

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

CURSO DE DIREITO

DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ASPECTOS POLÊMICOS

JACQUELINE THAOANA MENDES

Presidente Prudente/SP
2016

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

CURSO DE DIREITO

DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ASPECTOS POLÊMICOS

JACQUELINE THAOANA MENDES

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Florestan Rodrigo do Prado.

Presidente Prudente/SP
2016

Mendes, Jacqueline Thaoana.

Do Estupro de Vulnerável: Aspectos Polêmicos / Jacqueline Thaoana Mendes: -
Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo". 2016.

Nº de folhas: 50

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário Antônio Eufrásio
de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2016.

1. Do Estupro de Vulnerável. I. Aspectos Polêmicos

DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ASPECTOS POLÊMICOS

Trabalho de Monografia aprovado como requisito parcial
para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Florestan Rodrigo do Prado

Fernanda de Matos Lima Madrid

Jadir Rafael da Silva Filho

Presidente Prudente, 16 de Novembro de 2016.

“Não há melhor maneira de exercitar a imaginação do que estudar direito. Nenhum poeta jamais interpretou a natureza com tanta liberdade quanto um jurista interpreta a verdade”.

Jean Giraudox

Dedico este trabalho aos meus pais, Bertha e Eliseu, por me amarem incondicionalmente. Por batalharem dia após dia, desde o dia em que vim ao mundo para que eu me beneficiasse sempre do melhor. Certamente sem meus pais eu careceria de tornar meu sonho em realidade.

AGRADECIMENTO

Primeiramente agradeço à Deus, pelo sentimento de amparo espiritual que me acompanha por todos os dias. Sem a permissão do Mestre Divino eu nada poderia ser.

Agradeço, em especial, aos meus pais, Bertha e Eliseu, por tornarem real, mediante árduo esforço, o meu sonho de concluir um curso de Direito. A estes tudo devo! Obrigada Pai, obrigada Mãe, por me amarem; por me proporcionarem conforto; por me direcionar com a educação que me destes ao caminho certo a ser seguido.

À todos os meus professores, que com aulas espetaculares despertaram em mim a paixão pelo Direito.

Por fim, agradeço ao meu namorado Edson, por me preencher de sentimentos bons e por me fazer sentir a necessidade e vontade de tornar-me uma grande mulher.

RESUMO

Os crimes sexuais emanam relevante importância em meio à sociedade. Mediante um esboço histórico, percebeu-se que estes delitos se fizeram sempre presente, ao passo que por tamanha periculosidade que deles emanam, coube ao legislador ao longo das décadas tipificá-los, dando a estes tratamentos penais que se verificassem como coerentes de acordo com os costumes e pensar social. Em 2009, portanto, adentrou ao ordenamento jurídico brasileiro a lei dos Crimes Sexuais, lei 12.015, que com o intuito de conferir maior proteção à dignidade sexual de cada um, entre relevantes alterações ao Código Penal de 1940 tipificou o estupro no artigo 213 do Código Penal e o estupro de vulnerável como tipo autônomo no artigo 217 – A do mesmo diploma legal. Ainda, o legislador, valendo-se de sua vontade de impor a tais delitos maior rigidez cobriu-os sobre o prisma da hediondez, o que por sua vez, persistiu-se na dúvida se de fato deveras ser imposta as regras dos Crimes Hediondos ao estupro de vulnerável. Ressaltou-se neste trabalho que muitas foram as divergências incessáveis atinentes ao estupro de vulnerável, ao passo que o legislador elencou a absoluta vulnerabilidade aos menores de 14 anos, em discordância com o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) que aduz tal critério aos menores de 12 anos, não obstante, equiparou a estes os deficientes mentais, tolhendo-os do direito à sexualidade sem que se verifique um critério legal de dosagem do grau de deficiência a este cometido que ensejaria assim sua incapacidade de consentir ao ato. Neste passo, a doutrina e jurisprudência vêm se inclinando a admitir a relativização da vulnerabilidade nestes casos, sob o sagaz argumento de que não sendo a dignidade sexual, como bem jurídico penal a ser tutelada, ofendida, não há de se falar em crime de estupro de vulnerável.

Palavras-chave: Estupro Crimes sexuais. Estupro de Vulnerável. Vulnerabilidade absoluta. Relativização.

ABSTRACT

Sexual crimes emanate great importance amid society. Through a historical foreshortening, it is clear that these offenses are made present, while by such danger arising therefrom, it was up to the legislator over the decades typifies them, giving these criminal treatments that would arise as consistent according to the customs and social thinking. In 2009, therefore, enters the Brazilian legal system the law of sexual crimes, law 12,015, that in order to give greater protection to sexual dignity of each of the relevant amendments to the 1940 Criminal Code criminalized Rape in Article 213 of the Code criminal and Rape Vulnerable as standalone type in Article 217-a in the same law. Still, the legislator, taking advantage of their willingness to impose such offenses increased rigidity covered them on the prism of hideousness, which in turn persisted in the fact is doubt indeed be imposed on the rules of heinous crimes to vulnerable to rape. It is emphasized in this paper that there are many incessáveis differences relating to the vulnerable rape, while the legislator lists the absolute vulnerability to children under 14, in disagreement with the ECA that adds such criteria to children under 12, however, assimilates these mentally disabled, tolhindo them the right to sexuality without leading to any legal standard dosage of the degree of deficiency this made it so would cause their inability to consent to the act. In this step, the doctrine and jurisprudence have been leaning to admit the relativity of vulnerability in these cases, under the shrewd argument that not being sexual dignity, as well as legal criminal to be protected, offended, there is no need to talk about the crime of rape vulnerable.

Key words: Sexual Crimes. Rape vulnerable. absolute vulnerability. Relativization

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
2 DO DELITO DE ESTUPRO: ESCORÇO HISTÓRICO	
2.1 Da proteção aos costumes à proteção da dignidade sexual com o advento da lei dos Crimes Sexuais	13
2.2 O Estupro no Código Penal de 1940 frente às mudanças trazidas pela lei 12.015/09	17
2.3 Da ação penal	21
3 A DIGNIDADE COMO BEM JURÍDICO PENAL	23
3.1 A dignidade sexual	24
4 A HEDIONDEZ DO DELITO DE ESTUPRO	28
5 A FIGURA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ART. 217 – A	31
5.1. Da ação penal no crime de estupro de vulnerável (art. 217 – A)	34
5.2 Vulnerabilidade Relativa <i>versus</i> Absoluta	35
5.3 Considerações críticas quanto ao parágrafo 1º do Art. 217 – A: O Deficiente Mental e seu Direito à Sexualidade Negado	42
6 CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46
ANEXO	50

1 INTRODUÇÃO

Todos os bens que nos permeiam devem ser tutelados pelo direito. O Direito Penal por sua vez tem o condão de tutelar, atendo-se ao princípio da intervenção mínima, os bens relevantes ao âmbito criminal, independentemente dos demais âmbitos do direito.

Soube-se, contudo, que em consonância com a evolução do pensar humano, tais bens podem passar de uma tutela absoluta para relativa. Dentre estes bens, destacou-se meritoriamente ao longo deste trabalho, a dignidade sexual, que como apêndice da dignidade da pessoa humana, confere a cada sujeito o direito à sexualidade, independentemente da interferência estatal.

Sendo bem jurídico penal, portanto, há de se proteger tal dignidade sexual, cabendo ao Estado coibir e punir atuações violentas contra aqueles que não consentindo, sejam obrigados, mediante violência ou grave ameaça a praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso apto a satisfazer a lascívia do agressor.

A lei dos Crimes Sexuais, Lei nº 12.015/09 trouxe significativas alterações ao nosso ordenamento jurídico. Uma delas foi tipificar separadamente o delito de estupro do crime de estupro de vulnerável.

Os Tribunais, anteriormente a lei, divergiam se a presunção era absoluta ou relativa da vulnerabilidade dos menores de catorze anos, ao passo que, uma vez entendida como presunção absoluta de violência, não faria sentido algum o réu, em tese de defesa, arguir o consentimento da vítima. Este sujeito, de qualquer forma, estaria cometendo o crime de estupro com violência presumida.

O legislador, contudo, acreditou que com a nova redação dada pela lei dos Crimes Sexuais, tipificando o estupro de vulnerável como crime autônomo, encerrassem-se tais divergências, objetivando o núcleo do tipo em “ter ou praticar conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso” e definindo o sujeito passivo por uma faixa etária, ou seja, “com menores de 14 anos”. Destarte, a vulnerabilidade da vítima passou a ser, como regra, absoluta.

Ainda, salientou-se doravante, que a vulnerabilidade absoluta fora atribuída aos deficientes mentais, conforme dispõe o § 1º do artigo 217 – A do Código Penal, mas não se atendo o legislador em especificar o grau de deficiência

capaz de impedir o indivíduo de seu devido consentimento à prática da sexualidade, deu-se brechas para hodiernas discussões acerca de uma ofensividade ao direito de liberdade sexual assegurada também para esta categoria de sujeitos.

Num primeiro momento, fez-se um esboço histórico de ambos os delitos sexuais, desde os primórdios da antiguidade até os dias atuais, hoje já autônomos pela nova redação dada pela lei 12.015/09.

Acentuou, destarte, as hodiernas discussões acerca da vulnerabilidade relativa ou absoluta sem que houvesse exceções não sendo esta observada casuisticamente.

O núcleo desta pesquisa, contudo, foi analisar a possível relativização da vulnerabilidade aos casos excepcionais, segundo o posicionamento de diversos doutrinadores.

Foi utilizado, neste trabalho, o método dialético no sentido de provocar, de maneira constante, a revisão de conceitos atinentes à vulnerabilidade dos menores de catorze anos e deficientes mentais.

Fixada esta premissa geral, foi utilizado o método dedutivo com o intuito de compreender que embora a intenção do legislador fosse de conceder proteção, mormente aos menores de 14 anos e deficientes mentais, impondo como regra a vulnerabilidade destes agentes como absoluta, há a importância da aplicação da relativização da vulnerabilidade, que deve, neste contexto, ser levado em consideração o conjunto de fatores ensejadores presentes em cada caso concreto.

2 DO DELITO DE ESTUPRO: ESCORÇO HISTÓRICO

Abordar-se-á, doravante, momentos históricos de suma importância para a compreensão dos delitos sexuais desde os primórdios da sociedade até os tempos hodiernos.

2.1 Da proteção aos costumes à proteção da dignidade sexual com o advento da lei dos Crimes Sexuais (lei nº 12.015/09)

A violência sexual constantemente esteve presente em meio à sociedade.

Desde os tempos mais remotos houve incessantes crimes contra a dignidade sexual, corriqueiramente sendo as vítimas do sexo feminino.

Conforme Oliveira (2008; s.p.):

Ainda nos tempos do direito germânico, era imprescindível que a mulher ofendida fosse virgem. Exigia-se também o uso da violência para com a ofendida. Definitivamente o crime de estupro não era consumado se a violência fosse contra mulher “deflorada”.

Acredita-se que o Código de Hamurabi tenha sido o primeiro diploma legal, elaborado por volta de 1700 a.C., que trazia em seu bojo, previsões acerca da violência sexual.

Descrevia-se na lei 130 do Código que “Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto, a mulher irá livre”. (CÓDIGO DE HAMURABI).

Atentar-se-á para a compreensão de tal lei, de que o sexo feminino emanava status inferior ao sexo masculino, de tal sorte que a mulher era vista como propriedade do homem. O patriarca senhoreava as mulheres nas quais viviam sob sua tutela. A norma, contudo, protegia a moral do homem frente à sociedade, e não necessariamente a dignidade da vítima do sexo feminino.

No tocante aos estudos do direito hebraico, notória se dá a percepção de que a Bíblia Sagrada trouxe inúmeros acontecimentos históricos que foram regradados pelos povos hebraicos.

Insta salientar que sobre a leitura das escrituras sagradas a mulher era vista como propriedade do homem, devendo ser submissa a todo tempo ao sexo masculino.

Nesta toada, para que uma mulher pudesse se casar e ser reconhecida como digna, a virgindade desta era exigência preponderante para tal. A mulher presenteava o futuro marido entregando-lhe seu corpo pela primeira vez, visto como um corpo puro.

Neste passo, o homem que estuprasse uma mulher pura, prometida em casamento era punido com pena de morte. E aquele que estuprasse mulher virgem, ainda não prometida em casamento deveria pagar ao seu pai cinquenta ciclos de prata e se casar com a vítima.

A bíblia sagrada, no livro de deuteronômio 22:22-29, traz o que se interpreta como a punição para aqueles que violassem a sexualidade das mulheres dignas.

Percebem-se através da leitura das sagradas escrituras que apenas configurava o polo passivo a mulher virgem. Ressalta-se ainda que o silêncio da mulher violada acarretaria seu consentimento e assim ela também seria punida juntamente com seu agressor.

Mister se faz ressaltar a presunção de violência que o texto bíblico afirma implicitamente, no qual se a mulher estivesse no campo presumia-se que ainda que a vítima clamasse por socorro e esta não poderia ser ouvida e então somente o homem agressor seria punido.

Os romanos foram os povos encarregados a tipificar a violência sexual com o termo de “*stuprum violentum*”.

“A palavra *stuprum* na referida lei [...] designava como crime a conjunção carnal ilícita com mulher virgem ou viúva honesta, mas tal conjunção não poderia ter violência” (PORTINHO, 2005, s.p.).

Conforme Copez (2011, p. 19), “Em Roma, passou-se a punir os crimes contra a moral, cabendo ao pater famílias a repressão”.

Inegavelmente o homem se caracterizava como o comandante da mulher. Ao pater família pertencia o exercício do direito de propriedade sobre aquelas que viviam sob sua tutela.

No direito romano, *Stuprum violentum* encaixava-se na tipificação de *crimen vis*, reprimido pela *Lex Julia de vi publica*, que se penalizava com pena de morte.

Em outras palavras, o estupro em sentido estrito, se configurava em manter conjunção carnal com donzela, mulher virgem, casadas ou viúvas honestas.

Fica perceptível a magnitude das normas romanas em proteger os costumes, a honra da mulher violada, de modo que sua dignidade (autoestima e respeitabilidade, direito de dispor de seu próprio corpo) perdurou-se distante do núcleo a ser tutelado.

O *Stuprum* era classificado em dois tipos, sendo o *stuprum violentum* e o *stuprum voluntarium*, e assim dividia-se este segundo em *proprium*, caso a vítima fosse deflorada com o ato e seria *improprium* caso o defloramento não ocorresse como resultado da prática.

A idade média primou-se pelos pensamentos religiosos. Houve a queda do Império Romano e a Igreja passou a governar todo o ordenamento jurídico.

No direito canônico as mulheres permaneciam sendo vistas como inferiores aos homens.

O indivíduo do sexo feminino era visto como inferior, acrescentando-se a elas o rótulo de causadoras dos males da humanidade. Dela provinha todo o comportamento animalesco, vil, devendo ser subjugada por ser naturalmente perversa (BUENO; SOUZA, 2012, s.pg.).

Embora contumaz a prática de estupro à época, dificilmente a punibilidade atingia o agente agressor. Quer fosse por vergonha da vítima ou por medo de sofrer represálias, optavam por manter a violência sexual em segredo.

Neste período histórico, o crime de estupro só se configurava se houvesse violência sexual contra a mulher virgem, e a punição ao sujeito ativo se dava por decapitação em praça pública.

Entre o período de 1500 até 1830, ergueu-se diplomas legais tipificando o delito de estupro.

Eis que surgem as ordenações afonsinas, entre os anos de 1500 até 1514, estas influenciadas pelo direito canônico. O crime de estupro encontrava-se tipificado no Livro V o qual descrevia que para a caracterização do estupro e para a consequente condenação do agressor, a mulher deveria gritar por três ruas, caso

fosse o ato praticado em local povoado, e sendo em local deserto, para que fosse apropriado a caracterização do crime, deveria chorar e no caminho se queixar dizendo “vedes que me fez foam” a todos que a avistassem, e o mais rápido possível ir à justiça, não podendo entrar em outra casa.

A pena seria de morte para o homem que dormisse com mulher casada ou religiosa, moça virgem ou viúva honesta, pois de nada adiantaria se este homem se casasse com aquela que violou.

Após, surgem as ordenações Manuelinas, que perduraram entre os anos 1514 – 1603, expandindo a pena de morte àquele homem que violasse sexualmente além das moças virgens, casadas, religiosas e viúvas honestas, a escrava ou prostituta.

Além das ordenações Afonsinas e Manuelinas houve também as ordenações Filipinas, vigorada entre os anos de 1603 e 1916. No que diz respeito a esta ultima, insta mencionar apenas que não sofreram alterações, mas tão somente modificações na linguagem do tipo.

Em 1830 adentra-se no ordenamento jurídico o Código Criminal do Império.

SIQUEIRA (1951, p. 232) explica:

O Código Criminal de 1830, no capítulo dos crimes contra a segurança da honra, compreendia o coito com mulher virgem, menor de 17 anos (art. 219), a cópula, mediante violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta (art. 222) e a sedução de mulher honesta, menor de 17 anos, com cópula carnal (art. 224). A pena do estupro, mediante violência ou ameaça, era a mais grave: prisão de 3 a 12 anos e, cumulativamente, dote da ofendida. O art. 222 10 estabelecia a redução da pena para 1 mês a 2 anos se a vítima fosse prostituta.

Em 1890 decretou-se o Código Criminal da República, trazendo á baila não só o delito de estupro, mas também o atentado violento ao pudor, ambos cobertos pelo titulo “violência carnal”.

Dispôs então o Código Criminal da República (1890, art. 268):

Art. 268 Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena – de prisão celular por seis meses a dous anos.

§ 1º Si a estuprada for mulher pública ou prostituta: Pena – de prisão celular por seis meses a dous anos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será aumentada da quarta parte.

Art. 269. 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 da força *physica*, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades *physicas*, e assim da possibilidade de resistir e defender-se,

como seja o *hypnotismo*, o *chloroformio*, o *ether*, e em geral os *anesthetics* e *narcóticos*

Percebe-se nesta toada que para que se configurasse crime de estupro a mulher vítima deveria ser revestida pela honestidade, do contrário a pena seria diminuída. Deixa-se claro à época que se entendia como honestidade a mulher que preservasse os bons costumes, não entregando seu corpo antes do casamento e após o matrimônio, seria honesta aquela que honrasse o nome de seu marido.

Não obstante, o mesmo Código trouxe o delito de atentado violento ao pudor, que em seu artigo 266 positivou:

Art. 266

Attentar contra o pudor da pessoa de um ou de outro sexo, por meio de violência ou ameaça, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravações moral: Penas prisão celular por um a três anos. (Código Criminal da República, 1890)

Atenta-se que foi desde o mencionado Código em vigor que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor foram ajustados separadamente com penas diferenciada.

2.3 O estupro no Código Penal de 1940 frente às mudanças trazidas pela lei dos Crimes Sexuais (lei nº 12.015/09)

Após significativas mudanças no percorrer do tempo, surge no direito brasileiro o Código Penal trazido pelo decreto lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940.

Lenza, afirmava (2010, p. 740) que é o momento da história em que surgem os Direitos Humanos de Terceira Geração, em que o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade.

Sabe-se que o Direito Penal caminha conforme os anseios e necessidades da sociedade, destarte, as modificações no pensar social desde a década de 40 fez-se necessário hodiernas mudanças quanto ao tratamento jurisdicional aos delitos sexuais.

Presentemente o delito de estupro está positivado no Código Penal em seu título VI, Capítulo I da seguinte forma:

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 menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

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

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Código penal, 1940)

Modificado pela lei 11.106 de 28 de março de 2005 e pela lei 12.015 de sete de agosto de 2009, o título VI do Código Penal de 1940 passou por significativas reformas. Notoriamente, o delito de estupro mostra-se hodiernamente apto a satisfazer o direito de forma eficiente para a sociedade moderna.

Conforme Julio Fabrinni Mirabete e Renato N. Fabrinni (2011, p. 1333):

Visou-se adaptar as normas penais às transformações nos modos de pensar e de agir da sociedade em matéria sexual, ocorridas desde a elaboração do Código Penal, e atualizar o Estatuto em face das inovações trazidas pela Constituição Federal e por construções doutrinárias mais recentes que lançaram novas luzes sobre a forma de se conceder e de se valorar aspectos relevantes da personalidade humana como merecedores de especial tutela pelo Ordenamento Jurídico, por constituírem em si mesmos direitos fundamentais ou desdobramentos desses mesmos direitos.

Ainda retrata de forma tênue Fabrinni e Mirabete (2011, p. 1334) as mudanças no título VI do Código Penal pelas leis 11.106/05 e 12.015/07:

Dos dispositivos abrangidos pelo Título VI, o artigo 217, que previa o crime de sedução, e os artigos 219 a 222, que disciplinavam os crimes de rapto violento ou mediante fraude e de rapto consensual, foram revogados pela lei 11.016 de 28-3-2005. Os arts. 214 e 216, que tipificavam os crimes de atentado violento ao pudor e atentado ao pudor mediante fraude, e os arts. 223, 224 e 232, que tratavam de formas qualificadas e da presunção de violência foram revogados pela lei nº 12.015, de 7-8-2009. Esse diploma também acrescentou ao Código Penal os arts. 217 –A, 218-A, 218-B e introduziu modificações em todos os demais dispositivos, à exceção dos arts. 233 e 234, que mantem suas redações originais, e do art. 226, que permanece com a redação dada pela lei nº 11.106/2005.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve um reforço para a necessidade de se proteger além dos costumes.

O título VI antes de lei 12.015/09 denominava-se “Dos Crimes contra os Costumes”, modificado atualmente para “Dos crimes contra a Dignidade Sexual”, deixando nítido a troca de foco a ser protegido.

Contudo, insta mencionar que os bons costumes e a moralidade pública ainda são protegidos pelo Direito Penal, mas de forma secundaria. Estes

estão elencados nos artigos 233 e 234, no mesmo título ora explanado do Código Penal. Assim vejamos:

Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto público.
Pena – detenção de três meses a um ano, ou multa.(Código Penal, 1940)

Art. 234 - Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

§ 1º. Incorre na mesma pena quem:

I - vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo;

II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter;

III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno. (Código Penal, 1940)

Houve uma mudança de foco e de proteção. Agora, o bem jurídico tutelado passa a ser a dignidade sexual de cada um, ou seja, o direito que se tem de escolher o parceiro que se quer manter relação sexual.

Vejamos o que nos ensina a Constituição Federal de 1988:

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. (grifo nosso)

A dignidade sexual passou a ser entendida como uma espécie do gênero do princípio da dignidade da pessoa humana. Como observado de maneira sagaz por Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.60):

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

Após uma longa jornada dos crimes sexuais na história da humanidade, como vimos anteriormente, o legislador desvia o foco dos dogmas preconceituosos e moralistas enraizados no pensar humano até a década de 40.

Dizia Mirabete e Fabrinni (2011, p. 1334): “O adultério foi descriminalizado, abandonou-se a tutela penal da virgindade, excluíram-se as referências à honestidade da mulher etc.”.

Nos dias que correm, o núcleo da tutela jurisdicional se dá por proteger o desenvolvimento sadio da sexualidade e a liberdade de escolha de dispormos da sensualidade da forma que bem se entender, ou seja, protege-se não somente os costumes, mas sim a dignidade sexual de cada ser humano, por ser tal dignidade apêndice da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Não obstante estupro conceitua-se como “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, trazendo-nos a notória convicção de que o termo “constranger alguém” elencado no artigo 213 do Código Penal Brasileiro, mostra que a vítima pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, e que conjunção carnal é a cópula é o coito vaginal, e o ato libidinoso é qualquer ato que não se enquadre na situação de conjunção carnal.

Ressalta-se ainda a intenção do legislador, com o advento da lei dos Crimes Sexual, lei 12.015/09 em aguçar reforços, mormente, aos delitos sexuais praticados contra menores de 18 anos, principalmente contra menores de 14 anos e deficientes mentais, além de conceder maior repressão contra prostituição infantil, dispondo-os em capítulo específico por serem carecedores de maior proteção por tamanha vulnerabilidade que os permeiam, como veremos doravante.

Cognoscível, portanto, tamanha mudança de foco do Direito Penal que finalmente atentou-se à dignidade do ser humano prestando a devida e justa tutela jurisdicional em se tratando da intenção de refutar os crimes sexuais atendo-se à dignidade sexual.

2.3 Da ação Penal

Posteriormente às mudanças trazidas pela lei 12.015/09, no que se dirige ao crime de estupro a ação penal em regra se dá por ação penal pública condicionada à representação, tendo como exceção, porém, ação penal pública

incondicionada quando o crime ocorrer contra vítima menor de 18 anos e pessoa vulnerável.

Art. 225 – Nos crimes definidos nos capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação”. (redação dada pela lei 12.015/09).

“Parágrafo Único: Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável”. (incluído pela lei 12.015/09)

A supracitada lei alterou o tipo de ação penal que antes, no entanto, era imposta como ação penal privada, visando acabar com a ineficiente possibilidade de punir do Estado, haja vista que as vítimas de estupro, na sua grande maioria, se abstinham de prestar queixa a fim de não reviver a torpeza de ter tido sua sexualidade violada por outrem.

Importa mencionar, neste passo, as discussões doutrinárias que norteiam a súmula 608 do STF que diz: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação é pública incondicionada”.

Percebe-se, então, a questão que se apruma quanto ao estupro praticado com violência real quando a vítima tiver idade igual ou maior de 18 anos, já que tal súmula contraria o que diz a lei dos Crimes Sexuais.

Neste passo, aplica-se a súmula 608 do STF mesmo diante da alteração trazido pelo artigo 225 da referida lei?

A edição da súmula pelo Supremo teve a observância de comparar o estupro com violência real como crime complexo, constituindo-se como um de seus elementos o crime de constrangimento ilegal disposto no artigo 146 do Código Penal, e então fazendo-se valer da regra do artigo 101 do mesmo diploma legal, o qual se faz incidir para tal crime a ação penal pública incondicionada.

Vejamos tais dispositivos:

Art. 146 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa. (Código Penal, 1940)

Art. 101 - Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público. (Código Penal, 1940)

Observou-se o pretório Excelso a eficiente persecução penal, levando-se a omissão da vítima em ingressar com a queixa crime perante o judiciário.

Entrementes, a súmula 608 – STF passa a carecer de sustentabilidade lógica a partir do momento em a lei 12.015/09 altera a ação penal referente aos crimes contra a liberdade sexual, haja vista que no momento em que a lei atribui a ação penal pública para estes perde-se a razão de se socorrer à parte geral do Código Penal em seu artigo 101, que por sua vez serve para converter a ação penal privada em pública.

Destarte, já sendo pública a ação penal para os crimes sexuais, torna-se, indubitavelmente inaplicável o disposto na súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, há a existência de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, (ADI 4301), que fora ajuizada pela Procuradoria Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal, em face do artigo supracitado, sob o argumento de que a alteração trazida pela lei 12.015/09 ao artigo 225 fere o princípio da razoabilidade, ao passo que todas as condutas tipificadas no Código Penal que acarretam lesão grave ou morte são movidas mediante ação pública incondicionada.

Desta feita, leva-se em consideração que embora o desagrado exarado por parte da doutrina no que se refere ao cabimento da ação penal pública condicionada para o estupro cometido contra vítima maior de idade, faz-se indispensável a maior participação desta no trâmite processual.

Sabe-se, contudo, que às vítimas de estupro é atribuído extenso abalo psicológico podendo, por vezes, as etapas do processo criminal, lhes gerar maiores sofrimentos. Posto isso, notoriamente o artigo 225 da lei 12.015/09 que atribui a tal delito ação penal pública condicionada mostra-se adequada em sua aplicabilidade.

3 A DIGNIDADE COMO BEM JURÍDICO PENAL

Bem liga-se, intimamente, com tudo aquilo que o homem considera profícuo para si. Em outras palavras, bem é aquilo que emana elevado interesse para o ser humano; [...] “atribui-se ao bem, portanto, um termo laudativo universal dos juízos de apreciação.” (NUCCI, 2014, p. 29)

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 29) bem significa algo interessante ao ser humano, apto a lhe satisfazer de algum modo, podendo cuidar-se de coisas corpóreas ou incorpóreas. Desse modo, um veículo configura um bem corpóreo, enquanto a honra, um bem incorpóreo.

Destarte, o Direito tem o condão de tutelar tais bens, estes cobertos de valores a serem utilizados pelo homem.

Neste diapasão, sabe-se que um dos caríssimos princípios atinentes ao Direito Penal é o princípio da intervenção mínima, que nos traz a ensinança de que o Direito Penal apenas deve intervir naquilo que nos garantirá a placidez social, ou seja, o bem que trará paz, o bem que proporcionará a tranquilidade em meio à sociedade, que transcenderão a esfera meramente individual, claramente será um bem jurídico penal.

Afirma PRADO (2011 p. 29) apud Polaino Navarrete (1974, p. 21.22): “sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio direito penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito”.

Bem nos ensina Luiz Regis Prado (2011. p. 49):

Resta patente que a noção de bem jurídico decorre das necessidades do homem surgidas na experiência concreta da vida que, enquanto dados sociais e historicamente vinculados à experiência humana, têm uma objetividade e uma universalidade que possibilitam sua generalização, através da discussão racional e o consenso, e sua concreção em postulados axiológico- materiais.

O bem jurídico penal fundamenta-se em interesses relevantes no âmbito criminal, independendo dos demais âmbitos do direito.

Contudo, importa salientar que as definições de interesses relevantes no âmbito criminal necessitam de reanálises periódicas conforme a evolução dos

costumes da sociedade, na qual se faz necessário a apuração da relevância de tais interesses frente à evolução das relações humanas.

Nesta vereda, basta atermos nossa atenção do quão surpreendedor a capacidade de mudanças conceituais no âmbito criminal ocasionados pela apuração dos costumes social e o grau de evolução do pensar humano ocorrente em tempos em tempos. Em outras palavras, diga-se que um bem considerado interessante ao âmbito penal em décadas passadas, pode não ser mais assim visto em tempos hodiernos.

Nucci (2014, p. 30) diz:

Há bem jurídicos que conforme a mudança dos costumes passaram de um grau de proteção absoluta para uma tutela relativa, como, por exemplo, a integridade física. Não mais se pode sustentar a inviolabilidade irrestrita do corpo humano por terceiro, uma vez que se tem por natural, ou, ao menos, aceitável, determinadas agressões realizadas com o consentimento da vítima (vide as tatuagens e piercings).

Verifica-se, destarte, que o bem jurídico penal configura-se por hodiernos interesses imprescindíveis, que, devido a sua grande importância necessitam da tutela na órbita do Direito Penal.

Como enfoque deste trabalho, destacar-se-á, meritoriamente, a dignidade sexual.

3.1 A dignidade sexual

A dignidade da pessoa humana constitui princípio máximo no estado democrático de direito, sendo inerente a todo e qualquer ser humano.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet:

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente." (SARLET, Ingo Wolfgang. 2001 p. 41/42)

Ainda afirma Nucci (2014, p. 30):

A dignidade da pessoa humana constitui princípio regente do ordenamento jurídico, inclusive do Direito Penal. Sob o prisma subjetivo, implica no sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, constituindo presença marcante na formação da sua personalidade.

O princípio da dignidade sexual, por sua vez, liga-se a sexualidade humana. Depreende-se assim, de que todo ser humano tem direito à vida sexual, satisfazendo-se da lascívia, independentemente da interferência do Estado ou da sociedade.

Em outras palavras, tal princípio permite-nos ter a percepção de que ninguém deverá ser tolhido ao direito à sexualidade, sendo direito privado de cada um de nós escolhermos como, com quem e quando iremos dispor da sensualidade.

Pode-se afirmar que o direito à sexualidade integra o direito à intimidade e à vida privada, e que, deste modo, faz jus a liberdade e ao respeito.

Entrementes, patente que a satisfação sexual limita-se às margens da legalidade, sendo inadmissível a ofensa ao direito de outrem sem o devido consentimento.

Para NUCCI (2014, p. 30):

No campo da dignidade sexual abomina-se qualquer espécie de constrangimento ilegal, muito embora até mesmo a violência pode ser aceitável, desde que realizada entre adultos, com aquiescência. O ponto específico de tutela penal, enfim, é a coerção não consentida para o ato sexual.

Pela dignidade sexual, admite-se que indivíduos adultos tenham direito à sexualidade sem quaisquer restrições, desde que, para tanto, seja respeitada primordialmente seu consentimento, sem qualquer violência ou grave ameaça. Assim, afirma-se que a coerção não consentida para o ato sexual é o ato tutelado no âmbito penal.

Nesta toada, para ilustrar os pontos já supracitados, vejamos os casos de estupro nos relacionamentos. São plenas as possibilidades e reconhecido doutrinariamente e jurisprudencialmente casos típicos de estupros ainda que dentro do manto conjugal.

Ressalta-se que toda relação sexual deve ser espontânea e consentida entre ambas às partes, e assim sendo, se uma das partes não consentir, mediante violência ou grave ameaça, caracterizar-se-á o crime de estupro.

Conforme a lição de Damásio de Jesus (2000. p. 96):

Entendemos que o marido pode ser sujeito ativo do crime de estupro contra a própria esposa. Embora com o casamento surja o direito de manter relacionamento sexual, tal direito não autoriza o marido a forçar a mulher ao ato sexual, empregando contra ela a violência física ou moral que caracteriza o estupro. Não fica a mulher, com o casamento, sujeita aos caprichos do marido em matéria sexual, obrigada a manter relações sexuais quando e onde este quiser. Não perde o direito de dispor de seu corpo, ou seja, o direito de se negar ao ato sexual [...]. Assim, sempre que a mulher não consentir na conjunção carnal e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça, em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro.

Julio Mirabete complementa (2003, p. 411):

Embora a relação carnal voluntária seja lícita ao cônjuge, é ilícita e criminosa a coação para a prática do ato por ser incompatível com a dignidade da mulher e a respeitabilidade do lar. A evolução dos costumes, que determinou a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, justifica essa posição. Como remédio ao cônjuge rejeitado injustificadamente caberá apenas a separação judicial.

Nesse diapasão, vejamos um dos inúmeros julgados neste sentido:

TJ-RO - Apelação : APL 00982531120088220501 RO 0098253-11.2008.822.0501 Apelação Criminal. Estupro continuado. Crime cometido pelo marido contra a esposa. Preliminar. Reconhecimento de inimputabilidade. Réu indígena integrado à sociedade. Inviabilidade. Materialidade e Autoria comprovadas. Palavra da vítima. Confissão do réu. Outros elementos de prova. Harmonia. Absolvição. Descabimento. Experiência sexual anterior. Irrelevância. Dosimetria. Redução da pena fixada no mínimo legal. Impossibilidade. Regime semiaberto mantido. Inviável o reconhecimento da inimputabilidade do agente de origem indígena que encontra-se totalmente integrado à sociedade e aos costumes da civilização. A confissão do réu em harmonia com o conjunto probatório é suficiente para alicerçar o decreto condenatório quanto ao crime de estupro. A mulher pode ser vítima de crime de estupro praticado pelo próprio marido, pois embora a prática sexual constitua um dos deveres do casamento, a mulher tem a livre disponibilidade do próprio corpo que não é propriedade do homem [...] Processo: APL 00982531120088220501 RO 0098253-11.2008.822.0501. Relator(a): Desembargadora Ivanira Feitosa Borges. Julgamento: 03/07/2014

Em que pese, insta mencionar que o Direito Penal valoriza, mormente a dignidade sexual da criança e do adolescente, protegendo a devida formação moral desta classe, classificando o constrangimento ilegal da dignidade sexual das pessoas desta faixa- etária e ainda dispendo sobre o mesmo manto os deficientes mentais que sofrerem qualquer tipo de constrangimento ilegal, crime de estupro de vulnerável, após o advento da lei 12.015/09, penalizando tal delito com maior rigidez, como veremos ao longo deste trabalho monográfico.

Bem evidencia Prado (2011) apud Francisco Muñoz Conde (2010, p.217.):

Quanto à proteção sexual de incapazes, o que se busca tutelar é sua liberdade futura, isto é, a normal evolução e desenvolvimento de sua personalidade, para que, quando adulto, decida livremente sobre seu comportamento sexual; e no caso de incapaz ou deficiente mental, evitar que seja utilizado como objeto sexual de terceiros que abusem de sua situação para satisfazer seus desejos sexuais.

Percebe-se, pois, que reverenciar o princípio da dignidade sexual, significa admitir o direito de dispormos do próprio corpo para a satisfação do desejo sexual, sendo-nos adultos, maiores de 18 anos, sem, contudo, haver qualquer tipo de constrangimento ilegal por parte de outrem para tanto, de tal modo que, aquele que for coagido a participar da satisfação da lascívia de outrem, tornar-se-á vítima de crime contra a dignidade sexual.

Em suma, pode-se dizer que dignidade sexual liga-se ao direito de privacidade do ser humano, sua optabilidade de dispor de seu corpo da forma que julgar mais benéfica para si, a fim de satisfazer seus desejos sexuais, sem sofrer intervenção do Estado para tanto. Este, por sua vez, só poderá intervir neste contexto para coibir e punir atuações violentas contra adultos e para que se assegure que crianças e adolescentes tenham seu desenvolvimento sexual saudável.

4 A HEDIONDEZ DO DELITO DE ESTUPRO

Previamente ao advento da Lei dos Crimes Hediondos (lei nº 8.072/90) houve alguns projetos de lei com o intuito de que se tornassem mais severas as penalidades aplicáveis a certos delitos que emanavam maior gravidade para a sociedade em geral.

Muitos foram os projetos encaminhados para o Congresso Nacional, até que em 1990, surge o projeto de Lei Substitutivo 5.405/90, preparado pelo Dep. Roberto Jeferson, Relator na Comissão de Constituição, Justiça e Redação, o qual foi aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, e assim, implementou-se em nosso ordenamento jurídico a Lei 8.072/90.

Em princípio, salienta-se que a Lei dos Crimes Hediondos não definiu de maneira feliz a nomenclatura de Crimes Hediondos, mas apenas selecionou alguns delitos do Código Penal e de legislações penais especiais os rotulando com as regras da hediondez.

Neste passo afirmou Alberto Silva Franco (2005, pg. 95/96):

Dessa forma, não é “hediondo” o delito que se mostre ‘repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjecto, 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.

Desta forma, pensamentos doutrinários não se resguardam em afirmar que tal lei ofende o princípio da legalidade, por se diferenciar a postura do legislador ordinário em que arbitrariamente seleciona alguns delitos aplicando-lhes a hediondez, do que lhe foi conferido pela Constituição Federal, como dispõe no artigo 5º inciso XLIII:

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:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e **os definidos como crimes hediondos**, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (grifo nosso) (Constituição Federal de 1988)

Entrementes, nos dias que correm, eis que vigora no ordenamento jurídico brasileiro a lei dos Crimes Hediondos, com a seguinte redação:

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: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984)

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); (Redação dada pela Lei nº 13.142, de 2015)

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) 26]

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). (Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei no 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

Evidencia-se, pois, que os delitos de estupro e estupro de vulnerável são Crimes Hediondos. Ademais, antes da vigência da lei 8.072/90, já haviam julgados no sentido de que assim deveriam ser interpretados tais delitos, pela gravidade que deles emanavam.

Entretanto, debate-se a hediondez do estupro em todas as suas modalidades, qual seja, tanto na sua forma simples ou qualificada.

O legislador foi explícito ao apontar, no artigo 1º incisos V e VI da lei dos Crimes Hediondos, no delito de estupro e estupro de vulnerável a hediondez que neles persistem.

Nas palavras de Franco (2005, p. 326):

Pretendeu o legislador, atento à efetiva gravidade do crime, ao utilizar-se da conjunção coordenativa aditiva, significar que são considerados hediondos: (1) o estupro em sua forma simples [...] (2) o estupro de que resulte lesão corporal de natureza grave e (3) o estupro do qual resulte morte da vítima.

Entretanto, existiam antes ao advento da lei 12.015/09, posicionamentos que divergiam sobre o desrespeito ao princípio constitucional da proporcionalidade, na medida em que a novel lei insere a hediondez no estupro em sua modalidade simples.

Enxergava-se a desproporcionalidade da pena mínima cominada ao estupro simples, qual seja, de 6 (seis) anos de reclusão comparando-a às penas mínimas cominadas aos demais delitos relativamente reprováveis num mesmo patamar do estupro, bem como lesão corporal seguida de morte, exposta no artigo 129 § 3º do Código Penal, cuja pena mínima se perfaz em 4 (quatro) anos, e o homicídio simples que se encontra no mesmo nível sancionatório do estupro, mas que a este encarrega-se de proteger o bem mais valioso de todos, qual seja, a vida.

Adentrando-se, destarte, a lei dos Crimes Sexuais em nosso ordenamento jurídico, cessaram-se tais discussões, na medida em que referida lei unifica o delito de estupro com suas demais modalidades no artigo 213 do Código Penal, generalizando a aplicabilidade da hediondez em todo seu tipo.

Rigorosamente ao delito de estupro de vulnerável, que a lei 12.015/09 transforma em tipo penal autônomo, inserirão em todas suas modalidades as diretrizes do Crime Hediondo.

Em suma, conferir-se-á as regras da hediondez ao delito cuja prática exara extrema violência, causando repulsa ao estado de direito.

Para os autores de tais delitos, portanto, deveras ser negado o indulto, a graça e a anistia; não será concedido fiança, estabelecendo a este uma progressão de regime mais árdua.

Hodiernamente, a existente dúvida paira sobre inserção da hediondez àqueles casos de crimes sexuais dos quais não se evidenciam tamanha ofensa ao bem jurídico tutelado, qual seja, a dignidade sexual.

Direciona-se a atenção às incessáveis discussões acerca da relativização da vulnerabilidade, que veremos no capítulo a seguir deste trabalho monográfico, a qual em casos excepcionais tornar-se-ão injustas as árduas condenações impostas ao réu, estas cobertas pelo ditame da lei 8.072/90.

5 A FIGURA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ART. 217 - A

Trata-se este delito de forma qualificadora, disposta em tipo penal distinto de seu tipo base, qual seja o delito de estupro, este, por sua vez, já estudado anteriormente.

Conforme estava previsto no artigo 224 “a” do Código Penal de 1940, anteriormente à lei 12.015/09, entendia-se por violência presumida todos os atos sexuais praticados contra menores de catorze anos.

Nesta toada:

Previamente à alteração dada pela Lei nº 12.015/2009, quando o Código Penal Brasileiro se utilizava da presunção de violência, esta se dividia em: relativa, quando a vítima era qualquer mulher, admitindo-se prova em contrário; e absoluta, a qual tratava de condições em que não ocorria o uso de força ou grave ameaça, mas que caracterizavam, igualmente, o crime sexual. Presumia-se que houve violência quando a vítima era menor de 14 anos, deficiente mental, ou quando não podia, por qualquer outra causa, oferecer resistência, não sendo válido o provável consentimento da vítima, subsistindo o crime mesmo com prova contrária. (DREZETT, 2000. s.p.)

Na medida em que se passavam as décadas, despertavam-se, pois, pensamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, ao passo que para alguns tal presunção de violência deveria ser relativa e para outros, absoluta.

Disse Rogério Greco (2009, s.p.)

A partir da década de 80 do século passado, nossos Tribunais, principalmente os Superiores, começaram a questionar a presunção de violência constante do revogado art. 224, “a”, do Código Penal, passando a entendê-la, em muitos casos, como relativa, ao argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia se modificado significativamente, e que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção daqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940.

Nesta toada, eis que surge a lei dos Crimes Sexuais (lei nº 12015/09), que por sua vez revoga o artigo 224 do Código Penal. Não se fala mais em violência presumida; no entanto, não ocorreu *abolitio criminis*. A combinação que se dava entre os artigos 224 e 213 do Código Penal agora passa a considerar tipo próprio, denominado hoje de “Estupro de Vulnerável”, com previsão no artigo 217 – A capítulo II. Assim vejamos:

217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) § 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Em consonância com a Ministra Laurita Vaz (STJ, HC 210346 / SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, j. 04/06/2013):

“Diante do princípio da continuidade normativa, descabe falar em abolição criminis do delito de estupro com presunção de violência, anteriormente previsto no art. 213, c. C. O art. 224, ambos do Código Penal. Com efeito, o advento da Lei nº 12.015/2009 apenas condensou a tipificação das condutas de estupro e atentado violento ao pudor no art. 213 do Estatuto repressivo. Outrossim, a anterior combinação com o art. 224 agora denomina-se 'estupro de vulnerável', capitulada no art. 217-A do Código Penal.”

Segundo GOMES (2007 apud ARAÚJO 2009), [...] “a isso se dá o nome de continuidade normativo-típica. O que era proibido antes continua proibido na nova lei.”

O legislador, por fim, depois da alteração da lei, entendeu que pela fragilidade de certas pessoas, estas deveriam ser protegidas de uma maneira maior ainda do que uma pessoa não considerada vulnerável. Portanto, vulnerável é a pessoa que tem mais fragilidade, por isso precisa de mais proteção.

Como explanado por NUCCI (2009, p. 829):

[...] trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não tem a referida capacidade para consentir. Entretanto, inseriu-se no termo vulnerável o que antes se denominava singelamente presunção de violência.

Quando se fala de crimes contra vulneráveis, entende-se como desnecessário o dissenso da vítima, ou seja, a falta de consentimento, pouco importa, ao passo que caracterizará o tipo penal previsto no artigo 217 – A.

Vulnerabilidade é algo mais abrangente do que a capacidade ou não de consentir. É um conceito muito mais amplo do que o simples fato de ter capacidade de consentir.

Para o legislador é vulnerável qualquer pessoa em situação de perigo, fragilidade e que independentemente de consentir ou não, devem ser protegidas de maneira mais concreta.

A lei, portanto, veio para pacificar as divergências existentes nos Tribunais sobre a presunção de vulnerabilidade absoluta ou relativa.

Inicialmente, essa presunção de violência era considerada absoluta, ou seja, não se admitia prova ao contrário. Por exemplo, se o indivíduo tinha 13 anos, a violência era presumida. Entretanto, alguns Tribunais entenderam que essa presunção seria relativa, de modo que se teria que analisar o caso concreto averiguando-se a aptidão da pessoa de dar o consentimento. Se na prática o réu conseguisse provar que a própria vítima tinha condição de consentir, não era presunção de violência. Assim, a conduta seria atípica.

Neste contexto, vale mencionar o entendimento do professor Rogério Greco, que a Lei 12.015 conseguiria por um basta na relativização da presunção de violência, como se observa:

“Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento político penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionar denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos”. (GRECO, 2009, s.p.)

Entretanto, ainda com a alteração feita pela Lei 12.015 de 2009, que adotou o conceito de presunção absoluta de violência, o crime de estupro de vulneráveis continua a despertar debates no tocante a vulnerabilidade.

Já dizia Bittencourt (2014, pg.102): “a presunção implícita de violência contida no novo artigo do Código Penal não afastaria a discussão sobre a questão da relatividade, sendo que “o rótulo não altera a substância””.

Neste mesmo passo profetiza Nucci (2009, p. 37):

Aos menores de quatorze anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência.

Nesse vértice, será possível considerar um maior de 12 anos e menor de 14 anos (considerado adolescente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) como absolutamente vulnerável, considerando sua experiência sexual ou seu consentimento, e ainda, levando em consideração a realidade fática que os jovens dessa faixa etária vivenciam, em absolutamente todos os casos, sem exceções? Discutir-se-á essa questão doravante.

5.1. Da ação penal no crime de estupro de vulnerável (art. 217 – A)

Em consonância com o disposto no artigo 225 da lei dos Crimes Sexuais (lei nº 12.015/09), ao delito de estupro de vulnerável a ação é pública incondicionada.

Entrementes, vale ressaltar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em seu informativo nº 553/2015 que consistiu em dizer que nas hipóteses tratadas como vulnerabilidade momentânea, havendo violência sexual, tratar-se-á de ação penal pública condicionada à representação.

Vejamos doravante um julgado do Tribunal do Rio Grande do Sul neste sentido:

TJ-RS - Embargos Infringentes e de Nulidade EI 70054018346 RS (TJ-RS)
Data de publicação: 02/09/2013
Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. RECURSO EMENTADO ESTRITO. ART.217-A, § 1º, DO CP . VÍTIMA IMPOSSIBILITADA DE OFERECER RESISTÊNCIA. VULNERABILIDADE MOMENTÂNEA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. Segundo elementos colhidos na fase investigativa, durante o crime a vítima encontrava-se sedada, sem condições de oferecer resistência. Contudo, recuperado seu estado normal, tinha plena capacidade de exercer seu direito de representação contra o agente, o que, efetivamente fez, todavia, muito tempo depois de findo o prazo legal para tanto. Decorrido o prazo previsto no art. 38 do CPP , ocorreu a decadência, devendo ser mantida a decisão do primeiro grau de jurisdição, que declarou extinta a punibilidade do réu com relação ao terceiro fato descrito na denúncia. Prevalência do voto minoritário. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. POR MAIORIA. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70054018346, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 23/08/2013)

5.2. A vulnerabilidade relativa *versus* absoluta

O conceito de vulnerável tomou rumos oriundos de divergências na doutrina e na jurisprudência, desde a vigência da lei dos crimes contra a liberdade sexual, discussão essa que se compara às divergências que havia em relação à presunção de violência.

Em consonância com FREITAS (2014 s.pg.):

Existe a presunção de vulnerabilidade absoluta e a relativa, sendo que a absoluta é chamada como presunção *iure et iure*, sendo aquela que não aceita prova em contrário, e a relativa, chamada *iuris tatum*, aquela que aceita prova em contrário. [...] ainda existe a presunção mista, àquela que é absoluta para os menores de 12 (doze) anos e relativa para aqueles entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos.

Importa destacar, desta feita, a diferença que se dá entre a presunção relativa ou absoluta de vulnerabilidade e vulnerabilidade absoluta ou relativa. Em que pese no que diz respeito à primeira, vislumbra-se que já esteja superada, atendo-se as discussões no que se refere à segunda.

Deixa-se claro, portanto, a distinção feita por BITENCOURT (2014, pg. 102):

Aqui o questionamento é outro, isto é, não se discute se se trata de presunção absoluta ou de presunção relativa de vulnerabilidade, como na hipótese anterior, pois essa avaliação já ficou para trás, está superada; parte-se, portanto, do pressuposto de que a vulnerabilidade existe, mas não se sabe o seu grau, intensidade ou extensão. Diríamos que se trata de um juízo de cognição: no primeiro, avalia-se a natureza da presunção, se relativa ou absoluta; neste segundo juízo, valoriza-se o quantum de vulnerabilidade que a vítima apresenta. E, seguindo-se a linha do legislador que a previu para faixas etárias distintas- menor de quatorze anos e menor de dezoito – elas apresentam, inegavelmente, gravidades e consequências distintas. Mas mais do que isso, podem apresentar-se em graus distintos em uma mesma faixa etária, e também por isso, precisam ser valoradas casuisticamente.

Nesta vereda, destaca-se que após a vigência da supracitada lei, inegavelmente, menores foram os números de decisões dos Tribunais que antes divergiam sobre a relativização da vulnerabilidade, decidindo pela absolvição do réu, aplicando então, ao caso, o texto frio da lei.

Neste sentido, segue abaixo a apelação do STJ de Santa Catarina:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART.

217-A). ADVENTO DA LEI 12.015/2009. SUPERAÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE PRESUNÇÃO ABSOLUTA E RELATIVA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA CONSTITUI INDIFERENTE PENAL. IDADE COMO ELEMENTO DA TIPICIDADE. ERRO DE TIPO NÃO EVIDENCIADO. ELEMENTOS COMPROVAM CIÊNCIA QUE SE TRATAVA DE MENOR DE 14 ANOS. SENTENÇA CONFIRMADA. - O agente que pratica conjunção carnal com menor de catorze anos, ciente de sua idade, comete o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal, ainda que a vítima não seja mais virgem e tenha consentido com a relação sexual. - O agente que mantinha contato com a vítima por algum tempo não pode invocar erro de tipo para eximir-se da responsabilidade penal quando os elementos de prova afastam a tese do suposto desconhecimento da idade. - Parecer da PGJ pelo conhecimento e improvemento do recurso. - Recurso conhecido e improvido.

(TJ-SC, Relator: Carlos Alberto Civinski, data de Julgamento: 08/07/2013, Primeira Câmara Criminal Julgado)

O que se percebe é que a intensão do legislador, foi, definitivamente, determinar que menores de 14 anos sejam vistos como pessoas absolutamente vulneráveis, pouco importando o caso concreto.

Entrementes, há de se falar da necessidade de trazer à baila, situações complexas, em que, pela letra fria da lei não admite exceções, mas, em análise à realidade fática, considerando que hoje os jovens vivem, sem sombra de dúvidas admitir-se-ia a relativização, em caso de excepcionalidade, da presunção de vulnerabilidade.

Nesta toada, insta mencionar o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0002878-65.2013.8.26.0575 COMARCA: SÃO JOSÉ DO RIO PARDO. MINISTÉRIO PÚBLICO VOTO Nº. 10.167 APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. VÍTIMA QUE CONTA COM 12 ANOS COMPLETOS. VULNERABILIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE HOMOGENEIZAR O SISTEMA PENAL, UTILIZANDO O CRITÉRIO ETÁRIO ADOTADO PELO ECA. INEXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AUSÊNCIA DE QUALQUER COAÇÃO FÍSICA OU MORAL. ACUSADO E VÍTIMA QUE INICIARAM BREVE RELACIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURÍDICO LIBERDADE SEXUAL. APELO PROVIDO. [...] considerando a idade da vítima, é mister analisar o seu consentimento em relação aos atos sexuais. Como se verifica, a ofendida narrou ter se envolvido amorosamente, ainda que por breve período, com o acusado [...]. A alteração introduzida pela lei 12.015/2009 não eliminou a controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto a ser relativa ou absoluta a presunção de violência prescrita no antigo art. 224 do Código Penal. O debate, agora, cinge-se à relativização, ou não, da vulnerabilidade da vítima. Conforme tenho defendido, não caminhou bem o legislador ao deixar de homogeneizar a definição de criança e adolescente, ora protegendo o menor de 12 anos (Estatuto da Criança e do Adolescente), ora resguardando o menor de 14 anos (Código Penal). Desta feita, a absolvição é a melhor medida. (RELATOR: GUILHERME DE SOUZA NUCCI. DATA DO JULGAMENTO: 28/07/2015.)

No mesmo sentido, pode-se destacar o julgado do Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO APELAÇÃO CRIME. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE ENTRE 12 E 14 ANOS. RELATIVIZAÇÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. APELO PROVIDO. Os elementos de convicção existentes no caderno processual evidenciam a ocorrência de relação sexual consentida entre o acusado, de 20 anos, e a ofendida, com idade entre 12 e 13 anos. Ausência de indicativos de que a adolescente tenha sido coagida à prática do referido ato. Indemonstradas a fragilidade ou incapacidade mental da jovem para consentir. Necessidade de relativização da presunção de vulnerabilidade que recai sobre a mesma. Precedentes no sentido de que o critério etário adotado pelo legislador infraconstitucional não mais se considera absoluto, sobretudo diante dos avanços sociais, da universalização do acesso à informação e, conseqüentemente, da obtenção de maturidade e capacidade de discernimento pelos adolescentes. Liberdade da jovem mulher para decidir sobre questões envolvendo sua sexualidade que não pode ser desconsiderada. Inaplicabilidade de tais ponderações aos casos de limitação por doença mental ou às crianças cuja maturidade só se dará com o passar dos anos. Sentença condenatória reformada ao efeito de absolver o réu por atipicidade da conduta, nos termos do artigo 386, inciso III, do CPP. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70055863096, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 28/05/2014)
(TJ-RS - ACR: 70055863096 RS , Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Data de Julgamento: 28/05/2014, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/07/2014)

Observa-se assim, que não podemos fechar os olhos para o fato de que a infância vem sendo “encurtada”, de modo que jovens, tanto meninas quanto meninos da faixa etária em questão, em sua grande maioria, não aparentam portes físicos de criança esmirrada, e que o acesso à informação, tecnologia avançada, dentre outros fatores vem estimulando o seu amadurecimento precoce.

Sabe-se, contudo, que o mundo está mais liberal para os ensinamentos sexuais, conseqüentemente, as crianças estão cada vez mais cedo entrando na vida sexual, tornando, assim, possivelmente imagináveis situações de relação amorosa, entre um maior de 18 anos e um menor de 14 anos, e que, por consequência, venha ao longo do relacionamento ocorrer relação sexual.

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio de Mello, no HC 73.662/MG:

[...] nos nossos dias não há crianças, mas moças com doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam

escala de valores definidos a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes podem advir. ”

Diante deste contexto, pode-se assegurar que a relativização da vulnerabilidade poderia ser arguida em tese de defesa quando comprovado pelo réu ter havido um relacionamento amoroso entre as partes. Causa esta, ensejadora da relação sexual, tornando o fato atípico.

Importa salientar ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/90) estipula a idade de 12 anos para que a infância dê lugar à adolescência. Desta forma vejamos:

Artigo 2º Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade. (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA)

Nucci (2012, p. 100/101) afirmou:

Diante desse conflito aparente de normas, parece-nos razoável concluir que a partir dos 12 anos o indivíduo é adolescente, tem responsabilidade maior e pode até mesmo responder, internado, por seus atos infracionais. Logo, não deve ser considerado como um completo incapaz para ter relação sexual, como faz crer o preceituado pelo art. 217-A do Código Penal. Eis a razão pela qual parece-nos sustentável apontar como relativa a vulnerabilidade do menor de 14 anos, porém, maior de 12.

Destarte, Mirabete e Fabbrini (2011, p. 407) dizem:

Afastou-se o Código Penal da disciplina contida no Estatuto da Criança e do Adolescente que considera criança quem tem 12 anos incompletos e adolescente o que tem idade superior a esta e inferior a 18 anos. Embora se possa falar em vulnerabilidade absoluta e relativa em relação aos menores de 18 anos, de acordo com aquelas faixas etárias, a lei não concedeu ao juiz margem de discricionariedade que permita aferir no caso concreto o grau de maturidade sexual do menor para a aplicação dos diversos dispositivos legais.

Na mesma vereda, julgou o Tribunal de Justiça de Rondônia:

TJ-RO - Apelação APL 00047852320138220014 RO 0004785-23.2013.822.0014 (TJ-RO)

Data de publicação: 13/02/2015

Ementa: Apelação criminal. Estupro de vulnerável. Vulnerabilidade absoluta. Inocorrência. Consentimento da vítima (doze anos de idade). Réu com 18 anos de idade. Namoro duradouro. Tolerância familiar. Atipicidade material configurada. Absolvição decretada. Recurso provido. 1. A vítima, menor de quatorze e maior de doze anos de idade, que comprovadamente possuía determinação suficiente da prática dos atos sexuais, e o réu (18 aos) que com ela se envolve desde os 17 anos de idade, mantendo enlace amoroso

duradouro, age fora do âmbito de proteção da norma do art. 217-A, do CP, não configurando a espécie de tipicidade penal material. 2. Recurso provido. Absolvição decretada.

Comenta MARTINELLI (2012 s.p.)

[...] é inconcebível que o adolescente entre 12 e 14 anos possa ter maturidade reconhecida em lei para sofrer medida sócio-educativa em caso de prática de ato infracional e, simultaneamente, não possua capacidade para manter relação sexual. [...] Entre 12 e 14 anos há uma zona cinzenta, que permite a aplicação de medida sócio-educativa e impede a liberdade sexual. Quando o menor tiver menos de 12 anos não há dúvidas: ele é criança e, portanto, não há maturidade para a vida sexual, e isso legitima a intervenção penal do Estado. Entretanto, o menor entre 12 e 14 anos já é um adolescente e sua vulnerabilidade pode ser discutida.

Como bem menciona Gisele Mendes de Carvalho (2012 s.p.)

Majoritário o entendimento de que se trata de uma vulnerabilidade relativa, que pode ser derrubada havendo prova em contrário que demonstre a maturidade sexual do menor, afastando-se assim o paternalismo estatal que protegeria a dignidade sexual dos menores de 14 anos mesmo contra a sua vontade.

No mesmo sentido, conforme doutrina João José LEAL, J. E LEAL, R (2009, p. 33):

[...] a exemplo da violência presumida, a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos pode, também, ser afastada diante da prova inequívoca de que a vítima de estupro possui experiência da prática sexual e apresenta comportamento incompatível com a regra de proteção jurídica pré-constituída. Essa é uma questão delicada, mas cremos que, em casos especiais, é possível admitir-se a exceção à regra geral, desde que essa condição de experiência sexual do sujeito passivo venha a constituir um fator determinante para o agente incidir em erro de tipo. É evidente que o menor precocemente amadurecido nas coisas do sexo, seja qual for o motivo que conduz a essa lamentável condição, não deixa de merecer a proteção especial do Direito. Mas pode perder o seu estado de inocência e de ingenuidade, ou seja, de “pessoa vulnerável”, que é o fundamento ético-jurídico do princípio da proteção integral, principalmente se aparentar idade superior e complexão física precocemente desenvolvida. Nesses casos, a inexistência de violência real e grave ameaça podem eliminar a tipicidade da conduta de manter relação sexual ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos de idade. Embora seja triste admitir, nas hipóteses de atos sexuais mantidos com menores de 14 anos já iniciados na prática de coito anal ou vagina, da felação ou outros atos libidinosos, a presunção de pessoa vulnerável quanto à integridade sexual pode ser afastada e com ela a existência do crime de estupro contra pessoal vulnerável.”

Conforme a conclusão de TAWNY MARTELI MARQUES, (2015 p. 46):

[...] mostra-se necessária a análise do caso em concreto para se averiguar se a então vítima, autorizou a conjunção ou o ato libidinoso, dando seu expresso consentimento e, demonstrando através de laudos periciais que a vítima sabia o que estava fazendo, desta forma, relativizando a vulnerabilidade.

Depreende-se larga extensão doutrinária e jurisprudencial optante pela relativização da vulnerabilidade em casos excepcionais, posto que, desta forma, desviar-se-ia de injustos julgados, imputando ao sujeito a árdua pena do delito de estupro de vulnerável, sem que houvesse a ofensa do bem jurídico tutelado, qual seja a dignidade sexual.

Entrementes, há ainda divergências quanto a tal relativização. A jurisprudência não sendo pacificada neste viés, tem julgado, por vezes, pela não relativização da vulnerabilidade, pouco importando o caso em concreto e o consentimento da vítima, como doravante se vê pelo julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E MINISTERIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO. CONDENAÇÃO MANTIDA. IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO. Não há de se perquirir acerca do consentimento ou relativização da presunção de violência quando o acusado tem conhecimento da idade da ofendida. Regra no sentido de que o menor de quatorze anos não é capaz de consentir com o ato sexual (innocentia consilii). A relativização da presunção de violência em crimes sexuais encontra espaço em situações excepcionais, quando o acusado desconhece a idade da vítima e as suas características...
(TJ-RS - ACR: 70044293108 RS , Relator: João Batista Marques Tovo, Data de Julgamento: 24/11/2011, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/12/2011)

Este, dentre outros inúmeros julgados afirmam que a vulnerabilidade do menor de 14 anos deve ser compreendida como absoluta não podendo ser levada em conta qualquer peculiaridade a fim de se que descaracterize o ilícito penal.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, no dia 26 de agosto de 2015 consolidou a tese de que a prática sexual ou de qualquer ato libidinoso, diverso de conjunção carnal envolvendo adultos e menores de 14 anos é considerado crime de estupro de vulnerável, pouco importando, neste passo, o consentimento da vítima.

Dentre os diversos julgados, deixa-se explícito as divergências quanto à absoluta ou relativa vulnerabilidade dos menores de 14 anos.

Em meio à celeuma exarada, entre divergências doutrinárias e jurisprudenciais, como algumas expostas no presente trabalho, há o que se parece, uma solução ao imbróglio jurídico, consistente a uma nova redação dada ao artigo 217 – A.

Esta nova redação se encontra no anteprojeto do novo Código Penal, que tem por objetivo por fim, de uma vez por às discussões, como segue abaixo:

Estupro de vulnerável

Art. 186. Manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos:

Pena – prisão, de oito a doze anos.

§ 1º Incide nas mesmas penas quem pratica a conduta abusando de pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou de quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento. (ANTEPROJETO CÓDIGO PENAL – SENADO FEDERAL).

Destarte, cairia por terra o critério objetivo exposto no artigo 217 – A vigente em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que a idade do vulnerável passaria de 14 anos para 12 anos de idade.

5.3 Considerações críticas quanto ao parágrafo 1º do Art. 217 – A: O deficiente mental e seu direito à sexualidade negado

Como já esclarecido no item anterior, a lei dos Crimes Sexuais introduz em nosso ordenamento jurídico a figura do estupro de vulnerável, concedendo maior proteção ao bem jurídico tutelado aos menores de 14 anos, deficientes mentais e para aqueles que por outro motivo não sejam aptos a oferecer resistência. Assim, vejamos:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. [...] (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Destarte, atendo-se a regra que o legislador impôs àquele que praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com o indivíduo elencado no rol

supramencionado, independentemente de culpa ou dolo, será enquadrado à prática do tipo penal 217 – A – Estupro de Vulnerável.

Acredita-se, no entanto, a clareza que este trabalho monográfico fixou da importância de se analisar o grau de vulnerabilidade quanto às “vítimas” maiores de 12 anos de idade e menores de 14 anos em cada caso concreto, vislumbrando assim, possibilidades de em casos excepcionais afastar o critério objetivo de vulnerabilidade absoluta e aplicar ao caso a relativização desta.

Mas neste diapasão, como se faz necessário analisar o estupro de vulnerável quanto aos deficientes mentais, visto que a estes o legislador opta em aferir a vulnerabilidade absoluta, não especificando o grau de deficiência que constitui sua impossibilidade de consentir ao ato?

Nessa vereda, tramita o Projeto de Lei nº 1.213, de 2011, trazendo em seu bojo clareza da necessidade de que o delito de estupro de vulnerável quanto aos deficientes mentais apenas se configuraria nos casos em que, indubitavelmente, o grau de acometimento mental impossibilitasse a vítima de manifestar seu consentimento ao ato sexual. Destarte retiraria do § 1º do artigo 217 – A do Código Penal o termo “Discernimento” como exposto no anexo 1 deste trabalho monográfico.

A alteração no tipo penal proposta pelo referido Projeto de Lei, teria o condão de tornam sepulta as discussões exaradas de que o legislador teria tolhido de forma generalizada tal categoria de pessoas de disporem de seu direito fundamental e constitucional de liberdade, ao passo que a estes não caberia o direito à sexualidade.

Insta mencionar que o Art. 8º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei nº 13.146/15) emanada a seguinte ensinança:

Art. 8º É dever do Estado, da sociedade, da comunidade e da família assegurar, com prioridade, às pessoas com deficiência a plena efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à **sexualidade**, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, habilitação e reabilitação, transporte, acessibilidade, cultura, desporto, turismo, lazer, informação e comunicação, avanços científicos e tecnológicos, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária, dentre outros decorrentes da Constituição Federal e das leis, que propiciem seu bem estar pessoal, social e econômico do Estatuto do Portador de Deficiência”. (grifo nosso) (lei 13.146/15)

Salienta-se a importância ao exarar o cristalino entendimento de que o estupro de vulnerável se caracterizaria apenas aos casos em que o enfermo mental fosse acometido por deficiência em seu grau apto a impedir-lhe da capacidade de oferecer consentimento.

Notório se dá a relevância que a prática sexual emana à natureza humana. Em outras palavras, diga-se que a nenhum ser humano, capaz de consentir deve ser vedado o direito de dispor de sua sexualidade.

Pode-se afirmar que o direito de se viver a sexualidade é tão fundamental e universal quanto o direito à vida. Isso deve ser válido também para aqueles que possuem algum tipo de deficiência, seja ela física ou neurológica, ao passo que todos são iguais perante a lei.

Neste sentido, caminha a orientação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AC Nº. 70.055.226.351AC/M 4.876 - S 14.11.2013 - P 22 APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL.

A prova indica que o réu e a suposta vítima mantiveram uma relação sexual consentida na data do fato. O transtorno mental da vítima, uma pessoa adulta então com 19 anos de idade, não era do conhecimento pleno nem da sua própria família, conforme indicam os depoimentos colhidos em Juízo, no sentido de que ela depressiva, mas administrava todos os atos da sua vida civil, sem exceção. Por fim, não há prova conclusiva de que tal condição da suposta vítima lhe retirasse a capacidade de consentir com o relacionamento amoroso e com o ato sexual entretido com o réu. Ademais de tudo, com todas as cautelas que cada caso concreto exige, não se pode perder de vista que as pessoas portadoras de deficiências de ordem psicológica também têm direito a uma vida afetiva e sexual ativa. Assim, no caso examinado, a absolvição do réu era medida que se impunha, com força no princípio humanitário do in dubio pro reo. Sentença absolutória mantida por seus próprios fundamentos. APELO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70055226351, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 14/11/2013).

Destarte, evidencia-se a necessidade de trazer ao bojo do artigo 217 – A § 1º a relativização da vulnerabilidade nos casos em que o grau de acometimento de deficiência mental for ínfimo a ponto de não comprometer a capacidade do sujeito de manter uma vida sexual ativa, desvinculando-o do rol de indivíduos que devem ser cobertos pela absoluta vulnerabilidade.

6 CONCLUSÃO

Inegavelmente o legislador brasileiro emanou extrema cautela positivando a presunção absoluta de vulnerabilidade àqueles menores de 14 anos e deficientes mentais, e ainda os comparados por algum outro motivo a estes, a ponto de não ser capaz de consentir, com a redação dada pela lei 12.015/09 quanto ao delito de estupro de vulnerável art. 217 – A.

Viu-se, ao decorrer desta monografia, que tal diploma legal não foi eficaz o suficiente para pacificar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a questão, ao passo que, inúmeros julgados, como alguns mencionados neste trabalho, vêm adotando, em casos de excepcionalidade, a relativização da vulnerabilidade.

No que se refere aos deficientes mentais, tornou-se possível concluir que o legislador não foi feliz ao elenca-los sem distinguir o grau da deficiência acometida, de modo que há graus em que o indivíduo que a possui torna-se suficientemente capaz de consentir ao ato sexual, não sendo a este justo tolher-se seu direito à sexualidade, uma vez que este direito é inerente a todo ser humano, por sua essência.

Neste passo evidencia-se a necessidade de complementação ao que dispõe o § único do artigo 217-A, a fim de que seja sanada tal celeuma.

Indubitavelmente se faz necessário levar-se em conta o comportamento das vítimas dos crimes sexuais, e, conseqüentemente o acesso que estas têm no mundo repleto de informações que hoje vivemos.

Percebe-se, pois, a indispensabilidade de utilização da mesma lógica aplicada aos deficientes mentais quanto ao seu grau de enfermidade, que por sua vez, se for ínfimo, o indivíduo, que a este é enquadrado não deverá ser visto como absolutamente vulnerável podendo dispor de seu consentimento à prática de atos sexuais, deveras ser aplicada aos menores de 14 anos e maiores de 12 anos, averiguando, neste passo, o grau de vulnerabilidade que neste consiste para a caracterização do delito de estupro de vulnerável.

Acredita-se, portanto, que o presente trabalho monográfico explanou de forma concisa a necessidade de se fazer ressaltar a análise de cada caso concreto, de modo que, haveria, em casos de excepcionalidade, injustas condenações, ao seguir o texto da lei, equiparando um sujeito maior de idade que

por ventura venha manter relação amorosa com a “vítima” (assim denominada pelo artigo 217 – A do código penal) menor de catorze anos e maior de doze anos. Este sujeito, certamente não se equipara àquele ser nauseante que comete o mesmo delito, mediante violência ou grave ameaça contra aquele (a) nesta faixa etária, ou ainda, aquele cliente que se vale de prostituição infantil, ciente de que mantém relação sexual com um menor, praticando, destarte, o disposto no artigo 218 – B do mesmo diploma legal.

Por derradeiro, conclui-se que a objetivação da presunção da vulnerabilidade, exposta pelo legislador, como regra, deve ser seguida pela sociedade, haja vista a não violação do princípio da legalidade, mas, em casos excepcionais, a relativização da vulnerabilidade deve se persistir, em consonância com o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, inegavelmente que a vulnerabilidade deve ser vista como absoluta para as crianças menores de 12 anos de idade, entretantes, relativa, em análise ao caso concreto, aos maiores de 12 anos completos, para que assim seja válida a simetria de normas e aplicada a eficiente justiça largando-se do nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, não há coerência na aplicabilidade da persecução penal aos casos em que não há ofensividade ao bem jurídico tutelado. Equivocou-se o legislador brasileiro em positivar, ainda que nas suas melhores intenções, um critério objetivo, qual seja, de idade, para a caracterização do ilícito penal, de modo que muitas vezes, embora o sujeito se enquadre em tal critério, não tem seu bem jurídico, ou seja, sua dignidade sexual, em plena violação. E assim, finda-se o entendimento de que se não há ofensividade ao bem jurídico, dignidade sexual, não há crime de estupro de vulnerável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Tiara. Artigo, **Relativização da vulnerabilidade sexual nos termos do art. 217-A, caput, do Código Penal**. citado João José LEAL, J. E LEAL, R (2009, p. 33). Disponível em <<http://tiarabadaro.jusbrasil.com.br/>> Acesso em 22 out. 2016.

BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal. IV**. 8 ed rev amp at. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 22 out. 2016

BRASIL. ANTEPROJETO CÓDIGO PENAL, **Estupro de Vulnerável**, <<https://www.passeidireto.com/arquivo/4081403/anteprojeto-codigo-penal/17>>. Acesso em 22 out. de 2016.

BRASIL. Lei nº 12.015/09, de 07 de agosto de 2009. **Dispõe sobre a alteração do título VI do Código Penal de 1940**. Presidência da República, Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em 16/04/2016

BRASIL. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Lei 8069 de 13 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 03/05/2016

BRASIL. **ESTATUTO DO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA**, disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/432201.pdf>> Acesso em 22 out de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4301**. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3758530>>. Acesso em: 22, out. 2016.

CÂMARA, **Projeto Lei nº 1.213, DE 2011**. Disponível em <www.camara.gov.br> Acesso em 28 out de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: Parte Especial**. 9ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011. 3v.

CARVALHO, Gisele Mendes de. CHAGAS, Edmar José. **O STJ e a polémica em torno do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro**. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim IBCCRIM – Ano 20 – nº 236 – Julho – 2012.

CÓDIGO DE HAMURÁBI [s.l.]. Disponível em:
<<http://www.culturabrasil.org/hamurabi.htm>>. Acesso em: 22 out. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988** [s.l.]. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> . Acesso em 22 out, 2016.

Derecho Penal, parte especial. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

DREZETT, J. **Aspectos psicossociais da violência sexual**. Reunión Internacional Violencia: Ética, Justicia y Salud para La Mujer. Mexico. 2000. Disponível em: aads. Org. Br/arquivos/jefferson/mexico. Doc. Acesso em 22, out 2016.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Danielli Xavier. **Estupro de vulneráveis. Uma reflexão sobre a efetividade da norma penal à luz da presunção de vulnerabilidade**, 2014.

Disponível em:

<<http://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/144316170/estupro-de-vulneraveis-uma-reflexao-sobre-a-efetividade-da-norma-penal-a-luz-da-presuncao-de-vulnerabilidade>>. Acesso em 22. Out, 2016.

GOMES, Luiz Flávio (coord.). Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2. Ed. São Paulo: RT, 2007.

GRECO, Rogério. **Crimes contra a Dignidade Sexual**, 2009. Disponível em:
<<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1031>> . Acesso em 22, out. 2016.

JESUS, Damásio E de. **Direito penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, Tawny Marteli, Monografia, **Relativização Da Vulnerabilidade No Crime De Estupro De estupro de vulnerável**. 2015.

MARTINELLI, J. P. O. **Relativização da presunção de vulnerabilidade no estupro de vulnerável**. 2012. Disponível em:

<http://atualidadesdodireito.com.br/joaopaulomartinelli/2012/01/02/relativizacao-da-presuncao-de-vuln....> Acesso em 22, out de 2016.

MINISTRA LAURITA VAZ (STJ, HC 210346 / SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, j. 04/06/2013): Disponível em: <jusbrasil.com.br/artigos/ /artigos/21943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel1> Acesso em 28 out de 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE E FABBRINI, **Código Penal Interpretado** / Julio Fabbrini

Mirabete, Renato N. Fabbrini. -- Imprensa: São Paulo, Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009. **Crimes contra a dignidade Sexual**. 5.Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

OLIVEIRA, Magali Gláucia Fávaro de. **A Mulher como Sujeito Ativo no Crime de Estupro**, 2008. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcctese,a-mulher-como-sujeito-ativo-no-crime-de-estupro,24881.html>>.
Acesso em: 22. Out. 2016.

PRADO, Luiz Regis, **Bem jurídico-penal e Constituição**. 5º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis, **Bem jurídico-penal e Constituição**. 5º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PORTINHO, João Pedro de Carvalho. História, **Direito e violência: do estupro e atentado violento ao pudor - Aspectos gerais**, 2005. Disponível em:
<<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&ID=10>>. Acesso em: 22. Out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL, (**Apelação Crime Nº 70055226351**, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 14/11/2013). Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em 22 out. 2016.

RONDÔNIA TRIBUNAL DE JUSTIÇA Apelação APL 00047852320138220014 RO 0004785-23.2013.822.0014 (TJ-RO) Data de publicação: 13/02/2015 Ementa: **Apelação criminal. Estupro de vulnerável. Vulnerabilidade absoluta.** Inocorrência. Consentimento da vítima (doze anos de idade). Réu com 18 anos de idade. Namoro duradouro. Tolerância familiar. Atipicidade material configurada. Absolvção decretada. Recurso provido. Disponível em:
<jusbrasil.com.br/jurisprudências> Acesso em: 27 out. 2016

RONDÔNIA, Tribunal de Justiça. Apelação: APL 00982531120088220501 RO 0098253-11.2008.822.0501 **Apelação Criminal. Estupro continuado.** Crime cometido pelo marido contra a esposa. Preliminar. Reconhecimento de inimputabilidade. Réu indígena integrado à sociedade. Inviabilidade. Materialidade e Autoria comprovadas. Palavra da vítima

SAMANTA JENIFER BASSO, **OS CRIMES DE ESTUPRO E DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA LEI 12.015/2009: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS**, Monografia, unijui - universidade regional do noroeste do estado do rio grande do sul. Disponível em <http://www.bibliodigital.unijui.edu.br>. Acesso em 03/05/2016

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Apelação Criminal: APR 20120805531 SC 2012.080553-1. **APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL** (ART. 217-A E ART. 217-A C/C ART. 13, § 2º, A, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO CONDENATÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. LEI N. 12.015/2009 QUE ELIMINOU A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. TESE AFASTADA. PARTICULARIDADES DO CASO QUE CONDUZEM À RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A VÍTIMA E O APELADO. CONCORDÂNCIA DA FAMÍLIA DA MENOR. CONSENTIMENTO ESPONTÂNEO PARA O ATO SEXUAL

EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. (TJ-SC - APR: 20120805531 SC 2012.080553-1 (Acórdão), Relator: Marli Mosimann Vargas, Data de Julgamento: 15/07/2013, Primeira Câmara Criminal Julgado). Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24046072/apelacao-criminal-apr-20120805531-sc-2012080553-1-acordao-tjsc>. Acesso em: 11 de outubro de 2015.
SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. APL Nº 0002878-65.2013.8.26.0575 COMARCA: SÃO JOSÉ DO RIO PARDO. MINISTÉRIO PÚBLICO VOTO Nº. 10.167 **APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. VÍTIMA QUE CONTA COM 12 ANOS COMPLETOS. VULNERABILIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE HOMOGENEIZAR O SISTEMA PENAL, UTILIZANDO O CRITÉRIO ETÁRIO ADOTADO PELO ECA. INEXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AUSÊNCIA DE QUALQUER COAÇÃO FÍSICA OU MORAL. ACUSADO E VÍTIMA QUE INICIARAM BREVE RELACIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURÍDICO LIBERDADE SEXUAL. APELO PROVIDO. [...]**

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal 3: parte especial**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951. t. 1

ANEXO

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA
 PROJETO DE LEI Nº 1.213, DE 2011
 (Apenso o PL 4.207, de 2012)
 Altera o §1º do Art. 217-A do
 Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de
 1940 – Código Penal.
 Autor: Deputado CARLOS BEZERRA
 Relatora: Deputada TERESA SURITA

I – RELATÓRIO

O Projeto de Lei em epígrafe sugere a alteração da redação do §1º do art. 217-A do Código Penal Brasileiro. A alteração serviria, conforme ressalta o autor da proposição, para deixar claro que o estupro de vulnerável em face de enfermidade ou deficiência mental se configuraria apenas nos casos de impossibilidade da vítima manifestar sua vontade ou oferecer resistência.

De acordo com a justificativa apresentada pelo autor, a redação atual do dispositivo exclui o direito de os portadores de deficiência mental exercer a prática sexual. Embasado em artigo doutrinário, manifesta o entendimento de que o referido dispositivo legal violaria o direito de liberdade das pessoas com deficiência mental, em descompasso com o princípio constitucional da liberdade e da dignidade humana. A modificação sugerida retira da redação do §1º o termo “discernimento”. A questão passa para a possibilidade de manifestação da vontade por parte da pretensa vítima.

2

Ademais, para a configuração do delito, o agente deve se aproveitar das circunstâncias descritas no tipo para a prática do ato sexual.

Apenso a este projeto encontra-se o PL nº 4.207, de 2012, que também tem por objeto o art. 217-A e propõe o aumento das penas previstas para o tipo penal e os tipos qualificados. Sugere também aumento de pena para os crimes contra os costumes, quando o agente tenha qualquer tipo de relacionamento afetivo ou amoroso com os ascendentes da vítima. Por último, acresce dispositivo à Lei nº 7.960/1989, para prever o estupro de vulnerável como tipo que se sujeita à prisão temporária, quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado no crime.

A matéria foi distribuída para apreciação das Comissões de Seguridade Social e Família e de Constituição e Justiça e de Cidadania. Posteriormente será apreciado pelo Plenário. No âmbito desta Comissão de Seguridade Social e Família - CSSF, os projetos não receberam emendas no decurso do prazo regimental.

É o Relatório.

II – VOTO DA RELATORA

As propostas ora em apreço nesta Comissão demonstram a preocupação de seus autores com a dignidade humana e com a preservação dos direitos das pessoas portadoras de deficiência mental. Segundo a delimitação temática sobre as competências das Comissões Permanentes desta Casa, cabe a esta CSSF avaliar o mérito sanitário das matérias. As questões relacionadas ao Direito Penal não fazem

parte do âmbito de atribuições desta Comissão e deverão ser avaliadas pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

No que tange aos aspectos relacionados à saúde e ao direito dos portadores de deficiência mental, as propostas apresentam melhorias que podem ser incorporadas ao Código Penal, pois elevam o nível de proteção dessas pessoas.

3

Com efeito, a prática sexual constitui um dos direitos intimamente relacionados à natureza humana. A liberdade individual e a dignidade humana são princípios que estão na base desse direito. O aumento da pena tende a coibir, em tese, as situações de abuso contra as potenciais vítimas dos delitos.

A redação atual do §1º do art. 217-A do Código Penal, objeto da proposta do PL 1.213/2011, pode deixar, em tese, margem para criminalização de qualquer ato sexual envolvendo portadores de deficiência mentais. Não há diferenciação na lei sobre o grau dessa deficiência. Como é de conhecimento geral, existem inúmeras pessoas que podem ter algum tipo de deficiência mental, mas continuam plenamente capazes de praticar diversos atos inerentes à vida humana, como a prática sexual. São pessoas com capacidade de manifestar sua vontade, de fazer escolhas e de expressar, em sua plenitude, o seu direito de liberdade.

A lei não pode deixar margens para que interpretações equivocadas retirem importantes direitos de pessoas já penalizadas pela deficiência. O Estado sempre deve agir, inclusive na elaboração das leis, no sentido de proteger a vida e a dignidade de todos, sem acepções. Os portadores de deficiências devem merecer atenção especial, em virtude de suas próprias limitações e em observância ao princípio da equidade, mas sem que essa atenção especial passe a tolher a liberdade individual.

A medida proposta revela-se conveniente e oportuna para a proteção dos direitos das pessoas enfermas e portadoras de deficiência mental que possam manifestar sua vontade. Por isso, consideramos de bom alvitre o acolhimento de mérito dessa proposta por parte desta Comissão.

Em relação ao Projeto de Lei 4.207/2012, que propõe o recrudescimento das penas previstas para o estupro de vulnerável e casos de agravantes, prevê aumento de pena para crimes contra os costumes praticados por agentes que tenham relacionamento afetivo com os ascendentes da vítima e insere o estupro de vulnerável entre os casos que ensejam a prisão temporária, verifica-se que o mérito é substancialmente inerente ao Direito

Penal. Perante o interesse da saúde pública e o direito à saúde, pode-se considerar que o recrudescimento de penas tende a ser, teoricamente, mais protetivo das vítimas. Sobre esse prisma, podemos considerar o projeto em comento interessante para o direito à saúde, haja vista a maior proteção que seria conferida às potenciais vítimas desses atos delituosos. Ou seja, indiretamente, haveria uma maior proteção à saúde individual das vítimas, diante de punição mais rigorosa contra os crimes contemplados na proposta.

Ante o exposto, Voto pela APROVAÇÃO dos Projetos de Lei n.º 1.213, de 2011, e n.º 4.207, de 2012, na forma do substitutivo anexo.

Sala da Comissão, em de 2012.

Deputada TERESA SURITA

Relatora