

KERCILENE SILVA QUEOPERRO DOS REIS

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: análise crítica do crime
previsto no artigo 217-A do Código Penal brasileiro**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC/MG
2010

KERCILENE SILVA QUEOPERRO DOS REIS

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: análise crítica do crime
previsto no artigo 217-A do Código Penal brasileiro**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor MSc. Oscar Alexandre Teixeira Moreira

FIC/CARATINGA
2010

Ciência penal não é só a interpretação hierática da lei, mas, antes de tudo e acima de tudo, a revelação de seu espírito e a compreensão de seu escopo, para ajustá-lo a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida.

Nelson Hungria

Agradeço imensamente às amigas Josiane Carini e Luciléa Marques pela amizade e apoio constantes.

RESUMO

A Lei Federal nº. 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou sensivelmente o Código Penal Brasileiro, notadamente no campo dos crimes sexuais, passando a denominá-los “Crimes contra a dignidade sexual”. O legislador revogou a polêmica figura da presunção de violência, antes prevista no artigo 224 do Código Penal, criando, contudo, nova figura no direito penal pátrio: o vulnerável. O problema a ser enfrentado consiste em saber se a vulnerabilidade seria relativa (*juris tantum*) ou absoluta (*juris et de jure*), tal qual a discussão anteriormente existente com relação à presunção de violência. No regime anterior, a doutrina tradicional entende que a vulnerabilidade é absoluta, sendo completamente inválido o consentimento do menor de 14 anos, não comportando prova em contrário, e a doutrina moderna relativiza a vulnerabilidade, avaliando-se, no caso concreto, o grau de conscientização do vulnerável para a prática sexual. Considerando que o direito penal não pode se afastar da realidade, bem como deve intervir minimamente nas relações sociais, a aplicação relativa do conceito de vulnerabilidade é a escolha mais acertada. A prática sexual entre adolescentes e alguns tipos de deficientes mentais é fato aceito no contexto social, e não deve ser totalmente ignorada pelo legislador. O que deve ser avaliado é a falta de discernimento (caráter absoluto) ou o discernimento incompleto (caráter relativo). Em qualquer caso, a proteção à criança (menor de 12 anos) deve ser considerada absoluta no cenário sexual.

Palavras-chave: crimes contra a dignidade sexual; vulnerabilidade; relativização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CAPÍTULO I - DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	09
1.1 – Noções introdutórias.....	09
1.2 – A vulnerabilidades e a proteção integral da criança e do adolescente.....	11
1.3 Elementos do tipo do art. 213-A do Código Penal.....	13
1.3.1 Objetividade jurídica.....	13
1.3.2 Tipo Objetivo.....	13
1.3.3 Elemento Subjetivo do tipo.....	14
1.3.4 Sujeitos do crime.....	15
1.3.4.1 Sujeito ativo.....	15
1.3.4.2 Sujeito Passivo.....	16
1.3.5 Consumação e tentativa.....	17
1.3.5.1 Consumação.....	17
1.3.5.2 Tentativa.....	18
1.3.6 Formas qualificada (§§ 3º e 4º).....	19
1.3.7 Ação Penal.....	19
1.3.8 Hediondez.....	21
CAPÍTULO II – ASPECTOS POLÊMICOS DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL.....	22
2.1 – Da suposta violação aos princípios da intervenção mínima e da adequação social	22
2.2 – Da suposta violação ao princípio da proporcionalidade.....	26
2.3 – Da suposta violação ao princípio da individualização da pena.....	28
2.4 – Da suposta incompatibilidade entre o estupro de vulnerável e o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	29
CAPÍTULO III - DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE EM RELAÇÃO AO MENOR DE QUATORZE E MAIOR DE DOZE ANOS COMO FORMA DE CONFERIR CONSTITUCIONALIDADE AO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL ...	32

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 38

REFERÊNCIAS..... 39

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa ao estudo do estupro de vulnerável, tipo penal introduzido no ordenamento jurídico pela Lei Federal nº. 12.015/2009, através da inclusão do artigo 217-A no Código Penal brasileiro. O problema de pesquisa tem base na seguinte interrogante científica: Quais são e de que forma é possível sanar os vícios de constitucionalidade constantes no artigo 217-A do Código Penal? Pretende-se, ao final, demonstrar que não obstante o dispositivo em análise afrontar, *a priori*, alguns princípios constitucionais, o empréstimo de caráter relativo ao conceito de vulnerabilidade garante sua constitucionalidade.

A hipótese defendida é a de que com o intuito de garantir constitucionalidade ao artigo 217-A do Código Penal é indispensável que à vulnerabilidade do menor de quatorze anos e maior de doze anos seja conferida caráter *juris tantum*, conforme posicionamento adotado por Guilherme de Souza Nucci em sua obra “Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009”, marco teórico deste trabalho.

Para detalhar os procedimentos a serem adotados durante a pesquisa, optou-se, como metodologia, pela pesquisa bibliográfica, que teve como norte o marco teórico, o qual garantiu maior embasamento para a hipótese a estruturada. Além disso, através da pesquisa da bibliografia básica e complementar, efetuou-se o estudo das diversas correntes sobre a relativização da vulnerabilidade, o que permitiu a estruturação teórica que fundamentou a hipótese. Também, investigou-se a legislação aplicável ao crime de estupro de vulnerável o que possibilitou o conhecimento do procedimento aplicável a este instituto. Igualmente, examinou-se a jurisprudência acerca do tema, buscando a identificação de argumentos jurídicos utilizados pelas posições que já foram majoritárias e pelas que atualmente tem prevalecido no que se refere aos seus efeitos jurídicos. Por fim, realizou-se pesquisa transdisciplinar, tendo que o tema abordado necessita do estudo do Direito Penal, do Direito Constitucional e dos direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como justificativa para o trabalho, ressalta-se que a pesquisa acerca do caráter absoluto ou relativo da vulnerabilidade no contexto dos crimes contra a dignidade sexual pode acrescentar a um acadêmico do curso de Direito conhecimento jurídico na área do Direito Penal, numa abordagem constitucional, bem como possibilitará ao aplicador parâmetros para a aplicação do novel instituto.

De igual modo, a aludida pesquisa poderá proporcionar à Ciência do Direito uma interpretação da vulnerabilidade mais afinada com a moderna doutrina penal-constitucional, estudando as teorias doutrinárias, o posicionamento da jurisprudência pátria, em confronto com a realidade social brasileira.

Também, a análise deste instituto poderá acrescentar um ganho social, tendo em vista que em se tratando de matéria penal, que tem reflexos no *status libertatis* do indivíduo, o posicionamento definitivo acerca do tema trará segurança jurídica, vez que posicionamentos divergentes neste campo em nada contribuem para a perfeita aplicação da norma penal.

O presente trabalho tem por objeto de estudo crime de estupro.

A monografia será composta de três capítulos. No primeiro capítulo será abordada breve análise histórica do tema, bem como alguns aspectos conceituais dos institutos jurídicos em exame e a análise dos elementos constitutivos do crime de estupro de vulnerável.

No segundo capítulo proceder-se-á ao apontamento dos aspectos mais polêmicos até agora apontados pela doutrina com relação ao artigo 217-A do Código Penal.

Por fim, no terceiro e último capítulo será analisada a relativização da vulnerabilidade como condição para conferir constitucionalidade do delito de estupro de vulnerável, conforme posicionamento até então adotado por alguns doutrinadores.

CAPÍTULO I - DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

1.1 – Noções conceituais

O vocábulo estupro origina-se do latim *stuprum* e representava, no direito romano, em sentido amplo, qualquer ato contrário ao pudor¹ “praticado com homem ou mulher, englobando até mesmo o adultério e a pederastia”². Nota-se, assim, que desde os tempos antigos os atos atentatórios à liberdade sexual são objeto de preocupação do direito. Nos tempos bíblicos, “se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados”³. Também era punido com pena capital quem praticasse “violência carnal” contra mulheres na Grécia, em Roma (com a *Lex Julia de vi publica*), na Espanha (com a *Fuero Viejo*) e na Inglaterra.⁴

No Brasil, desde as Ordenações Filipinas, a relação sexual com mulher solteira e virgem, ainda que consentida, acarretava ao agente a obrigação de se casar com a vítima. Caso fosse empregada violência, a pena imposta era de morte, mesmo se o infrator contraísse núpcias com a vítima.⁵ Somente com o advento do Código Criminal do Império de 1830 é que a pena capital foi substituída pela pena de privação de liberdade.⁶

Por um período de quase sete décadas, desde a edição do Código Penal de 1940 até o advento da Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, salvo modificações quanto à pena cominada, o crime de estupro no Brasil era tipificado com a seguinte redação: Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.

A supracitada Lei 12.015/2009 modificou a redação do artigo 213 do Código Penal, cuja redação passou a ser a seguinte:

¹ Mirabete esclarece que o pudor, “corretivo à sofreguidão e arbítrio de Eros”, “exerce uma ação preventiva, de resistência, inibição e controle do poder da libido” que é o instinto sexual inerente ao ser humano. Cf.: MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 25.e. São Paulo: Editora Atlas, 2007, V.II, p. 405.

² PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, V.3, p. 253.

³ *Ibidem*, p. 255.

⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1992, V.3, p.100.

⁵ PRADO. *Op. cit.*, p. 254.

⁶ *Idem*.

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.

Nota-se, da simples leitura, que diversas modificações foram inseridas no tipo penal em apreço pelo legislador brasileiro, sendo que a mais notável delas foi a ampliação do conceito de estupro, que passou a abranger não só a prática de conjunção carnal (cópula vagínica) mas, também, qualquer outro tipo de ato libidinoso, o que acarretou na ampliação do sujeito passivo do crime em análise, que atualmente pode ser tanto a mulher quanto o homem. Ademais,

o Título VI do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei nº. 12.015, de 7 de agosto de 2009, passou a prever os chamados Crimes contra a dignidade sexual, modificando, assim, a redação anterior constante do referido Título, que previa os Crimes contra os costumes. A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.⁷

Especificamente o ato sexual praticado com crianças e adolescentes na legislação brasileira foi regulamentado pela primeira vez pelo Código Penal de 1890, que introduziu a figura da presunção de violência, segundo a qual era presumida a violência nos crimes sexuais praticados em detrimento de vítima menor de dezesseis anos⁸. Com o advento do Código Penal de 1940, o limite de idade foi abrandado para quatorze anos de idade. Dispunha o revogado artigo 224 do Código Penal:

Presunção de violência

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

- a) **não é maior de catorze anos;**
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. (grifo nosso)

Mas foi a Lei 12.015/2009 que introduzido no direito penal brasileiro uma modalidade especial de estupro, o denominado “estupro de vulnerável”, com a introdução do artigo 217-A

⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte especial, V.III. Adendo – Lei 12.015/2009. Dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009. Disponível em: < <http://www.editoraimpetus.com.br/> >. Acesso em: 15 out. 2010.

⁸ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira *apud* BORGES, Júlia Melo Saldanha. **Relativização da violência sexual presumida e a tutela do menor.** Jus Navigandi. Teresina, ano 13, n. 2160, 31 maio 2009. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12815>. Acesso em 10 maio 2010.

no Código Penal pátrio, bem como com a revogação expressa do supracitado artigo 224. A redação do novo tipo penal é a seguinte:

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Assim, se antes a punição criminal do estupro praticado contra o menor de quatorze anos de idade era feito através da combinação dos antigos artigos 213 e/ou 214 com artigo 224, “a” do Código Penal, atualmente o legislador condensou num único tipo a referida conduta. Demais disso, passou a ser inexigível a violência para caracterização dessa modalidade de estupro, o que leva à conclusão que atualmente, pela lei brasileira, é crime a prática de qualquer ato sexual com criança e com adolescentes menores de quatorze anos de idade.

1.2 – A vulnerabilidade e a proteção integral da criança e do adolescente

O léxico define o vocábulo vulnerável como o “que se pode vulnerar; o lado fraco de um assunto ou questão, e do ponto por onde alguém pode ser atacado ou ofendido”.⁹

O legislador brasileiro não explicitou de forma clara o conceito jurídico de vulnerabilidade, porém, é possível extrair do art. 217-A do Código Penal que vulnerável é toda pessoa menor de quatorze anos ou aquela que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, e que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, independentemente de sua idade.

⁹ MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**, Editora Melhoramentos, 2009. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=vulneravel>>. Acesso em 21.10.2010.

Guilherme de Souza Nucci conceitua o vulnerável como “o incapaz de consentir validamente para o ato sexual”¹⁰, aquele que é passível de lesão, despido de proteção,¹¹ seguindo a mesma linha de raciocínio de André Estefam, para quem vulnerável é aquele que “em face de alguma condição pessoal (transitória ou perene), não dispõe de forças ou de compreensão para resistir a um ataque contra sua dignidade sexual.”¹²

Emanuel Motta da Rosa diz que o conceito de vulnerável trazido pelo legislador é gênero, “no qual se enquadra o menor de quatorze anos, o enfermo e o deficiente mental que em decorrência de seu estado não tem o necessário discernimento para a prática do ato ou oferecer resistência”¹³.

Contudo, o legislador não primou pela escuridão técnica legislativa. É que se no artigo 217-A vulnerável, no que tange ao critério etário, é o menor de quatorze anos de idade, no artigo 218-B¹⁴ vulnerável é o menor de dezoito anos. Logo, a depender do tipo penal em análise, o conceito de vulnerabilidade, com relação à idade da vítima, pode ser alterado.

Neste trabalho, analisar-se-á tão somente as questões relacionadas à vulnerabilidade do menor de quatorze anos. Isso porque a proteção da criança e do adolescente vulnerável no campo dos crimes sexuais é decorrente de mandamento constitucional. O art. 227, *caput* e parágrafo quarto, da Constituição da República, dispõem que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º (...)

§ 3º (...)

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Assim, em razão da condição especial da criança e do adolescente vulnerável, incapazes, *a priori*, de externar consentimento válido para a prática sexual, é que o legislador

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 35.

¹¹ *Idem*.

¹² ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**: comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64.

¹³ ROSA, Emanuel Motta da. **Os crimes sexuais e as alterações realizadas pela Lei 12.015/2009**. Disponível em < <http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 21.10.2010.

¹⁴ Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos

houve por bem oferecer, também na seara penal, proteção àqueles indivíduos contra práticas sexuais abusivas ou violentas.

1.3 Elementos do tipo do art. 217-A do Código Penal

1.3.1 Objetividade jurídica

Como visto acima, os crimes sexuais, no ordenamento jurídico brasileiro, estão inseridos no Título VI do Código Penal e passaram a ser denominados por “Crimes contra a dignidade sexual”. Assim, os bens jurídicos tutelados nestes crimes são, de modo geral, a dignidade e a liberdade sexual da pessoa.

Porém, no que tange ao crime de estupro de vulnerável,

a proteção penal volta-se à liberdade sexual e ao pleno desenvolvimento das pessoas vulneráveis. [...]. Quando menores de 14 anos, sustenta um setor doutrinário que a tutela penal também se dirige à defesa da candura, da inocência e da falta de maturidade mental no que se refere à própria sexualidade.¹⁵

Rogério Greco ensina que se pode “apontar o desenvolvimento sexual também como bem juridicamente tutelado pelo tipo penal em estudo”.¹⁶ Em resumo, ensina que “poderíamos apontar como bens juridicamente protegidos: a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual.”¹⁷

Contata-se, destarte, que não há mais que se falar na proteção jurídica dos costumes, vez que acima de moralismos e tradições está a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

1.3.2 Tipo Objetivo

¹⁵ ESTEFAM. *Op. cit.*, p.64.

¹⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, V.III. Adendo – Lei 12.015/2009. Dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009. Disponível em: < <http://www.editoraimpetus.com.br/> >. Acesso em: 15 out. 2010, p. 73.

¹⁷ *Ibidem*, p. 12.

O tipo penal do artigo 217-A do Código Penal possui como núcleos “ter conjunção carnal” e “praticar outro ato libidinoso”.

Com relação ao primeiro núcleo Rogério Greco disserta que

o núcleo *ter*, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo *constranger*, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, *conjunção carnal*, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não ter sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (quatorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável.¹⁸

O mesmo raciocínio se aplica ao segundo núcleo encabeçado pelo verbo “praticar” onde a mera prática de outro ato libidinoso diferente da conjunção carnal, independente de violência ou grave ameaça, configura a conduta típica ora em análise. Impende destacar que “na expressão *outro ato libidinoso* estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente”.¹⁹

André Estefam destaca que se trata de crime de forma livre, admitindo-se para a sua execução, portanto, “qualquer meio executório (inclusive a fraude)”.²⁰

Vê-se, portanto, que a única diferença do crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal) para o crime de estupro comum (artigo 213 do Código Penal) reside na não exigência de violência ou ameaça para a sua caracterização.

1.3.3 Elemento Subjetivo do tipo

Como relembra Júlia de Arruda Rodrigues e Larissa Ataíde Cardoso,

o chamado elemento subjetivo do crime, ou elemento normativo, é a culpa *lato sensu*, composta, por sua vez pelo dolo, que pode ser direto ou eventual, e pela

¹⁸ *Ibidem*, p. 66.

¹⁹ *Ibidem*, p. 10.

²⁰ ESTEFAM, *Op. cit.*, p.64.

culpa. Sem estes elementos do fato típico, segundo as Teorias Bipartida e Tripartida, não se configura o crime.²¹

Assim, à míngua de previsão de modalidade culposa, o crime de estupro de vulnerável só é admissível na modalidade dolosa, como bem ressalta Greco:

O dolo é o elemento subjetivo necessário ao reconhecimento do delito de estupro de vulnerável, devendo abranger as características exigidas pelo tipo do art. 217-A do Código Penal, vale dizer, deverá o agente ter conhecimento de que a vítima é menor de 14 (quatorze) anos, ou que esteja acometida de enfermidade ou deficiência mental, fazendo com que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, não possa oferecer resistência.²²

Admite-se, todavia, a ocorrência do chamado “erro de tipo” quando, “na hipótese concreta, o agente desconhecia qualquer uma dessas características constantes da infração penal em estudo, poderá ser alegado o erro de tipo, afastando-se o dolo e, conseqüentemente, a tipicidade do fato.”²³

1.3.4 Sujeitos do crime

Basicamente, todo crime possui, pelo menos, um sujeito ativo e um sujeito passivo. Sujeito ativo “é a pessoa que pratica a conduta descrita pelo tipo penal”²⁴ enquanto sujeito passivo “é o titular do bem jurídico protegido pelo tipo penal incriminador, que foi violado”.²⁵ A seguir, identificam-se os sujeitos ativo e passivo do preceito penal contido no artigo 217-A do Código Penal.

1.3.4.1 Sujeito ativo

²¹ RODRIGUES, Júlia de Arruda; CARDOSO, Larissa Ataíde *et al.* **O novo tipo penal estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, nº. 2338, 25 nov. 2009. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13908>. Acesso em 10 maio 2010.

²² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte especial, V.III. Adendo – Lei 12.015/2009. Dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009. Disponível em: <<http://www.editoraimpetus.com.br>>. Acesso em: 15 out. 2010, p. 74/75.

²³ *Ibidem*, p. 75.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal:** parte geral e parte especial. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.

²⁵ *Ibidem*, p. 166.

Com relação ao sujeito ativo Rogério Greco faz uma diferenciação a depender de qual núcleo do tipo penal foi violado.

De acordo com a redação legal, verifica-se que somente o *homem* pode ser *sujeito ativo* do delito de estupro de vulnerável quando a sua conduta for dirigida a conjunção carnal; nas demais hipóteses, ou seja, quando o comportamento for dirigido a praticar outro ato libidinoso, qualquer pessoa pode figurar nessa condição.²⁶

Isso porque a conjunção carnal é uma modalidade de ato libidinoso praticado mediante “coito vaginal, que compreende a penetração do pênis do homem na vagina da mulher.”²⁷ Daí, pois, para Greco, impossível à mulher praticar mencionada conduta na modalidade “ter conjunção carnal”, podendo, contudo, praticar estupro de vulnerável na modalidade “praticar outro ato libidinoso”.

Contudo, Cristiane Dupret discorda do posicionamento acima.

Embora parte da doutrina venha se manifestando pela classificação do estupro e do estupro de vulnerável como crimes de mão própria quanto à conjunção carnal, com a devida vênia, entendemos que a mulher também pode ser sujeito ativo do crime. Assim, uma mulher adulta que mantiver conjunção carnal com um adolescente de 13 anos estará praticando estupro de vulnerável. A nosso ver, entender em sentido diverso seria conferir proteção diferenciada e deficiente às crianças e aos adolescentes menores de 14 anos do sexo masculino, o que, em nosso entendimento, não seria plausível, proporcional ou razoável.²⁸

Certeiro o entendimento da advogada carioca. Ao contrário da norma anterior, o tipo penal em apreço não considera a mulher como único objeto material do crime. Demais disso, como no exemplo dado, praticará estupro, na modalidade “ter conjunção carnal” a agente maior de 18 anos que se relacionar sexualmente, com coito vaginal, com adolescente do sexo masculino menor de quatorze anos.

1.3.4.2 Sujeito Passivo

²⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, V.III. Adendo – Lei 12.015/2009. Dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009. Disponível em: <<http://www.editoraimpetus.com.br>>. Acesso em: 15 out. 2010, p. 74.

²⁷ *Ibidem*, p. 9.

²⁸ DUPRET, Cristiane. **Manual de Direito Penal**. Adendo – Lei 12.015/2009. Niterói: Editora Impetus, 2009, p. 22. Disponível em <www.impetus.com.br>. Acesso em 31 out. 2010.

O sujeito passivo do delito em exame é o vulnerável que, como visto, é considerado pelo tipo do artigo 217-A do Código Penal como o “menor de 14 (quatorze) anos, ou acometida de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, não possa oferecer resistência”.²⁹

1.3.5 Consumação e tentativa

O próprio Código Penal faz trazer a conceituação do que vem a ser consumação e o que vem a ser tentativa, *verbis*:

Art. 14 - Diz-se o crime:

Crime consumado

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

Tentativa

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pena de tentativa

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Guilherme de Souza Nucci ensina que o crime consumado é “o tipo penal integralmente realizado, ou seja, quando o tipo concreto se enquadra no tipo abstrato”.³⁰ Com relação à tentativa, explica que “é a realização incompleta da conduta típica, que não é punida como crime autônomo”³¹. Feitas essas considerações, analisa-se a seguir a ocorrência dessas figuras no crime de estupro de vulnerável.

1.3.5.1 Consumação

²⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, V.III. Adendo – Lei 12.015/2009. Dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009. Disponível em: < <http://www.editoraimpetus.com.br/> >. Acesso em: 15 out. 2010, p. 74.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 308.

³¹ *Idem*.

A consumação do delito em exame, segundo André Estefam, “dá-se com a realização do ato libidinoso”³² tratando-se de crime de mera conduta “já que a norma não faz qualquer menção a resultado naturalístico”.³³

Com relação ao núcleo “ter conjunção carnal”, Rogério Greco ensina que “o delito de estupro de vulnerável se consuma com a efetiva conjunção carnal, não importando se a penetração foi total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação.”³⁴

Já com relação à prática de outro ato libidinoso, “consuma-se o estupro de vulnerável no momento em que o agente pratica qualquer outro ato libidinoso com a vítima”.³⁵

Conclui-se, deste modo, que o momento consumativo é aquele em que a conduta é praticada pelo agente.

1.3.5.2 Tentativa

Estefam explica ser admissível a tentativa no crime de estupro de vulnerável, “desde que o agente dê início à execução dos atos lascivos, mas seja impedido por circunstâncias alheias à sua vontade”.³⁶

A tentativa, deste modo, se dará quando, por circunstâncias alheias à vontade do agente, não conseguir realizar a conjunção carnal ou o ato libidinoso necessário à configuração do crime, nos moldes do art. 14, inc. II do CP, e seu parágrafo único: "Diz-se o crime: II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços".³⁷

Greco também admite modalidade tentada no crime em apreço, destacando seu caráter plurissubsistente, ou seja, onde a conduta do agente pode ser fracionada em diferentes fases.³⁸

³² ESTEFAM. *Op. cit.* p. 67.

³³ *Idem.*

³⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, V.III. Adendo – Lei 12.015/2009. Dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009. Disponível em: < <http://www.editoraimpetus.com.br/> >. Acesso em: 15 out. 2010, p. 74.

³⁵ *Idem.*

³⁶ ESTEFAM. *Op. cit., loc. cit.*

³⁷ RODRIGUES; CARDOSO, *et al. Op. cit., loc., cit.*

³⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, V.III. Adendo – Lei 12.015/2009. Dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009. Disponível em: < <http://www.editoraimpetus.com.br/> >. Acesso em: 15 out. 2010, p. 74.

Guilherme de Souza Nucci destaca, contudo, que embora se admita tentativa essa é difícil comprovação na prática.³⁹

1.3.6 Formas qualificada (§§ 3º e 4º)

Consoante §3º do artigo 217-A do diploma repressivo, quando o ato sexual com vulnerável resultar lesão corporal de natureza grave a pena cominada em abstrato ao agente será de dez a vinte anos de reclusão. Se o resultado, porém, for a morte da vítima, a pena prevista é de doze a trinta anos.

Referidas figuras constituem crimes qualificados pelo resultado, motivo por que o evento qualificador (lesão grave ou óbito) pode ser proveniente de dolo ou culpa, nos termos do disposto no artigo 19 do Código Penal. A redação dos parágrafos terceiro e quarto, que se limita a mencionar os eventos agravadores, favorece essa conclusão; afinal, onde a lei não distingue não cumpre ao intérprete fazê-lo.⁴⁰

André Estefam entende, ainda, que caso da conduta do agente resulte lesão corporal de natureza leve haverá concurso formal entre os delitos de estupro de vulnerável e o crime do artigo 129 do Código Penal, uma vez não haver de se falar em absorção do crime menor grave pelo mais gravoso pela falta da violência como elementar.⁴¹

1.3.7 Ação Penal

A Lei 12.015/2009 também efetuou profunda modificação no que tange à titularidade da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual.

Se antes a regra era a ação penal privada, com algumas exceções legais e jurisprudenciais, hoje o artigo 225 do Código Penal impõe como regra a ação penal pública condicionada à representação da vítima, *in verbis*:

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 36.

⁴⁰ ESTEFAM. *Op. cit.*, p. 68.

⁴¹ *Idem*.

Art. 225 – Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo Único – Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Destarte, como se depreende do supracitado parágrafo único do artigo 225 do Código Penal, o crime de estupro de vulnerável comporta ação civil pública incondicionada, sendo a ação penal de titularidade exclusiva do Ministério Público que dela não pode abdicar. “Desse modo, o Órgão Ministerial passa da legitimidade extraordinária, no sistema anterior, à substituição processual, atuando, a partir de então, com legitimidade ordinária, uma vez que ocorreu mudança na legitimidade *ad causam*.”⁴²

Sem dúvida, a eficácia na proteção da liberdade sexual da pessoa e, em especial, a proteção ao desenvolvimento da sexualidade da criança e do adolescente são questões de interesse público, de ordem pública, não podendo em hipótese alguma ser dependente de ação penal privada e passível de das correlatas possibilidades de renúncia e de perdão do ofendido ou ofendida, ou ainda de quem tenha qualidade para representá-los. Na prática, as qualidades da ação penal privada, no caso de violação de criança ou adolescente, têm contribuído para resguardar cumplicidades, intimidar e, assim, consagrar a impunidade.⁴³

Como se observa do trecho acima, extraído da exposição de motivos do projeto de lei que deu origem à Lei 12.015/2009, foi com o escopo de dar efetividade ao mandamento da proteção integral à criança e ao adolescente que o legislador efetuou a mudança na titularidade da ação penal, no que agiu com correção, tendo em vista que crimes dessa natureza repercutem não só na esfera privada da vítima mas na sociedade como um todo, pelo que merece punição em qualquer caso, independente do perdão do ofendido através de seus representantes.

Por fim, é de se consignar que não obstante a mudança na titularidade da ação penal, a Lei 12.015/2009 introduziu no Código Penal o artigo 234-B que dispõe que “os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça”.

Como assinala Tiago Lustosa Araújo “intenta a norma evitar o *streptus fori* ou *streptus judici*, isto é, o escândalo do processo.”⁴⁴ Deveras, nada mais pertinente. Se na vigência da norma anterior o objetivo da ação penal ser privada era justamente o resguardo da intimidade da vítima, que com um processo judicial poderia ser assolada ainda mais em sua honra, o

⁴² RODRIGUES; CARDOSO, *et al. Op. cit., loc., cit.*

⁴³ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº. 253, de 13 de setembro de 2004.

⁴⁴ ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. **O(s) novo(s) crime(s) de estupro**: Apontamentos sobre as modificações implementadas pela Lei nº. 12.015/2009. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2232, 11 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13307>>. Acesso em: 12 out. 2010.

dispositivo em comento faz uma justaposição entre a inviolabilidade da intimidade da vítima com a punição do agente criminoso.

1.3.8 Hediondez

O crime de estupro de vulnerável, tanto na modalidade simples (*caput*), quanto nas suas formas qualificadas, é considerado hediondo, tendo a Lei 12.015/2009 modificado a redação do artigo 1º da Lei 8.072/90, que ora passou a ser a seguinte:

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:

(...)

V - estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

Essa caracterização decorre do fato de o legislador considerar o crime de estupro, e em especial o crime de estupro de vulnerável, merecedor de mais rigor de forma a “impor maior aspereza no trato com essa espécie de delinquência”⁴⁵. E esse tratamento diferenciado decorre do disposto no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição da República⁴⁶, sendo, portanto, constitucional a caracterização do estupro de vulnerável como crime hediondo, salvo quanto aos aspectos que a seguir serão estudados.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 600.

⁴⁶ Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

CAPÍTULO II – ASPECTOS POLÊMICOS DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

No direito, como um todo, mas principalmente na área penal, as mudanças legislativas provocam grande celeuma na comunidade jurídica. Doutrinadores e estudiosos buscam interpretar as novas leis de modo a dar-lhes efetividade e aplicabilidade plena.

Nélson Hungria ensinava que

como toda norma jurídica, a norma penal não pode prescindir do processo exegético, tendente a explicar-lhe o verdadeiro sentido, o justo pensamento, a real vontade, a exata razão finalística, quase nunca devidamente expressos com todas as letras.⁴⁷

Com a mudança operada pela Lei 12.015/2009 não foi diferente. Diversos autores trataram de interpretar o novel diploma, tendo sido levantadas as mais variadas questões. A jurisprudência, contudo, ainda não esclareceu os pontos mais polêmicos, devido ao pouco tempo de vigência da supracitada legislação, o que impediu que os pontos por ela alterados chegassem aos tribunais para apreciação.

A seguir, abordaremos algumas das questões controvertidas até agora levantadas pela doutrina acerca do artigo 217-A do Código Penal brasileiro.

2.1 – Da suposta violação aos princípios da intervenção mínima e da adequação social

Pelo princípio da intervenção mínima entende-se que “o direito penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade”⁴⁸.

Nucci complementa dizendo:

Há outros ramos do Direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores traumas. O direito penal é considerado a *ultima ratio*, isto é a ultima cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator. Como bem assinala Mercedes García Arán “o direito penal deve conseguir a tutela da paz social obtendo o respeito à lei e aos direitos dos demais, mas sem prejudicar a dignidade, o livre

⁴⁷ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal** *apud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 12.ed. Niterói: Editora Ímpetus, 2010, V.I, p. 31.

⁴⁸ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 12.ed. Niterói: Editora Ímpetus, 2010, V.I, p. 45.

desenvolvimento da personalidade ou a igualdade e restringindo ao mínimo a liberdade” (*Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad em el Código Penal de 1995*, p. 36).⁴⁹

Ensina ainda o magistrado paulista que o princípio da intervenção mínima possui, como corolário, a ofensividade, que alguns autores, como Greco, entendem como princípio autônomo. Ofensividade consistiria no fato de “que somente podem ser criados tipos penais incriminadores capazes de ofender um bem jurídico alheio, devidamente tutelados.”⁵⁰

Já com relação ao princípio da adequação social, Rogério Greco, citando Luiz Regis Prado, ensina que

a teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.⁵¹

O princípio da adequação social vem ganhando aceitação entre os doutrinadores penais, entre eles, Cezar Roberto Bitencourt, que nos ensina o verdadeiro objetivo da norma penal:

O tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos, em si mesmos típicos, carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois, muitas vezes, há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado.⁵²

Destarte, apesar de tratado como princípio autônomo por alguns, entende-se que o princípio da adequação social é corolário do supracitado princípio da intervenção mínima, tendo em vista que, guardadas as diferenças conceituais acima expostas, visam a um mesmo objetivo que é evitar a incriminação de condutas que, apesar de não recomendadas, não ferem, *a priori*, nenhum bem jurídico que mereça ser penalmente tutelado.

Assim, seja considerando-os autônomos, seja considerando-os correlatos, entende-se que, pelos mencionados princípios, o direito penal só deve tipificar condutas que tenham relevância social negativa, ou seja, que sejam socialmente inadequadas, isso porque há

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 72.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 77.

⁵¹ PRADO, Luiz Regis *apud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 12.ed. Niterói: Editora Ímpetus, 2010, V.I, p. 53.

⁵² BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 10.ed. Saraiva, 2006, p. 222.

condutas que, embora moral ou socialmente não recomendadas, não devem ser tuteladas pela norma penal.

Em monografia sobre o tema, Júlia de Arruda Rodrigues e Larissa Ataíde Cardoso defendem que o artigo 217-A do Código Penal contraria o princípio da adequação social e, conseqüentemente, da intervenção mínima, argumentando que:

O tipo penal Estupro de Vulnerável tutela, sem dúvida, um bem jurídico importante em uma sociedade democrática. No entanto, esta proteção foi tratada de forma equivocada pelo legislador, quando incrimina toda e qualquer prática sexual com menores de 14 anos e doentes mentais, considerando de todo irrelevante o consentimento da vítima.⁵³

Concluem:

Essa tipificação atenta flagrantemente ao Princípio da Adequação Social, de modo que se encontra desvinculado da realidade social brasileira, pois é inegável que os jovens iniciam sua vida sexual cada vez mais cedo, nos dias atuais, sendo esta uma prática já inserida no contexto social com as transformações dos valores e costumes.⁵⁴

Tais argumentos encontram guarida em importante pesquisa publicada pela Unesco (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura). O estudo, realizado em 13 capitais brasileiras e no Distrito Federal, constatou que em quase todas as capitais mais de 10% das crianças e adolescentes com idade entre 10 e 14 anos já mantiveram relação sexual.⁵⁵

Sobre referida pesquisa, Eduardo Fuhr ressalta que

no mesmo estudo, constatou-se que em quase todas as capitais, o índice de crianças que tiveram iniciação sexual aos 10 anos foi maior que o esperado. Por exemplo, na cidade de Salvador se verificou que 67,5% (sessenta e sete e meio por cento) dos meninos tiveram a sua primeira relação sexual nessa faixa de 10 anos, enquanto 27,5% (vinte e sete e meio por cento) das meninas tiveram sua iniciação sexual nessa mesma faixa etária.⁵⁶

⁵³ RODRIGUES; CARDOSO, *et al. Op. cit., loc., cit.*

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia; SILVA, Lorena Bernadete da. **Juventudes e Sexualidade**. Brasília: UNESCO Brasil, 2004. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001339/133977por.pdf>>. Acesso em 21.10.2010.

⁵⁶ FUHR, Eduardo. **A retrógrada criação do estupro de vulnerável**. Disponível em <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/a-retrograda-criacao-do-estupro-de-vulneravel-2442814.html>>. Acesso em 12.10.2010.

Ainda sob a vigência da norma anterior, mas perfeitamente aplicável à realidade atual, se manifestou o Ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº. 73.662-MG, *verbis*:

Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal.

(...)

Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda sorte de conseqüências que lhe podem advir.⁵⁷

Sobre o assunto, Marcos Roberto Vieira Garcia diz que

as mudanças mais recentes na forma como os adolescentes lidam com o sexo são conseqüência de mudanças mais amplas dos códigos de valores ligados à sexualidade nas sociedades ocidentais modernas. Houve uma intensificação dessas mudanças a partir dos anos 60, quando ocorreu nessas sociedades o que se convencionou chamar “Revolução Sexual”, ou seja, a conquista de maior liberdade para a mulher na esfera sexual.⁵⁸

É de se consignar ainda o pensamento da professora Adelina Carvalho, para a qual

embora possa não ser recomendável a prática sexual com pessoa maior de 12 e menor de 14 anos de idade, o despertar mais precoce dos desejos sexuais dos mais jovens é fato que existe e deve ser respeitado, assim como as opções diferentes decorrentes da evolução, boa ou má, dos costumes.⁵⁹

Também nas palavras de João Batista Costa Saraiva é inoportuna a criação do tipo penal em exame:

Em matéria de relacionamento sexual entre adolescentes, a nova regra do artigo 217-A do Código Penal exagera em face da realidade do país e de nossa adolescência, podendo criminalizar a conduta de muitos adolescentes e pré-adolescentes na descoberta de sua sexualidade.⁶⁰

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas Corpus nº. 73.662-MG, relator Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento 21.05.1996.

⁵⁸ GARCIA, Marcos Roberto Vieira. **Virgindade e iniciação sexual entre as adolescentes brasileiras**. São Paulo: Editora Arte e Ciência, 2004, p. 90.

⁵⁹ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 151.

⁶⁰ SARAIVA, João Batista Costa Saraiva. **O “depimento sem dano” e a “Romeo and Juliet Law”**: uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do artigo 217-A do Código Penal, *apud* CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O estupro de vulnerável e os atos libidinosos sem**

Gize-se, por oportuno, que o professor Alberto Silva Franco já ensinava que “toda lesão à liberdade sexual encontra seu núcleo na falta de consensualidade. Fora daí, não há conduta que deva ser objeto de consideração na área penal”.⁶¹

Nesse contexto, não há razão para a tutela penal da prática sexual livre e consentida do menor de quatorze anos, vez que referida conduta, ainda que imoral para alguns, é um fato social inegável e tolerado.

2.2 – Da suposta violação ao princípio da proporcionalidade

Sobre o princípio da proporcionalidade, Alberto Silva Franco ensina que:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato).⁶²

Guilherme de Souza Nucci disserta sobre o princípio em testilha dizendo que:

Significa que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade da cominação das penas nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa.⁶³

Ensina, ainda, que a proporcionalidade é princípio implícito no ordenamento constitucional, “corolário natural da aplicação da justiça, que é dar a cada um o que é seu, por merecimento.”⁶⁴

Dessa forma, o ônus (pena) imposto pelo Estado (legislador e juiz) ao agente criminoso deve ser proporcional ao fato por ele praticado.

violência entre menores: uma solução encontrável no direito comparado. Disponível em <<http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2706>>. Acesso em 12 out.2010.

⁶¹ FRANCO, Alberto Silva *apud* SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Crimes sexuais: reflexões sobre a nova Lei 11.106/2005**. Leme/SP: J. H. Mizuno, 2006, p. 73.

⁶² FRANCO, Alberto Silva *apud* GRECO. *Op. cit.*, p. 73.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 75/76.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 76

Com relação à pena cominada em abstrato ao crime de estupro de vulnerável, a Lei 12.105/2009 trouxe sensível modificação no Código Penal, como assinalam João José Leal e Rodrigo José Leal:

A segunda alteração diz respeito à carga punitiva – oito a quinze anos de reclusão – significativamente bem mais rigorosa do que as penas cominadas para o tipo básico de estupro comum. Tanto o patamar mínimo, quanto o máximo da sanção privativa de liberdade foram objeto de considerável aumento em relação ao tipo de estupro comum descrito no art. 213, *caput*, do CP. Antes da mudança procedida pela Lei 12.015/09, o estupro com violência presumida era punido com a mesma pena cominada para o tipo descrito no caput do art. 213 (6 a 10 anos de reclusão). Cabe ressaltar que, no caso das qualificadoras, a diferença em termos de rigor punitivo é ainda maior.⁶⁵

Nesse contexto, o magistrado paranaense Marcelo Bertasso afirma que o artigo 217-A do Código Penal também fere ao princípio da proporcionalidade.

Porém, a maior – e mais criticável – novidade foi deixada pelo legislador para o final: a pena. Com efeito, o preceito secundário do art. 217-A do Código Penal traz em si sanção elevadíssima, que começa em oito e vai até a quinze anos de reclusão.

Com isso, estabelece-se para o crime de “estupro de vulnerável” sanção mais grave que as cominadas ao estupro “comum” do art. 213 e a outros delitos graves como homicídio simples e roubo e que é idêntica ao do crime de extorsão mediante sequestro.

É certo que a conduta daquele que pratica ato sexual com menor de 14 anos é mais acentuada, sobretudo quando a conduta envolva violência ou grave ameaça. Contudo, o legislador peca ao generalizar o enquadramento penal (estabelecendo descrição típica objetiva e que desconsidera as peculiaridades do caso, como, por exemplo, a experiência sexual da vítima) e erra mais gravemente ao cominar sanção tão elevada a essa conduta.⁶⁶

Continua, asseverando que:

Não se pode desprezar que, na atual realidade social, não são raros os casos em que menores de 14 anos possuem vida sexual ativa e praticam, com normalidade, atos sexuais de forma consentida. Nessas situações, ainda que reprovável a conduta daquele que adere à vontade da menor e com ela pratica ato sexual, não se mostra proporcional a aplicação de sanção tão gravosa.

Veja-se que, diante da pena mínima cominada ao delito, necessariamente o agente terá de iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Com isso, o legislador despreza o amplo leque de situações específicas que podem ocorrer em

⁶⁵ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2263, 11 set. 2009. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13480>>. Acesso em 12 out. 2010.

⁶⁶ BERTASSO, Marcelo Pimentel. **O desproporcional “estupro de vulnerável”**. Disponível em <<http://mpbertasso.wordpress.com/2009/08/15/o-desproporcional-estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em 12 out. 2010.

relação a esse delito, engessando o magistrado ao estabelecer a pena, que, em tese, deveria ser fixada de forma necessária e suficiente à reprovação do crime.⁶⁷

Júlia de Arruda Rodrigues e Larissa Ataíde Cardoso compartilham da mesma opinião, asseverando:

O tipo penal Estupro de Vulnerável (art. 217-A do CP) fere, deste modo, o Princípio da Proporcionalidade, na medida em que traz mais limitação do que benefício à sociedade, visto que a pena cominada no delito traz desproporção entre a extensão do dano se comparado com o de outros delitos considerados mais reprováveis pela sociedade.⁶⁸

E esse raciocínio encontra amparo no magistério de César Roberto Bitencourt que com precisão ensina:

O campo de abrangência, e por que não dizer de influência do princípio da proporcionalidade, vai além da simples confrontação das conseqüências que podem advir da aplicação das leis que não observam dito princípio. Na verdade, modernamente a aplicação desse princípio atinge inclusive o exercício imoderado do poder, inclusive do próprio legislativo no ato de legislar. [...] Na verdade, a evolução dos tempos tem nos permitido constatar, com frequência, o uso abusivo do "poder de fazer leis *had hocs*", revelando, muitas vezes contradições, ambigüidades, incongruências e falta de razoabilidade, que contaminam esses diplomas de inconstitucionalidades.⁶⁹

Conclui-se, portanto, que a desproporção leva, inexoravelmente, à inconstitucionalidade do dispositivo, por malferimento à dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, à própria razão de ser do Estado Democrático de Direito.

2.3 – Da suposta violação ao princípio da individualização da pena.

Previsto no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição da República⁷⁰, o princípio da individualização da pena,

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ RODRIGUES; CARDOSO, *et al. Op. cit., loc., cit.*

⁶⁹ BITENCOURT. *Op. cit.*, p. 310.

⁷⁰ Art. 5º [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos

significa que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinqüente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido.⁷¹

Greco ensina que a individualização da pena ocorre em três momentos distintos: primeiramente na “seleção feita pelo legislador, quando escolhe para fazer parte do pequeno âmbito de abrangência do direito penal, aquelas condutas que atacam nossos bens mais importantes”⁷². Secundariamente, a pena deve ser individualizada no momento da aplicação da pena, pelo juiz, na sentença condenatória. Por fim, também na fase da execução a pena deve ser individualizada.⁷³

Também aqui se afirma que o artigo 217-A do Código Penal padece de vício por afronta ao princípio da individualização da pena. Nesse sentido:

Dessa forma, o art. 217-A do Código Penal se demonstra novamente contrário às garantias constitucionais e ao próprio art. 59 do CP, tendo em vista que o novo tipo penal não permite ao aplicador do direito valorar as particularidades de cada pessoa, nem a conduta do agente, bastando a configuração do fato, sem importar-se com o comportamento da vítima, seu consentimento ou se o agente usou de violência.

Caracteriza-se, de tal modo, flagrante o desrespeito ao Princípio da Individualização da pena, vez que o sujeito que praticar a conduta com o consentimento da vítima sofrerá a mesma sanção que aquele que o cometer com violência ou grave ameaça, se, neste último caso, o crime não deslanchar em sua modalidade qualificada.⁷⁴

Vê-se, portanto, que ao tratar da mesma forma situações jurídicas diversas o artigo 217-A configura-se inconstitucional, por flagrante afronta ao artigo 5º, XLVI da Constituição da República.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71/72.

⁷² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 12.ed. Niterói: Editora Ímpetus, 2010, V.I, p. 69.

⁷³ *Ibidem*, p. 70.

⁷⁴ RODRIGUES; CARDOSO, *et al. Op. cit., loc., cit.*

2.4 – Da suposta incompatibilidade entre o estupro de vulnerável e o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente

Finalmente, também há aqueles que criticam o novel estupro de vulnerável por suposta incompatibilidade com a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Mencionado diploma, em seu artigo 2º, considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Considerado por muitos como legislação de vanguarda, o Estatuto da Criança e do Adolescente inovou em relação à visão que se tinha do infante e do adolescente, trazendo inclusive a possibilidade da aplicação de medidas de restrição e até privação de liberdade ao maior de 12 anos. É o que consta em seu artigo 112, *verbis*:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao **adolescente** as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - **liberdade assistida**;
- V - **inserção em regime de semi-liberdade**;
- VI - **internação** em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. (grifou-se)

Portanto, a legislação brasileira entende que o adolescente maior de doze e menor de quatorze anos tem discernimento suficiente para entender o caráter ilícito e reprovável de sua conduta, pelo que pode ser inclusive punido com medida privativa de liberdade, mas não teria discernimento para dar consentimento válido para a prática sexual.

Para se sujeitar a medidas punitivas do ECA a vontade do adolescente é válida. Para anuir a um ato sexual não seria? Que diferença fundamental existiria entre compreender o caráter lícito do fato criminoso (dentro de certas limitações, é verdade) e compreender o caráter sexual de certos comportamentos, ainda mais quando se considera que esta última em geral, surge antes daquela outra? Que sentido tem destarte, depois do ECA, presunção legal do artigo 224?⁷⁵

No mesmo sentido nos ensina Carlos Antônio R. Ribeiro, citado pelo Ministro Celso Limongi em voto vencedor em *habeas corpus* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça ainda sob a égide da legislação anterior:

⁷⁵ GOMES, Luis Flávio. **A presunção de violência nos crimes sexuais**: enfoque crítico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 4, n.15, julho-setembro. Revista dos Tribunais: 1996, p. 166.

Se o menor a partir de 12 anos pode sofrer medidas socioeducativas, por ser considerado pelo legislador, capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram em todos os locais, em especial nos lares de quem quer que seja, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente frente a um ato sexual.⁷⁶

Percebe-se, destarte, que o legislador brasileiro do século XXI segue em direção oposta à do legislador da década de 1990, mantendo o mesmo padrão de proteção da criança e do adolescente que o legislador da década de 1940.

⁷⁶ RIBEIRO, Carlos Antônio R. **Violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual**, in Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, vol. 5, número 12, pág. 216 *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº. 88.664-GO. Relator Ministro Og Fernandes. Relator para o acórdão Ministro Celso Limongi. Data do julgamento: 23 jun.2009.

CAPÍTULO III - DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE EM RELAÇÃO AO MENOR DE QUATORZE E MAIOR DE DOZE ANOS COMO FORMA DE CONFERIR CONSTITUCIONALIDADE AO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

Como visto, na vigência da norma penal anterior, para caracterização do estupro do menor de quatorze anos, era necessária a combinação do dos artigos 213 e/ou 214 do Código Penal com a norma de extensão denominada “presunção de violência” prevista no artigo 224, “a”, do mesmo diploma legal.

Havia grande discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da presunção de violência contra o menor de quatorze anos de idade, ou seja, se havia ou não a possibilidade de provar o consentimento e o necessário discernimento da vítima para a prática do ato sexual. Na doutrina, prevalecia o entendimento de que a norma em comento teria caráter relativo.⁷⁷ Na jurisprudência, contudo, apesar de algumas decisões conferindo o caráter *juris tantum*⁷⁸, prevalecia o entendimento de que todo e qualquer ato sexual com menor de quatorze anos era presumivelmente violento, não cabendo produção de prova em contrário.

O magistrado paulista Guilherme de Souza Nucci, em recente obra analítica das mudanças operadas pela Lei 12.015/2009, defende que assim como era possível, na vigência da norma anterior, a consideração de caráter relativo à presunção de violência, com o advento do artigo 217-A do Código Penal e conseqüente introdução do estupro de vulnerável no ordenamento jurídico, é possível, também, e por fundamentos semelhantes, relativizar o conceito de vulnerabilidade ora vigente. Em seu escólio:

O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com treze anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? **Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Esta é posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.**⁷⁹ (grifo nosso)

⁷⁷ Por todos, citamos Luiz Regis Prado, Luiz Flávio Gomes, Guilherme de Souza Nucci, Júlio Fabbrini Mirabete, Magalhães Noronha e Celso Delmanto.

⁷⁸ A mais emblemática delas a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº. 73.662-MG.

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

Nesse mesmo sentido, o magistério do promotor de justiça e professor André Estefam:

Entendemos que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo), **admitindo prova em contrário, notadamente quando se tratar de adolescentes** (indivíduos com 12 anos já completados). Isto porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e, voluntariamente, pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua dignidade sexual).⁸⁰ (grifos do original)

Acrescenta, anotando que:

A mudança do nome dado ao título, que deixou de proteger os “costumes”, não pode “passar impune”; é dizer, não ofende a dignidade sexual de um adolescente prestes a completar 14 anos o fato de manter, voluntariamente, relações íntimas com uma mulher.⁸¹

Yordan Moreira Delgado, todavia, discorda da tese defendida por Nucci e Estefam e apresenta outra solução para o caso, *verbis*:

Só em um aspecto divergimos desse autor [Nucci] quanto à questão da vulnerabilidade do menor de 14 anos. É que diferentemente dele, entendemos que, com a criação do novo tipo penal do art. 217-A sem a elementar referente ao constrangimento mediante violência ou grave ameaça, não haverá sob o aspecto hermenêutico da norma ordinária em foco, como defender que essa presunção poderá ser relativa. O juiz, entretanto, poderá deixar de aplicar a norma do art. 217-A se buscar algum fundamento constitucional no caso concreto, como a violação à proporcionalidade, ou como explica Zaffaroni "princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão".⁸²

Entende-se, contudo, que embora o legislador tivesse, de fato, intenção de extirpar a elementar violência do tipo penal em apreço, nada mais fez que considerar, implicitamente, que toda e qualquer conduta no campo sexual com o menor de quatorze anos é violenta, devido à falta de capacidade desses indivíduos para consentir. João José Leal e Rodrigo José Leal ensinam nesse sentido:

Não há dúvida de que, ao abandonar a polêmica regra legal da presunção de violência, a atual fórmula incriminatória simplificou a questão. Mesmo assim, parece-nos que o fundamento desta incriminação de maior severidade e rigidez continua o mesmo: a premissa axiológica de que todo e qualquer ato sexual contra uma pessoa menor de idade – no caso, uma criança, ainda – atenta contra os bons costumes ou, como diz a nova rubrica do Título VI, do CP, "contra a dignidade

⁸⁰ ESTEFAM. *Op. cit.*, p. 59. Grifos do original.

⁸¹ *Idem.*

⁸² DELGADO, Yordan Moreira. **Comentários à Lei nº. 12.015/09**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2289, 7 out. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13629>>. Acesso em 12 out. 2010.

sexual". Em consequência, a lei considera tal conduta sexual ou libidinosa como um ato sexual de evidente violência, que precisa ser reprimida de forma mais severa.⁸³

Logo, a elementar violência está implícita no tipo. E como observa Júlia de Arruda Rodrigues e Larissa Ataíde Cardoso “embora haja denominação diversa para os efeitos da norma, o que vigora, na realidade, é uma norma cujo caráter é uma verdadeira presunção absoluta, vez que continua a presumir que em qualquer hipótese a suposta vítima seria incapaz de consentir”.⁸⁴

Nucci defende, ainda, que em relação à criança, considerada como a pessoa com até doze anos de idade incompletos, a vulnerabilidade é absoluta, sendo escorreito o critério etário adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Em suas palavras: “a proteção da criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual”⁸⁵, remetendo o leitor a outra de suas obras onde diz:

Entretanto, chegando a jovem a idades mais elevadas, saindo da esfera e criança e alcançando o estágio de *adolescente*, cremos ser possível discutir a respeito de sua condição e da sua real maturidade ou imaturidade. Defendemos, pois: **presunção absoluta para a maioria dos casos**, especialmente para pessoas menores de 12 anos; **relativa para as situações excepcionais**, voltadas aos adolescentes, pessoas maiores de doze anos.⁸⁶ (grifo nosso)

Como anota Laura Valcazara Camargo, essa relativização se daria da seguinte forma:

Para que haja justiça quanto a validade ou não de um consentimento dado por um adolescente menor de quatorze anos, ou como foi dito acima, excepcionalmente por uma criança, é necessário que seja feita uma análise minuciosa na personalidade, caráter, cultura e comportamento dessa pessoa. É claro que o acompanhamento do caso por profissionais (médicos, psicólogos, etc.) é exigível, pois somente laudos especializados poderão dizer qual a capacidade desse indivíduo. Portanto, não é qualquer pessoa sem formação específica que poderá aventurar-se a dizer que aquele adolescente envolvido em uma relação sexual era plenamente capaz de dar o seu consentimento. Também, é claro, é preciso que o interessado que argüir essa capacidade, possa prová-la.⁸⁷

Impende destacar o caráter excepcional que tanto Nucci quanto Estefam dão à relativização da vulnerabilidade do menor de quatorze anos. Relativizar não significa, em

⁸³ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Op. cit., loc. cit.*

⁸⁴ RODRIGUES; CARDOSO, *et al. Op. cit., loc., cit.*

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 38.

⁸⁶ _____. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 802.

⁸⁷ CAMARGO, Laura Valcazara. **A possibilidade do comportamento provocador da vítima menor de quatorze anos**: vitimologia. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2491>>. Acesso em: 25 out. 2010.

nenhuma hipótese, desconsiderar a norma. Logo, a regra é a consideração plena da vulnerabilidade do menor de quatorze anos. Porém, ao relativizar tal conceito, admite-se prova em contrário, a fim de restar afastada a vulnerabilidade do menor no caso concreto. Todavia, sendo insuficientes ou duvidosas as provas da não-vulnerabilidade do menor, a condenação do agente é medida que se impõe, não havendo que se falar em *in dubio pro reo*.

É de se consignar que, inegavelmente, o legislador teve a melhor das intenções ao introduzir o dispositivo em comento no ordenamento jurídico. Fruto do trabalho de comissão parlamentar mista de inquérito instaurada para apurar a exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil, a denominada “CPMI da Pedofilia”, a Lei 12.015/2009 teve por objetivo o endurecimento da legislação visando ao combate desse tenebroso crime que é o abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes no país. Como anota Delgado, na elaboração da norma penal o legislador “pensou no caso de muitos homens mais velhos que procuram jovens para satisfazer sua lascívia”,⁸⁸ o que, certamente, é merecedor de reprimenda pelo direito penal. Contudo, ao estabelecer como crime toda e qualquer relação sexual com adolescentes menores do que quatorze anos, independente da situação fática de fundo, certamente cometeu uma injustiça. Exemplifica:

Para demonstrar a possibilidade de grande injustiça de se punir alguém simplesmente porque praticou algum ato libidinoso com menor de 14 anos, vejamos o seguinte exemplo. Um jovem de 17 anos começou a namorar uma menina de 13 anos. Na comemoração de um ano de namoro, véspera da adolescente completar 14 anos, os dois resolvem manter conjunção carnal, nesse momento, o jovem, contaria com 18 anos. Ao tomar conhecimento desse fato, o Ministério Público agora, teria o dever de propor a ação penal pública imputando a esse jovem o delito de estupro de vulnerável.⁸⁹

Continua:

Diante do juiz, a adolescente vítima, diz que foi idênia dela o ato sexual, não obstante a relutância do namorado. Neste caso, pela legislação anterior, ainda haveria a possibilidade de o juiz absolver o réu alegando que a presunção de violência é relativa, e que no caso, inexistiria. Agora, como o tipo penal sequer fala em violência, estando presentes as elementares do tipo, o juiz teria que condenar o acusado a uma pena de oito anos, que por ser crime hediondo será cumprida inicialmente em regime fechado. Será essa uma solução justa que atende os anseios da sociedade? Será justo levar esse jovem ao cárcere em contato pernicioso com um sistema prisional superlotado e já considerado falido na sua função socializadora? Obviamente que não.⁹⁰

⁸⁸ DELGADO. *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ *Idem.*

E como anota o Ministro Celso Limongi, do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do habeas corpus nº 88.664-GO:

A Constituição Federal importou do direito anglo-americano o princípio do devido processo legal na sua face substantiva, de modo que ela autoriza a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a permitir que o juiz hoje se inquiete com a injustiça da lei, a proporcionalidade dos encargos, a razoabilidade da lei, quando antes não era senão a voz da lei, o cego cumpridor da lei, o escravo da lei, um ser como que inanimado, como preconizava Montesquieu, preocupado, naquele contexto histórico em que viveu, com poder o magistrado interpretar a lei.⁹¹

Desta feita o magistrado, ao conferir caráter relativo à vulnerabilidade, estará afastando os vícios inicialmente apontados pela doutrina, garantindo-se constitucionalidade ao artigo 217-A do Código Penal.

Não haverá que se falar em ofensa aos princípios da intervenção mínima e da adequação social. Isso porque é de interesse social a punição daquele que abusa sexualmente, utilizando de violência física ou psicológica, de toda e qualquer pessoa, e principalmente do menor de quatorze anos, ou mesmo daquele que se vale da incapacidade do vulnerável para consentir com o ato de maneira inequívoca. O mesmo não há como falar quando punido aquele que se relacionou com adolescente menor de quatorze anos que era plena e inequivocamente capaz de consentir com o ato, tendo em vista que referida conduta, apesar de não recomendada, é tolerada no meio social.

Da mesma forma, os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena não restarão violados. É de todo importante, sendo até mesmo determinação constitucional (artigo 227, parágrafo quarto, da Constituição da República), que aquele que pratica abuso, violência ou exploração sexual da criança e do adolescente seja severamente punido. Entretanto, punir da mesma forma o incauto jovem namorado de dezoito anos de idade que se relaciona sexualmente com a namorada de treze anos e o perverso pedófilo que abusa sexualmente de crianças de três anos de idade, além de desproporcional, fere ao constitucional princípio da individualização da pena. Esse também é o entendimento do promotor de Justiça André Estefam:

A pena imposta ao ato reforça a tese (acima sustentada) de que a vulnerabilidade é um conceito relativo, admitindo prova em contrário (isto é, a demonstração de que o parceiro tinha plena consciência e maturidade sexual). Note-se que a sanção cominada (reclusão, de 8 a 15 anos), possui patamar mínimo

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 88.664-GO. Relator Ministro Og Fernandes. Relator para o acórdão Ministro Celso Limongi. Data do julgamento: 23 jun.2009.

superior ao crime de homicídio simples, sem falar que o estupro de vulnerável é crime hediondo (art. 1º, VI, da Lei n. 8.072/90).⁹²

Como visto, a aplicação de caráter relativo à vulnerabilidade do menor de 14 anos e maior de doze anos é fruto de trabalho de interpretação da lei penal conforme o que estabelece a constituição. E como Hanz Kelsen já ensinava:

A constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. [...] É eficaz quando pelo estabelecimento de tais leis (por exemplo, leis que violem a chamada liberdade da pessoa ou de consciência, ou a igualdade) se responsabiliza pessoalmente determinado órgão que participa da criação dessas leis (chefe de Estado, ministros) ou existe a possibilidade de as atacar e anular.⁹³

E é com base no trabalho de hermenêutica que, no cotejo entre o caso concreto com o disposto na lei penal e nos princípios garantidos pela Constituição da República, o interprete poderá aferir ao conceito de vulnerabilidade natureza relativa. Essa consideração, levará à constitucionalidade do crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal.

⁹² ESTEFAM. *Op. cit.*, p. 65.

⁹³ KELSEN, Hans *apud* CAPANO, Evandro Fabiani. **Dignidade Sexual**: Comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 á 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito, que tem seu fundamento na própria sociedade, é, antes de tudo, um fato social, devendo se estabelecer em consonância com as expectativas e necessidades do meio onde está inserido.

Deveras, a legislação penal brasileira, principalmente no campo dos crimes sexuais, encontrava-se sobremaneira em descompasso com a realidade, tendo em vista que totalmente regulada por norma editada nos nas primeiras décadas do século passado. Desta forma, em 2006, foi editada a Lei nº 11.106, a qual, apesar de ter efetuado somente algumas supressões e alterações pontuais, representou grande progresso ao, por exemplo, descriminalizar o adultério.

A Lei 12.015/2009, contudo, teve o condão de promover reforma substancial nos dispositivos do Código Penal que tratam dos crimes sexuais, tendo, inclusive, introduzido no ordenamento jurídico o crime de estupro de vulnerável, amplamente analisado neste trabalho.

Todavia, não obstante à boa intenção do legislador, o tipo penal criado representou verdadeiro retrocesso legislativo, desconsiderando vários anos de estudos levados a efeito pela doutrina jurídica e sociológica sobre o tema, e, principalmente, não considerando a desnecessidade de criminalização de conduta tolerada no meio social, quando praticada sem violência ou grave ameaça.

Rui Barbosa, na clássica Oração aos Moços, firmado no pensamento de Aristóteles, já dizia que “a regra de igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam”⁹⁴. Assim, o dispositivo em comento, ao tratar de maneira igualitária tanto aquele que pratica com adolescente menor de quatorze anos ato sexual consentido, válido e sem violência da mesma forma que trata o homicida ou o violento estuprador, fere aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena.

Deste modo, a fim de garantir constitucionalidade ao disposto no artigo 217-A do código penal, bem como garantir a justa resolução das questões práticas postas diariamente nas varas criminais, faz-se necessária a interpretação do referido dispositivo de acordo com os direitos e garantias estatuídos na Constituição da República, garantidores da dignidade da pessoa humana.

⁹⁴ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5.ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26.

RERERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia; SILVA, Lorena Bernadete da. **Juventudes e Sexualidade**. Brasília: UNESCO Brasil, 2004. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001339/133977por.pdf>>. Acesso em 21 out. 2010.

ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. **O(s) novo(s) crime(s) de estupro**: Apontamentos sobre as modificações implementadas pela Lei nº. 12.015/2009. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2232, 11 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13307>>. Acesso em: 12 out. 2010.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5.ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

BERTASSO, Marcelo Pimentel. **O desproporcional “estupro de vulnerável”**. Disponível em <<http://mpbertasso.wordpress.com/2009/08/15/o-desproporcional-estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em 12 out. 2010.

BITENCOUR, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BORGES, Júlia Melo Saldanha. **Relativização da violência sexual presumida e a tutela do menor**. Jus Navigandi. Teresina, ano 13, n. 2160, 31 maio 2009. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.aps?id=12815>. Acesso em 10 maio 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O estupro de vulnerável e os atos libidinosos sem violência entre menores: uma solução encontrável no direito comparado**. Disponível em <<http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2706>>. Acesso em 12 out.2010.

CAMARGO, Laura Valcazara. **A possibilidade do comportamento provocador da vítima menor de quatorze anos**: vitimologia. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2491>>. Acesso em: 25 out. 2010.

CAPANO, Evandro Fabiani. **Dignidade Sexual**: Comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 á 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

DELGADO, Yordan Moreira. **Comentários à Lei nº 12.015/09**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2289, 7 out. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13629>>. Acesso em 12 out. 2010.

DUPRET, Cristiane. **Manual de Direito Penal**. Adendo – Lei 12.015/2009. Niterói: Editora Ímpetus, 2009, p. 22. Disponível em <www.impetus.com.br>. Acesso em 31 out. 2010.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**: comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

FUHR, Eduardo. **A retrógrada criação do estupro de vulnerável**. Disponível em <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/a-retrograda-criacao-do-estupro-de-vulneravel-2442814.html>>. Acesso em 12 out. 2010.

GARCIA, Marcos Roberto Vieira. **Virgindade e iniciação sexual entre as adolescentes brasileiras**. São Paulo: Editora Arte e Ciência, 2004.

GOMES, Luis Flávio. **A presunção de violência nos crimes sexuais**: enfoque crítico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 4, n.15, julho-setembro. Revista dos Tribunais: 1996.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, V.III. Revisão de: 26/08/2009. Adendo – Lei 12.015/2009. Dos crimes contra a dignidade sexual. Disponível em: <<http://www.editoraimpetus.com.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

_____. **Curso de direito penal:** parte geral. 12.ed. Niterói: Editora Ímpetus, 2010, V.I.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2263, 11 set. 2009. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13480>>. Acesso em 12 out. 2010.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**, Editora Melhoramentos, 2009. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=vulneravel>>. Acesso em 21 out. 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal.** 25.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, V.II

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal.** 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1992, V.3.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual:** comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de Direito Penal:** parte geral e parte especial. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, V.3.

RODRIGUES, Júlia de Arruda; CARDOSO, Larissa Ataíde *et al.* **O novo tipo penal estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, nº. 2338, 25 nov. 2009. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13908>>. Acesso em 10 maio 2010.

ROSA, Emanuel Motta da. **Os crimes sexuais e as alterações realizadas pela Lei 12.015/2009**. Disponível em < <http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 11 out. 2010.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Crimes sexuais**: reflexões sobre a nova Lei 11.106/2005. Leme/SP: J. H. Mizuno, 2006.