que representem deficiência mental, mas que não lhes retira o desejo sexual e a vontade de se unir a outra pessoa, buscando inclusive atenuar o seu sofrimento, procurando a cura.

Recentemente surgiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência instituída pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência de nº 13.146 em 6 de julho de 2015, no seu artigo primeiro assegura a igualdade da pessoa com deficiência, assim como o direito das liberdades fundamentais:

Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Como podemos observar é muito importante à possibilidade de permitir que a pessoa com deficiência ou enfermidade mental se relacione sexualmente e tenha uma vida amorosa e construa uma família, porque muitas

vezes pode diminuir o sofrimento e fazer com que esta busque a cura, e estas pessoas não podem ter seu direito a liberdade sexual e sua autodeterminação impedida, porque agora estas pessoas com deficiência tem um estatuto para proteger seus direitos, por estes motivos que concordamos com a relativização da vulnerabilidade das pessoas do parágrafo primeiro, podendo assim também provar em cada caso em concreto, por meio de exames médicos o grau da doença e verificar se é possível o discernimento ou não.

## 7. CONCLUSÃO

Após entendermos o que é estupro de vulnerável o crime previsto no artigo 217-A do Código Penal, e observarmos que não é somente a conjunção carnal que caracteriza este crime, mas também outros atos libidinosos, incluindo o ato surpreendente e excluindo o beijo lascivo, mesmo que a força e saber quem são os protegidos por este artigo e os que não são, englobando as pessoas que se encontram sobre efeito da embriaguez completa, entorpecentes, hipnose e sono profundo em determinados casos, podemos analisar duas coisas importantes, primeiramente que o legislador agiu corretamente em proteger a dignidade sexual dos considerados vulneráveis pelo fato de sua fragilidade e falta de discernimento, e secundariamente o equívoco cometido pelo legislador.

O desenvolvimento sexual do menor de catorze anos tem que ser de forma saudável e não deve ser corrompido por atos sexuais contra sua vontade ou por meio de violência gerando traumas. Muitas vezes esse menor não tem discernimento sobre o que é manter relação sexual, este menor sem conhecimentos deve ser protegido por este artigo, mas deveria ser provado no caso em concreto, a vulnerabilidade, para não ocorrer injustiças, uma vez que há menores de catorze anos que já possuem uma vida sexualmente ativa ou tem os conhecimentos necessários para o ato.

O mesmo ocorre com quem tem enfermidade ou deficiência mental, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, deve se analisar cada situação antes da condenação, visto que existem diversos graus de enfermidade ou deficiência mental e estas pessoas possuem um estatuto para proteger seus direitos, e a expressão “não oferecer resistência” abrange diversas ocorrências devendo ser investigadas caso a caso.

O legislador ao mesmo tempo em que protege estas pessoas que ele considera vulneráveis, tira direitos delas, impede a liberdade sexual das que não são totalmente vulneráveis, assim como tira sua autodeterminação

sexual, e fere o princípio da dignidade da pessoa humana, cometendo uma grande injustiça.

Como podemos ver a vulnerabilidade se divide em absoluta ou relativa. O legislador tem que proteger sim, mas de uma forma que faça esta distinção entre esses vulneráveis, para não impedir nenhum direito.

Desta maneira podemos estabelecer que o bem jurídico tutelado neste dispositivo devesse incluir além da dignidade sexual, a liberdade sexual e a autodeterminação sexual, porque todos, e principalmente os menores de catorze anos e maiores de doze anos, as pessoas com deficiências ou enfermidades mentais, assim como as pessoas com Síndrome de Down possuem a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana.

A lei deveria seguir a evolução dos costumes, tanto para o critério de idade quanto para as pessoas enfermas e com deficiência mental, pois ao passar dos anos muitas coisas mudaram com as tecnologias e isso não pode passar despercebido devido às consequências que podem gerar, sendo uma delas um dispositivo legal que impedisse diversos direitos fundamentais.

Para corrigir este equívoco do legislador deveria fazer – se a relativização do artigo 217-A do Código Penal, podendo no momento de julgar o agente ativo analisar o caso em concreto, admitindo ter provas, investigações aprofundadas, interrogar várias testemunhas, verificar se o menor de catorze anos e maior de doze anos tem ou não conhecimentos sobre sexualidade, e no caso do parágrafo primeiro deste artigo pedir laudos médico para saber o grau de discernimento da pessoa com deficiência mental ou enferma.

Conclui se que é muito importante à possibilidade deste artigo que prevê o crime de estupro de vulnerável ter o conceito de vulnerável relativizado, para que nenhum direito seja impedido e que ninguém inocente seja acusado por este crime hediondo, passando ser injustamente um criminoso perante a sociedade em que vive e dentro do cárcere, sendo prejudicado em diversas áreas de sua vida.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20152018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13146.htm)>. Acesso em: 12 set. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 352 p. ISBN 85-203-1162-8.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal: volume 4 : parte especial - 4**. Ed. Editora Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal: volume 4 : parte especial**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 573 p

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais: comentários à Lei n. 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 1ª edição 2009, 2ª tiragem 2010.

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Editora livraria do advogado, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Crimes Sexuais e a Pessoa Vulnerável**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal nº 34, 2010.

GRECO, Alessandra Orcessi Pedro e RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. Editora atlas, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: volume 2: parte especial. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 1004 p.

MARCÃO, Renato e GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual. Comentários ao título VI do Código Penal**. Editora Saraiva, 2011.

MACHADO, Martha de Toledo. **Proibições de Excesso e Proteção Insuficiente no Direito Penal: A Hipótese dos Crimes Sexuais Contra Crianças e Adolescentes**. São Paulo: Verbatim, 2008.

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

\_\_\_\_\_. **Direito penal: volume 2 : parte especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais : bases críticas para a reforma do direito penal sexual**. Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2008.