

UMA NOVA ABORDAGEM AO CONCEITO DE PESSOA VULNERÁVEL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Rogério César Soehn¹

Resumo: O presente artigo aborda, de forma crítica, o conceito de pessoa vulnerável para fins de aplicação do Direito Penal, mais especificamente quanto aos crimes contra a dignidade sexual e o delito de estupro de vulnerável. Elenca, também, o conceito e função do Direito Penal, o princípio da proporcionalidade na elaboração e aplicação da norma penal e a ação penal nos crimes contra a liberdade e dignidade sexual. Ao final, apresentam-se alguns entendimentos jurisprudenciais atuais acerca da matéria. Visa esclarecer o leitor quanto à necessidade de uma nova interpretação do conceito de pessoa vulnerável para fins de aplicação do artigo 217-A do Código Penal, que tipifica o crime de estupro de vulnerável. O método utilizado é o dedutivo e a pesquisa é bibliográfica. Conclui-se que nem todo ato sexual praticado com pessoa menor de quatorze anos caracteriza o crime de estupro de vulnerável, pois isso implicaria em ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Direito Penal. Estupro de vulnerável. Presunção de vulnerabilidade.

Abstract: This article discusses in a critical way, the concept of vulnerable person for the purposes of applying criminal law, more specifically how much to the crimes against sexual dignity and the vulnerable rape offense. Lists also the concept and function of criminal law, the principle of proportionality in the development and application of criminal law and the criminal action in crimes against sexual freedom and dignity sexual. At end, we presents some current jurisprudential understandings on the matter. Visa enlighten the reader as to need for a new interpretation of the concept of person vulnerable for the purposes of applying Article 217-A of the Penal Code, which typifies the vulnerable crime of rape. The method used is the deductive and the research is bibliographic. We conclude that not every sexual act performed with a person under fourteen years characterizes the crime of rape vulnerable, as this would involve the offense of the principle of proportionality.

Keywords: Criminal Law. Rape vulnerable. Presumption of vulnerability.

1 INTRODUÇÃO

Talvez um dos maiores problemas relacionados ao Direito Penal seja encontrar seu real objetivo, delimitar sua função. As críticas pairam, principalmente, quanto à crescente encarceração de delinquentes, havendo a ideia de que a prisão deveria ser a última alternativa utilizável pelo Estado.

Parece que a dificuldade é estabelecer quais condutas realmente devem ser punidas na esfera penal e quando se consegue defini-las, surge outro problema: estabelecer uma proporcionalidade entre o suposto mal causado e a pena efetivamente aplicada.

Importante fazer tais apontamentos porque tudo indica que o legislador esqueceu de observar tais regras ao estabelecer quem é a pessoa vulnerável nos

¹ Especialista em Segurança Pública pela PUC/RS. Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina/UNOESC. Professor no Curso de Direito da FAI – Faculdades de Itapiranga – e policial civil em Santa Catarina. E-mail: rogerio.soehn@seifai.edu.br.

crimes contra a dignidade sexual, mais precisamente ao tipificar o delito de estupro de vulnerável.

Busca-se, portanto, com o presente artigo, retratar as funções do Direito Penal, a necessária obediência ao princípio da proporcionalidade e uma redefinição do conceito de pessoa vulnerável como sujeito passivo nos crimes contra a dignidade sexual.

2 FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

Não há como conviver em sociedade sem se definir condutas consideradas criminosas e sem retirar alguns indivíduos de circulação, privando-os de sua liberdade. Quando alguém não consegue respeitar o próximo e provoca uma ofensa relevante a um bem jurídico, deve sim ser alvo do Estado-Juiz e sofrer sanções proporcionais ao injusto causado.

Mas é bom lembrar que não é qualquer ofensa que deve ser tutelada na esfera penal. Outros ramos do direito, a exemplo do Direito Civil e Administrativo, conseguem dar uma resposta adequada. Nas lições de Luiz Regis Prado, o Direito Penal

[...] é o setor ou parcela do ordenamento jurídico que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança (*conceito formal*).

[...]

De outro lado, refere-se, também, a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso (*conceito material*).² (grifos do autor)

Portanto, importante entender qual é a real função do Direito Penal e quando se deve recorrer a tal ramo do direito. Cezar Roberto Bitencourt entende que somente se deve buscar a solução na esfera penal quando “os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social”³. Em outras palavras, o Direito Penal somente deve socorrer aquelas situações que não puderem ser solucionadas adequadamente pelos demais ramos do direito. O Direito Penal representa a *ultima ratio* do sistema, o último recurso.

² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 65.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. V. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 35.

Há muitas críticas ao Direito Penal, principalmente no sentido de que não consegue frear a criminalidade, até porque os índices de violência aumentam cada dia e o sistema carcerário recebe cada vez mais presos. Alguns propõem a extinção do Direito Penal, o abolicionismo, até porque

em síntese, o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). A sustentação da estrutura do poder social por meio da via punitiva é fundamentalmente simbólica.⁴ (grifos do autor)

Não se consegue sustentar a ideia do abolicionismo, pois os demais ramos do direito não estão preparados e não possuem resposta adequada a todas as demandas, razão pela qual não se pode afastar no atual contexto a aplicação do Direito Penal.

Deve-se observar, porém, que o legislador somente pode criminalizar aquelas condutas consideradas essenciais para um convívio social harmônico. É a observância do princípio da intervenção mínima, conhecido como *ultima ratio*, que “orienta e limita o poder do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes”⁵. (grifo do autor)

3 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E O ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Os crimes contra a dignidade sexual tiveram um tratamento novo em 2009, com a edição da Lei nº 12.015/2009. A principal diz respeito à mudança na nomenclatura do Capítulo II, que passou a ser denominado “dos crimes contra a dignidade sexual”, e a consequente tipificação do crime de estupro de vulnerável. Nos termos do artigo 217-A, manter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos constitui crime, cuja pena varia de 8 a 15 anos de reclusão, além de estar incluído no rol de crimes hediondos da Lei nº 8.072/1990. Além disso, o parágrafo primeiro prevê que “incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. V. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 73.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. V. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 54.

o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”⁶.

Percebe-se, portanto, que há três espécies de vulnerabilidade no crime em análise: aquela proveniente por presunção legal, a decorrente de enfermidade ou doença mental que retira a capacidade de discernimento para o ato e os casos nos quais a vítima não pode oferecer resistência, como, por exemplo, aquela que estava em coma.

Quanto às pessoas que possuem alguma enfermidade ou doença mental que lhe retira a capacidade de discernimento, não importa a idade. Basta estar numa das situações descritas pelo legislador. O que se comenta é que o legislador retirou dos deficientes mentais a possibilidade de terem uma vida sexual, ou seja, coibindo-os de exercer sua liberdade, consagrada pela Constituição Federal. Em artigo publicado em 2011, Ana Cláudia Bortolozzi Maia e Paulo Rennes Marçal Ribeiro apontaram alguns mitos sobre a sexualidade de pessoas com deficiência e afirmaram que a crença nesses mitos

[...] revela um modo preconceituoso de compreender a sexualidade de pessoas com deficiência como sendo desviante a partir de padrões definidores de normalidade e isso se torna um obstáculo para a vida afetiva e sexual plena daqueles que são estigmatizados pela deficiência. Esclarecer esses mitos é um modo de superar a discriminação social e sexual que prejudica os ideais de uma sociedade inclusiva.⁷

Recentemente entrou em vigor a Lei nº 13.146/2015, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência. Tal legislação, no artigo 6º, estabelece que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: [...] II - **exercer direitos sexuais e reprodutivos**”⁸ (grifei). Não parece haver mudança significativa na interpretação do conceito de deficiente mental como pessoa vulnerável, pois o que o Código Penal exige é que essa vítima não tenha o necessário discernimento para a realização do ato, o que deverá restar comprovado através de laudo pericial.

Já em relação àquelas vítimas que não podem, por qualquer outra forma, oferecer resistência, Prado afirma que

⁶ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 08 jul 2016.

⁷ MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi; RIBEIRO, Paulo Rennes Marçal. **Desfazendo mitos sobre a sexualidade e deficiências**. Disponível em: <http://www.bengalalegal.com/desfazendo-mitos>. Acesso em: 08 jul 2016.

⁸ BRASIL. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 08 jul 2016.

[...] o fundamento da disposição legal reside na impossibilidade de o sujeito passivo manifestar seu dissenso, como nos casos de imobilização; em decorrência de enfermidade; idade avançada; sono; hipnose; embriaguez completa; inconsciência pelo uso de drogas ou anestésicos, entre outros. É indiferente que a vítima seja colocada em tal estado por provocação do agente, ou que tenha este simplesmente se aproveitado do fato de o ofendido estar previamente impossibilitado de oferecer resistência.⁹

A hipótese mais problemática é em relação aos menores de quatorze anos. O legislador, por presunção legal, entendeu que as crianças, bem como os adolescentes com menos de quatorze anos, não possuem capacidade de decidir sobre sua vida sexual. Até por isso o Capítulo é denominado “dos crimes contra a dignidade sexual”, pois tais pessoas não possuem, em tese, liberdade sexual nenhuma. Conforme Damásio de Jesus,

[...] busca-se defender a intangibilidade sexual de determinado grupo de pessoas, consideradas em sua condição de fragilidade, pondo-as a salvo do ingresso precoce ou abusivo na vida sexual. Para a configuração dos delitos tipificados neste capítulo é desnecessária a existência de dissenso da vítima, que se considera, por força de dispositivo legal, irrelevante.¹⁰

Em sua análise sobre o *caput* do artigo 217-A, Prado lecionada que

é de se notar que, ao contrário do delito de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal, o dispositivo em análise não exige para sua configuração o manifesto dissenso da vítima expresso em sua resistência à cópula carnal ou ao ato libidinoso, que somente é superada pelo uso da violência ou grave ameaça. Aqui basta para o perfazimento do tipo a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (quatorze) anos.¹¹

O que se questiona é se o legislador acertou em estabelecer a idade de quatorze anos como sendo adequada para o menor decidir sobre seu ingresso na vida sexual. Numa época em que a sexualidade é tratada cedo com os estudantes, em que o acesso à informação é cada vez maior e mais célere, não parece que o legislador tomou a decisão acertada. Não se quer aqui estimular a vida sexual precoce dos adolescentes, mas apenas discutir a questão em âmbito penal. Impor a alguém uma pena mínima de oito anos de reclusão, com aplicação das consequências severas da lei dos crimes hediondos, porque manteve um ato sexual consentido com pessoa que tenha treze anos de idade, é realmente a solução acertada?

⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 1048.

¹⁰ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte especial**. V. 3. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 155.

¹¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 1048. P. 1047.

Na área policial percebe-se que a maioria dos casos de estupro de vulnerável, praticado sem violência ou grave ameaça, vêm à tona em razão de uma aversão dos pais da vítima em relação ao agente. Imagine-se que uma adolescente com treze anos de idade, instruída, mantenha ato sexual com rapaz de dezoito anos e engravide. Suponha-se, ainda, que haja uma relação de afetividade entre ambos e que tenham intenção de constituir família. Caso se aplique os rigores do Código Penal, qual a consequência para tal situação? Família não constituída e uma pessoa cumprindo pena mínima de oito anos, em regime inicial fechado, devendo cumprir pelo menos 2/5 da pena para obter a primeira progressão. E se na mesma hipótese, o rapaz tivesse obrigado a adolescente a manter o ato sexual, mediante grave ameaça? Qual a consequência? Seria exatamente a mesma, ou seja, situações totalmente distintas tratadas com o mesmo rigor pelo legislador.

Portanto, urge uma redefinição do conceito de pessoa vulnerável para fins de aplicação do *caput* do artigo 217-A do Código Penal, sob pena de se convalidar a afronta aos princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade. E essa mudança não pode aguardar a aprovação do novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012), cujo projeto, aliás, na questão da idade, define como vulnerável apenas as pessoas com até doze anos de idade, ou seja, apenas as crianças.

3.1 A AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Está presente no ordenamento jurídico brasileiro a ideia de que, como regra geral, ninguém pode fazer justiça com as próprias mãos. Aliás, o próprio Código Penal define tal conduta como criminosa (art. 345). Existem algumas exceções, as quais não serão tratadas no presente trabalho, eis que não é o objetivo.

Tendo em vista que a ninguém é permitido fazer justiça pelas próprias mãos, cabe ao Estado a aplicação de sanções penais aos infratores, fazendo-o através do Judiciário. Mas aos juízes, como regra, é vedada a iniciativa no que se refere ao início da persecução penal. Criou-se, portanto, a figura do Ministério Público, titular da ação penal, cujo representante do Estado tem o dever de propor a ação, caso presentes os requisitos legais.

Deixando de lado o estudo dos requisitos ou das chamadas condições da ação penal, convém trazer um conceito de ação penal condenatória. Para Rogério Greco, ela tem

por finalidade apontar o autor da prática de infração penal, fazendo com que o Poder Judiciário analise os fatos por ele cometidos, que deverão ser claramente narrados na peça inicial de acusação, para que, ao final, se for condenado, seja aplicada uma pena justa, isto é, proporcional ao mal por ele produzido.¹²

Percebe-se, portanto, que para que alguém possa sofrer uma sanção penal, exige-se uma acusação, formulada como regra pelo Ministério Público, uma instrução probatória e uma decisão do juiz de direito.

O que importa destacar é que nem sempre o Ministério Público pode agir de ofício. Muitas vezes depende de uma representação criminal, a ser prestada nos moldes do artigo 100 e seguintes do Código Penal. É a denominada ação penal pública condicionada à representação. Noutras vezes a iniciativa da ação penal é do particular, sendo conhecida como ação penal privada, que para ser proposta exige a queixa-crime. Resumindo: as ações penais podem ser públicas ou privadas e em relação àquelas, podem ser incondicionadas ou condicionadas à representação. As ações penais públicas incondicionadas vinculam o Ministério Público tão logo estejam preenchidos os requisitos legais, chamados de condições da ação.

Até o advento da Lei nº 12.015/2009, nos crimes sexuais, dependendo da situação, a ação penal poderia ser privada, pública condicionada à representação ou pública incondicionada (art. 225). Desde a alteração legislativa, o mencionado artigo permaneceu apenas com a opção de ação penal pública, seja condicionada à representação, seja incondicionada.

Analisando a redação atual do artigo 225 do Código Penal, resta claro que nos crimes contra a liberdade e dignidade sexual a ação penal, como regra, é pública condicionada à representação (*caput*). Como exceção à regra temos a ação penal pública incondicionada, aplicável nas hipóteses em que a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável (parágrafo único).

Quanto à ação penal ser pública incondicionada quando a pessoa for vulnerável, surgiu debate sobre a situação de vulnerabilidade passageira, ou seja,

¹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. V. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. P. 670.

aquela existente somente no momento do crime, como a pessoa que foi abusada sexualmente quando estava totalmente embriagada e não possuía capacidade de se opor ao ato. O tema foi analisado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Habeas Corpus nº 276.510/RJ. A situação analisada foi assim resumida por Jardiel Oliveira da Silva:

“TÍCIA”, plenamente capaz, do sexo feminino, maior de 18 anos, e extremamente lúcida, foi vítima de estupro praticado por “MÉVIO”, após este aplicá-la um golpe que a fez desmaiar. Em razão de estar desmaiada, “TÍCIA” não ofereceu qualquer resistência NA OCASIÃO da prática do ato libidinoso. Infelizmente a vítima não ofereceu representação contra MÉVIO.

O Ministério Público, certo de que se tratava de estupro de vulnerável (Art. 217-A, § 1º) ofereceu denúncia em desfavor de MÉVIO.

Na fase instrutória, realizada a mais de seis meses após a autoria ter sido descoberta, MÉVIO resolveu confessar a prática do delito. Em memoriais, o *Parquet* pediu a condenação de MÉVIO.

A defesa do acusado sustentou a tese de que o delito praticado pelo réu é crime de ação penal pública CONDICIONADA à representação (art. 225 do CP). Como não houve representação no prazo de 6 meses (Lapso temporal do art. 38 do CPP), houve decadência. O que isso causa? Extinção da punibilidade (art. 107, IV, do CP).

Assim o juiz fez. Julgou extinta a punibilidade. O Ministério Público recorreu alegando que o estupro de vulnerável (art. 217-A) é sempre crime de ação penal pública INCONDICIONADA em razão do que prescreve o parágrafo único do art. 225 do CP.¹³

Em sua decisão, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça acataram a tese da defesa e estabeleceram que quando a vulnerabilidade é passageira, não se aplica o parágrafo único do artigo 225, mas sim o *caput*, conforme se depreende da decisão:

A interpretação que deve ser dada ao referido dispositivo legal é a de que, em relação à vítima possuidora de incapacidade permanente de oferecer resistência à prática dos atos libidinosos, a ação penal seria sempre incondicionada. Mas, em se tratando de pessoa incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos, a ação penal permanece condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus iudicii*. 8. Com este entendimento, afasta-se a interpretação no sentido de que qualquer crime de estupro de vulnerável seria de ação penal pública incondicionada, preservando-se o sentido da redação do *caput* do art. 225 do Código Penal.¹⁴ (grifo na decisão)

¹³ SILVA, Jardiel Oliveira da. **6ª Turma do STJ afasta a interpretação no sentido de que qualquer crime de estupro de vulnerável seria de ação penal pública incondicionada**. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/6a-turma-do-stj-afasta-a-interpretacao-no-sentido-de-que-qualquer-crime-de-estupro-de-vulneravel-seria-de-acao-penal-publica-incondicionada-informativo-no-553/>. Acesso em: 08 jul 2016.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 276.510-RJ. Impetrante: Sérgio Guimarães Riera e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília: 11 de novembro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201302916894. Acesso em: 08 jul 2016.

A decisão do Tribunal Superior merece aplausos, pois como a vulnerabilidade passageira não retira da vítima a possibilidade de se manifestar adequadamente acerca da propositura da ação penal (representação), cabe a ela, em momento oportuno, dentro do prazo decadencial, dizer se deseja ou não tornar pública a situação, ou se, em razão das circunstâncias, prefere superar o trauma sem uma ação penal que a constranja ainda mais.

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL

Como o Direito Penal atua sobre a liberdade dos indivíduos, direito consagrado na Constituição Federal, necessário se faz a observância de diversos princípios que norteiam o legislador e o aplicador da lei. O estudo dos princípios é fundamental para que se compreenda a aplicação da lei penal, porém no presente artigo se analisará apenas o princípio da proporcionalidade, vinculando-o à tipificação do crime de estupro de vulnerável e à consequente aplicação de pena privativa de liberdade.

Primeiramente convém lembrar que Cesare Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*¹⁵, já estabelecia que a pena deve ser proporcional ao delito praticado. Trata-se do atual princípio da proporcionalidade, que tem “um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade)”¹⁶.

A ideia acima é clara no sentido de que não é qualquer ofensa a bem jurídico que pode ser criminalizada pelo legislador, mas somente aquelas que afetam um bem jurídico relevante. Para Bitencourt,

[...] com base no *princípio da proporcionalidade* é que se pode afirmar que um *sistema penal* somente estará justificado quando a soma das violências – crimes, vinganças e punições arbitrárias – que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados

¹⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Versão para eBook. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em: 08 jul 2016.

¹⁶ FRANCO, Alberto Silva *apud* GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. V. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. P. 75.

indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los.¹⁷ (grifos do autor)

Pois bem! No capítulo anterior tratou-se do crime de estupro de vulnerável praticado contra menor de quatorze anos. Falou-se naquelas situações em que a vítima possui treze anos e mantém algum ato libidinoso com pessoa maior por livre e espontânea vontade. Conforme a lei penal, tal conduta caracteriza crime de estupro de vulnerável, com pena que varia de 8 a 15 anos de reclusão, sujeita à aplicação da Lei nº 8.072/1990 (lei de crimes hediondos). Será que existe respeito ao princípio da proporcionalidade? E ao princípio da intervenção mínima?

O que se deixa claro é que em nenhum momento se apoia a prática do crime de estupro de vulnerável. Muito pelo contrário. Por ser um crime repugnante, deve sim ser penalizado de forma severa. Mas o que deve ser levado em conta é se realmente há ofensa a um bem jurídico e em caso afirmativo, até que ponto.

Quando o legislador inovou em 2009, criando a figura típica de estupro de vulnerável, se esqueceu de diferenciar aquelas situações nas quais o crime é praticado com violência ou grave ameaça daquelas em que o ato é consentido. Ou seja, manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de quatorze anos, com sua aquiescência, em tese terá a mesma pena daquela hipótese em que o ato sexual é praticado mediante violência ou grave ameaça. O pior é que mesmo havendo consentimento da vítima, a ação penal também é pública incondicionada e tão logo a autoridade policial ou o Ministério Público tomem conhecimento, deverão iniciar a apuração dos fatos.

Ao se comparar o crime de estupro de vulnerável, praticado contra menor de quatorze anos, com seu consentimento, ao de homicídio simples, a manifesta arbitrariedade do legislador fica ainda mais evidente. Matar alguém, na modalidade simples, irá, em tese, ter uma pena menor do que aquela aplicável àquele que praticou o ato sexual com o menor, mesmo que de forma consentida. Caso as penas fiquem no mínimo legal, o homicida terá seis anos para cumprir, enquanto o estuprador cumprirá oito anos. Além disso, o homicida poderá iniciar o cumprimento no regime inicial semi-aberto e terá direito a progressão de regime quando cumprir um sexto da pena, eis que não se trata de hipótese de crime hediondo ou equiparado. O que vale

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. V. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 69.

mais? A vida ou a dignidade sexual, que talvez sequer foi ofendida, tendo em vista o consentimento da vítima?

Não se está defendendo a ideia de que qualquer ato sexual permitido não deva ser punido. Estabelecer uma idade mínima para início da vida sexual é imprescindível, mas quatorze anos é exagero do legislador. Ademais, caso se mantenha a previsão atual, é necessário diferenciar a reprimenda penal. Quem usou de violência ou grave ameaça não pode permanecer no mesmo patamar daquele que praticou um ato consentido com uma moça que tenha idade superior a doze anos. Isso é desrespeitar o princípio da proporcionalidade.

A sugestão é que o legislador altere o *caput* do artigo 217-A do Código Penal e reduza a idade para treze anos. Caso não seja essa a sua vontade, que crie um novo tipo penal para as situações que envolvam adolescentes de doze e treze anos, quando o crime for praticado sem violência ou grave ameaça, cominando uma pena menor.

5 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS QUANTO À PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE

O crime de estupro de vulnerável, praticado contra menor de quatorze anos, é motivo de muito debate doutrinário e jurisprudencial. Há quem se apoie na tese de que a vulnerabilidade seja relativa, devendo cada caso ser analisado adequadamente. Já a grande maioria defende a tese de que a vulnerabilidade prevista pelo legislador é absoluta, mesmo nos casos em que há consentimento da vítima.

Durante apreciação do Recurso Especial nº 1.480.881/PI, em 26 de agosto de 2015, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça se posicionou pela presunção absoluta de vulnerabilidade quando o crime sexual envolve pessoa menor de quatorze anos. Uma das justificativas, que merece ser transcrita, estabelece que

a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psicologicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que

um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.¹⁸

Portanto, a tese adotada por referida Turma é de que

para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.¹⁹

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão no Habeas Corpus nº 256.402/PR, publica em 18 de abril de 2016, seguiu entendimento firmado pela 3ª Turma e assim decidiu:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. RECONHECIMENTO DE ATENUANTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS.**HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Entende esta Corte que o consentimento da vítima não é capaz de afastar a tipicidade do crime **de estupro de vulnerável**, pois a **presunção de violência** é absoluta na prática **de** conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor **de** 14 anos.²⁰

Analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constata-se que também segue a tese de que a prática de ato sexual com menor de quatorze anos, mesmo sendo consentido, caracteriza o crime de estupro de vulnerável.²¹

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.480.881/PI. Recorrente: Ministério Público do Estado do Piauí. Recorrido: A. R. de O. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília: 26 de agosto de 2015. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf. Acesso em: 08 jul 2016.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.480.881/PI. Recorrente: Ministério Público do Estado do Piauí. Recorrido: A. R. de O. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília: 26 de agosto de 2015. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf. Acesso em: 08 jul 2016.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 256.402/PR. Impetrante: José Smarczewski Filho e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília: 05 de abril de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201202117611. Acesso em: 08 de julho de 2016.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 940.701/SP. Agravante: O. G. O. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília: 08 de março de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10696351>. Acesso em: 08 jul 2016.

Já o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em diversas decisões, afastou a tese da presunção absoluta de vulnerabilidade. Isso restou confirmado em decisão recente, datada de 28 de junho de 2016, onde entendeu da seguinte maneira:

APELAÇÃO CRIMINAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL** (ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. JUÍZO DE ADEQUAÇÃO DO ART. 543-C, § 7º, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. TEMA 918. VÍTIMA, NAMORADA DO RÉU, MENOR DE QUATORZE ANOS. RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS. ADOLESCENTE QUE, AO TEMPO DOS FATOS, POSSUÍA DISCERNIMENTO SUFICIENTE PARA REAGIR ANTE EVENTUAIS ADVERSIDADES. **PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA RELATIVA**. ACÓRDÃO MANTIDO.

A despeito do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI, Tema 918, há entendimento contrário adotado nas Cortes Superiores, bem como por esta Corte, acerca da relativização da **presunção de violência** nos crimes contra a liberdade sexual, consoante destacado no voto.²²

Em julgamento realizado há poucos dias, mais precisamente no dia 06 de julho de 2016, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da Quinta Câmara Criminal, no julgamento da apelação criminal (Autos nº 70069288652, da Comarca de Butiá), também seguiu a tese da presunção relativa, conforme ementa:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. **ESTUPRO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA** PELA IDADE DA VÍTIMA. RELATIVIZAÇÃO DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS. SENTENÇA REFORMADA. No especial caso dos autos, a prova produzida no curso da persecução penal empresta trânsito à relativização da vulnerabilidade, isso porque, embora menor de quatorze anos, a relação sexual havida entre vítima (13 anos de idade) e acusado (20 anos de idade), consistente em conjunção carnal, fora consentida, não podendo o réu ser responsabilizado por uma conduta advinda de união de vontades e desígnios. Portanto, impositiva a manutenção da absolvição. RECURSO IMPROVIDO.²³

²² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação criminal nos Autos nº 0002304-62.2013.8.24.0166, da Comarca de Forquilha. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Florianópolis: 28 de junho de 2016. Disponível em:

http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=PRESUN%C7%C3O%20DE%20VIOL%CANCIA%20RELATIVA.%20AC%D3RD%C3O%20MANTIDO.&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAtqTAAJ&categoria=acordao_5. Acesso em: 08 jul 2016.

²³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal nº 70069288652, da Comarca de Butiá. Des. Lizete Andreis Sebben. Porto Alegre: 06 de julho de 2016. Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70069288652%26num_processo%3D70069288652%26codEmenta%3D6847673+Apela%C3%A7%C3%A3o+Crime+N%C2%BA+70069288652++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70069288652&comarca=Comarca%20de%20Buti%C3%A1&dtJulg=06/07/2016&relator=Lizete%20Andreis%20Sebben&aba=juris. Acesso em: 08 jul 2016.

(Apelação Crime Nº 70069288652, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 06/07/2016)

Conforme visto acima, apesar do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal ser no sentido de presunção absoluta de vulnerabilidade nos crimes sexuais praticados contra menor de quatorze anos, os Tribunais inferiores nem sempre seguem tal posicionamento, pois entendem que as circunstâncias podem indicar uma presunção relativa.

6 CONCLUSÃO

Viu-se com o presente estudo que o Direito Penal serve para tutelar os bens jurídicos mais importantes para a sociedade e que não possam ser protegidos adequadamente pelos demais ramos do Direito. É a aplicação do princípio da intervenção mínima, eis que o direito de liberdade deve ser violado pelo Estado apenas quando imprescindível.

Um dos capítulos do trabalho destinou-se aos crimes contra a dignidade sexual, principalmente naquela situação que envolva crime de estupro de vulnerável contra menor de quatorze anos, mesmo sem violência ou grave ameaça. Tentou-se demonstrar que o legislador não foi feliz ao equiparar as hipóteses em que há violência ou grave ameaça com aquelas situações em que o ato libidinoso é consentido pela vítima.

Dentro desse mesmo capítulo se explanou sobre a ação penal nos crimes contra a liberdade e dignidade sexual, sendo que desde 2009, com a Lei nº 12.015, a regra passou a ser de ação penal pública condicionada à representação. Essa regra deixa de ser aplicada quando o crime for praticado contra menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, hipóteses em que a ação penal será pública incondicionada.

Também se abordou o princípio da proporcionalidade, um dos principais orientadores na incriminação e punição de condutas. Tal princípio direcionando-se, num primeiro momento, ao legislador, e num segundo, ao magistrado. Buscou-se demonstrar que tal princípio não é observado na tipificação do crime de estupro de vulnerável, nem na aplicação da lei pelo julgador, pois na prática, ocorrendo um ato libidinoso com menor de quatorze anos com ou sem violência, a pena será, em tese, a mesma. Ademais, atualmente, o legislador entende que manter relação sexual

consentida com menor de quatorze anos é muito mais grave do que matar alguém, desde que o homicídio seja simples.

Numa análise da jurisprudência atual, constatou-se que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal adotam a tese da presunção absoluta de vulnerabilidade, ou seja, basta praticar ato sexual com alguém menor de quatorze anos que será crime de estupro de vulnerável, com pena que varia de oito a quinze anos de reclusão.

Tal entendimento não é seguido, como regra, pelos Tribunais inferiores, os quais admitem a relativização da vulnerabilidade, dependendo do caso concreto, como na hipótese em que o autor e vítima namoram e criaram um vínculo familiar.

Acredita-se que há necessidade de uma mudança na tipificação do crime de estupro de vulnerável, pois da forma como está previsto ocorre ofensa ao princípio da proporcionalidade. Uma alteração sugerida seria reduzir a idade para fins de aplicação do artigo 217-A do Código Penal, seja para treze ou doze anos, conforme previsão no projeto do novo Código Penal. Caso tal sugestão seja rechaçada, que se crie um subtipo de estupro de vulnerável, com pena menor, para os casos em que a vítima seja maior de doze e menor de quatorze anos e dê seu consentimento para o ato sexual.

Por derradeiro, insta lembrar que não se busca incentivar os crimes de estupro e estupro de vulnerável, mas precisa haver uma readequação da legislação brasileira e uma nova conceituação de pessoa vulnerável para fins penais, a fim de equilibrar o sistema repressivo.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Versão para eBook. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em: 08 jul 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. V. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 08 jul 2016.

_____. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 08 jul 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 256.402/PR. Impetrante: José Smarczewski Filho e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília: 05 de abril de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201202117611. Acesso em: 08 de julho de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 276.510-RJ. Impetrante: Sérgio Guimarães Riera e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília: 11 de novembro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201302916894. Acesso em: 08 jul 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.480.881/PI. Recorrente: Ministério Público do Estado do Piauí. Recorrido: A. R. de O. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília: 26 de agosto de 2015. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf. Acesso em: 08 jul 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 940.701/SP. Agravante: O. G. O. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília: 08 de março de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10696351>. Acesso em: 08 jul 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. V. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte especial. V. 3. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Jardiel Oliveira da. **6ª Turma do STJ afasta a interpretação no sentido de que qualquer crime de estupro de vulnerável seria de ação penal pública incondicionada**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/6a-turma-do-stj-afasta-a-interpretacao-no-sentido-de-que-qualquer-crime-de-estupro-de-vulneravel-seria-de-acao-penal-publica-incondicionada-informativo-no-553/>. Acesso em: 08 jul 2016.

MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi; RIBEIRO, Paulo Rennes Marçal. **Desfazendo mitos sobre a sexualidade e deficiências**. Disponível em: <http://www.bengalalegal.com/desfazendo-mitos>. Acesso em: 08 jul 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação criminal nº 70069288652, da Comarca de Butiá. Des. Lizete Andreis Sebben. Porto Alegre: 06 de julho de 2016. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70069288652%26num_processo%3D70069288652%26codEmenta%3D6847673+Apela%C3%A7%C3%A3o+Crime+N%C2%BA+70069288652+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70069288652&comarca=Comarca%20de%20Buti%C3%A1&dtJulg=06/07/2016&relator=Lizete%20Andreis%20Sebben&aba=juris. Acesso em: 08 jul 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação criminal nos Autos nº 0002304-62.2013.8.24.0166, da Comarca de Forquilha. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Florianópolis: 28 de junho de 2016. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=PRESUN%C7%C3O%20DE%20VIOL%CANCIA%20RELATIVA.%20AC%D3RD%C3O%20MANTIDO.&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAftqTAAJ&categoria=acordao_5. Acesso em: 08 jul 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. V. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.