



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Estupro de Vulnerável

Aline Treger

Rio de Janeiro
2010

ALINE TREGER

Estupro de Vulnerável

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a. Mônica C. F. Areal

Rio de Janeiro
2010

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Aline Treger

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo: A Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou de maneira significativa dispositivos do Código Penal, ao prever os chamados crimes contra a dignidade sexual, que na antiga redação eram denominados crimes contra os costumes. O artigo pretende abordar especificamente o delito de estupro de vulnerável, demonstrando a tipificação pelo Código Penal de 1940, assim como após a reforma introduzida pela Lei nº 12.015/09, para tanto será feita uma análise doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, e, ao final, uma abordagem crítica sobre a vulnerabilidade e o critério idade previsto no artigo 217-A, do Código Penal. Dessa maneira, neste artigo científico será feita uma análise desta questão recente, com escassa doutrina, mas de extrema relevância para o mundo jurídico e social, pois envolve a tutela da dignidade sexual da pessoa vulnerável, e, portanto, abrange direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, quais sejam: o direito à intimidade, à vida privada, à honra, e, fundamentalmente, à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chaves: Estupro. Vulnerável. Código Penal de 1940. Reforma. Lei nº 12.015/2009. Vulnerabilidade. Critério idade. Artigo 217-A do Código Penal.

Sumário: Introdução. 1. O estupro de vulnerável à luz do Código Penal de 1940. 2. A Lei nº 12.015/2009 e o delito autônomo de estupro de vulnerável. 3. A vulnerabilidade e o critério idade previsto no artigo 217-A do Código Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou de maneira significativa dispositivos do Código Penal, ao prever os chamados crimes contra a dignidade sexual, que na antiga redação eram denominados crimes contra os costumes. O trabalho ora proposto enfoca especificamente o artigo 217-A, do Código Penal, que representa o tipo penal autônomo denominado estupro de vulnerável, que foi criado pela referida Lei nº 12.015/2009. Dessa maneira, o que se pretende é demonstrar como o estupro de vulnerável era tratado pelo ordenamento jurídico, doutrina e jurisprudência, na égide do Código Penal de 1940, assim como, atualmente, após o advento da mencionada Lei nº 12.015/2009, quando foi erigido a delito autônomo, e, finalmente, será feita uma abordagem crítica acerca da vulnerabilidade e o critério idade previsto no artigo 217-A do Código Penal.

Busca-se despertar a atenção para a necessidade de proteção dos vulneráveis, bem como de o Direito acompanhar a evolução social, e, portanto, promover reformas que visem a atender aos anseios da sociedade, de forma a viabilizar a proteção de direitos fundamentais, especialmente quando se trata da dignidade da pessoa humana.

Objetiva-se demonstrar que as alterações introduzidas pela Lei nº 12.015/2009 no Código Penal, sobre estupro de vulnerável, foram positivas e que existe uma razão para a reforma. O que clama proteção, hoje, é a sexualidade humana e não mais a moral sexual, isso é, o legislador evidencia que a preocupação passou a ser com a dignidade da pessoa humana, com sua liberdade de escolha em matéria sexual, sem qualquer forma de violência, de modo que a violação a essa liberdade sexual corresponde a um delito contra a pessoa e não contra os costumes, como se considerava antes da reforma.

Ao longo do artigo serão analisados os seguintes tópicos: o estupro de vulnerável à luz do Código Penal de 1940; a Lei nº 12.015/2009 e o delito autônomo de estupro de vulnerável; e, ainda, a vulnerabilidade e o critério idade previsto no artigo 217-A do Código Penal. A metodologia utilizada será pautada na legislação, doutrina e jurisprudência.

Diante do exposto, restará avaliar se as alterações promovidas pela referida Lei nº 12.015/2009 no Código Penal, especificamente quanto ao estupro de vulnerável, foram capazes de resguardar-lhes a dignidade sexual. Ademais, se os objetivos do legislador estão sendo perseguidos, ou seja, se os direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à honra, e, fundamentalmente, à dignidade da pessoa humana vulnerável encontraram maior proteção com o advento dessa Lei nº 12.015/2009.

1. O ESTUPRO DE VULNERÁVEL À LUZ DO CÓDIGO PENAL DE 1940

O delito de estupro de vulnerável, no Código Penal de 1940, não estava previsto de forma autônoma. Na verdade, caso fosse praticada conjunção carnal contra vítima menor de catorze anos de idade, portadora de alienação ou debilidade mental, a conduta do sujeito ativo estaria tipificada no delito de estupro, previsto no artigo 213 combinado com o revogado artigo 224, ambos do Código Penal, pois nessa hipótese a violência seria presumida.

A figura típica do estupro, do artigo 213, do Código Penal, apresentava como elementos caracterizadores: a conduta de constranger mulher, a finalidade de praticar com ela conjunção carnal, e, ainda, o uso da violência ou grave ameaça. O núcleo do tipo, conforme

ensina Rogério Greco¹, é o verbo *constranger*, que no dispositivo legal é utilizado no sentido de obrigar a vítima a praticar o ato sexual. Trata-se, segundo o autor, de modalidade especial de constrangimento ilegal, praticado com a finalidade de que o agente tenha sucesso no ato carnal.

É fundamental destacar que, de acordo com a Lei Penal de 1940, o crime de estupro somente restaria caracterizado quando a conduta fosse praticada contra pessoa do sexo feminino. Observa-se, portanto, que o sujeito passivo desse delito somente poderia ser mulher e o sujeito ativo apenas pessoa do sexo masculino. Sendo assim, o crime ocorreria tão somente em relações heterossexuais, quando houvesse conjunção carnal, isso é, com a penetração do pênis do homem na vagina da mulher, é o chamado coito vaginal.

O emprego da violência ou grave ameaça também eram elementares do tipo. Ora, era imprescindível a configuração da violência ou grave ameaça durante a conjunção carnal praticada contra uma mulher para que houvesse a caracterização do estupro. O que revelava o tipo era a prática do ato carnal, sem o consentimento da vítima, ou seja, de maneira forçada, com emprego de violência ou grave ameaça. Nesse sentido, seguem comentários de Damásio de Jesus²:

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos penais a liberdade carnal pode ser violada mediante o emprego de violência (física ou moral) ou de fraude. Em qualquer das hipóteses haverá o comprometimento da vontade do sujeito passivo, que estará praticando atos sexuais (normais ou anormais) sem a eles emprestar seu consentimento. Para a caracterização dos delitos é indispensável a violência (física ou moral) ou a fraude, sem o que o fato será penalmente indiferente ou não se constituirá em crime contra a dignidade sexual.

Ressalte-se, contudo, que a violência a que se referia o dispositivo legal do Código Penal de 1940 poderia ser real ou presumida. A violência real seria a força física utilizada contra a vítima, resultando ou não em lesão corporal, enquanto a violência

¹ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Niterói: Impetus, 2008. p. 901.

² JESUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Especial*. Dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125.

presumida restaria configurada nos casos em que a conjunção carnal fosse praticada contra vítima incapaz de consentir com os atos praticados.

Na lição de Luiz Regis Prado³, a presunção de violência nos crimes sexuais, chamada de violência ficta, revelava a grande preocupação do legislador com aquelas pessoas que não possuem capacidade de consentir, manifestar dissenso, ou mesmo, compreender os atos da vida. O autor, inclusive, revela que essa preocupação existia desde a Idade Média, quando se concluiu que tais pessoas não são capazes de emitir vontade, como pode ser visto a seguir, em trecho de sua obra que abaixo se transcreve:

A presunção de violência em tais delitos, notadamente no que tange àqueles perpetrados contra menores de idade e doentes mentais, está lastreada nos estudos práticos da Idade Média. Nessa época Carpzovio, com base em duas passagens de Digesto, uma de Pompônio, que dizia que os dementes e interditos têm vontade nula, e outra de Celso, que afirmava que o pupilo nem quer, nem deixa de querer, dissente; logo, os atos libidinosos praticados contra os menores e doentes mentais têm caráter violento, o que motivou a inserção dessa presunção em várias legislações penais.

Ademais, ainda de acordo com Luiz Regis Prado⁴, foi o Código de 1890, a primeira legislação brasileira a prever a presunção de violência, quando em seu artigo 272, estabelecia que era ficta a violência quando o ato sexual fosse praticado contra vítima menor de dezesseis anos. Prossegue narrando o autor, que o Código Penal de 1940, na redação do revogado artigo 224, manteve este critério de presunção de violência, mas reduziu a idade da vítima para catorze anos e incluiu as pessoas portadoras de alienação ou debilidade mental.

Com efeito, vale frisar que a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais, a partir da década de 1980, começaram a divergir se a presunção de violência prevista no artigo 224, “a”, do Código Penal, seria absoluta ou relativa. O autor Rogério Greco⁵ aduz que, em muitos casos, os Tribunais passaram a entender como relativa essa presunção de violência, ao

³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V. 2: parte especial, arts. 121 a 249. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 622.

⁴ PRADO. *IBIDEM*. p. 622.

⁵ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 4 ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 614.

argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia modificado significativamente, e os menores de catorze anos não exigiam a mesma proteção daqueles que viveram quando o Código Penal de 1940 fora editado.

A observação feita por Rogério Greco, de fato, procede, sendo certo que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça⁶, a exemplo, consagrou orientação no sentido de que a presunção de violência contida no artigo 224, “a”, do Código Penal, deveria ser relativizada diante de cada situação concreta, e, assim, passou a admitir que se afastasse a violência caso comprovada a existência de relação afetivo-sexual, como pode ser visto a seguir, no acórdão que abaixo se transcreve:

RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA FIRMADA EM 1 ANO E 5MESES MAIS O AUMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PASSADOS MAIS DE QUATRO ANOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRESCRIÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO CONCRETA A AFASTAR A HIPÓTESE DELITIVA. RELACIONAMENTO QUE DUROU POR MAIS DE DOIS ANOS. PROVA SEDIMENTADA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. RELACIONAMENTO AMOROSO. É de rigor, conforme previsão do art. 61 do CPP, o reconhecimento da prescrição, a qualquer tempo do processo, quando se observa que o prazo prescricional, contextualizado em quatro anos, já restou alcançado desde o ano de 2008. Em recentes decisões da Sexta Turma (HC 88.664/GO e RESP 403.615/MG), restou afirmado que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, “a”, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de relação afetivo-sexual. No caso dos autos, restou firmado pela prova colhida na instância ordinária que a menor tinha o Recorrente como um caso amoroso, cujo desenvolvimento fazia questão de deixar claro a amigas próximas que a indagavam sobre o fato. Inexistindo, portanto, a prova de que os fatos derivaram de violência por parte do réu, mas se desenrolaram ao longo do tempo para uma relação amorosa, inclusive permeada depois por reiteradas relações sexuais, é de se afastar a violência presumida e permitir a absolvição do acusado. Recurso especial conhecido em parte e provido para absolver o réu do crime de atentado violento ao pudor, declarando-se a prescrição superveniente quanto ao crime de corrupção de menores.

Ocorre que apesar desse entendimento acima exposto, consagrado pela Sexta Turma, o Superior Tribunal de Justiça⁷, seguindo orientação predominante no Supremo

⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 804999 / SC. RECURSO ESPECIAL 2005/0209761-1. Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 10/11/2009. Data da Publicação/Fonte DJe: 01/02/2010.

⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1021634 / SP. RECURSO ESPECIAL 2008/0003201-1. Relator Ministro JORGE MUSSI. Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 14/09/2010. Data da Publicação/Fonte DJe 04/10/2010.

Tribunal Federal, firmou entendimento majoritário no sentido de que a presunção de violência prevista no artigo 224, do Código Penal de 1940, seria absoluta, como pode ser visto pelo seguinte acórdão da Quinta Turma:

PENAL. ESTUPRO CONTRA MENORES DE 14 (QUATORZE) ANOS. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/09. VIOLÊNCIA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÃO E CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos é irrelevante para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, 'a', do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta. 2. No caso, a experiência sexual da vítima e seu consentimento com o ato sexual, não afasta a ocorrência do crime. 3. Ressalva do entendimento deste relator, no sentido de que tal presunção de violência é de natureza relativa. 4. Recurso provido para reconhecer a natureza absoluta da presunção de violência e, assim, determinar que o Tribunal a quo prossiga no julgamento da apelação.

Sendo assim, em síntese, a discussão que se travou passou a ser se a referida presunção de violência teria natureza relativa, e, desse modo, poderia ser afastada diante de situação concreta, considerando o comportamento sexual da vítima, sua vida social, dentre outros fatores, ou de natureza absoluta, isso é, sem que seja possível o afastamento. O citado autor Rogério Greco⁸, afirma que sempre defendeu que a presunção de violência seria absoluta, pois, para ele, não existe dado mais objetivo do que a idade. É de extrema relevância, inclusive, a abordagem feita pelo autor, *in verbis*:

Assim, não se justificam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas. Não conseguiam entender, permissa vêniam, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (catorze) anos, por mais que tivessem uma vida desregrada sexualmente, não eram suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais. Suas personalidades ainda estavam em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado.

⁸ GRECO. Op. Cit. p. 614.

É interessante mencionar que existe outra divergência doutrinária e jurisprudencial importante sobre o tema em questão, que se cinge em saber se o delito de estupro praticado contra vulnerável, sem violência ou grave ameaça, deveria ser considerado ou não crime hediondo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁹ firmou entendimento no sentido de que nas hipóteses de estupro, seja na forma simples ou qualificada, o crime é sim hediondo e não há *bis in idem* tipificar o crime de estupro pela violência presumida nos termos do art. 224 do Código Penal e também como causa de aumento de pena consoante dispõe o art. 9º da Lei 8.072/1990, como pode ser visto a seguir, no acórdão que abaixo se transcreve:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DE DEFENSOR DATIVO PARA APRESENTAÇÃO DE CONTRARRAZÕES. ART. 370, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM. ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 9º DA LEI 8.072/1990. ORDEM DENEGADA. I - A intimação do defensor dativo para apresentação de contrarrazões ao recurso especial ocorreu em data anterior à publicação da Lei 9.271/1996, o que, pela aplicação do princípio do tempus regit actum, exclui a obrigatoriedade da intimação pessoal do defensor dativo. II - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o crime de estupro, tanto na sua forma simples como na qualificada é crime hediondo. Precedentes. III - Não há bis in idem no fato de a idade da vítima ser levada em conta para tipificar o crime de estupro pela violência presumida nos termos do art. 224 do Código Penal e também como causa de aumento de pena consoante dispõe o art. 9º da Lei 8.072/1990. IV - Inexistindo nulidade ou ilegalidade flagrante a ser sanada, não se pode admitir o habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, ante a verificação do trânsito em julgado do acórdão que tornou definitiva a condenação. V - Ordem denegada.

Por outro lado, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁰, no dia 1º de outubro de 2009, mudou seu posicionamento, a partir do julgamento do *Habeas Corpus* 88.664/GO, para que não mais se considerassem hediondos os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados antes da Lei nº 12.015/2009, quando cometidos mediante

⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 97788 / SP - SÃO PAULO. *HABEAS CORPUS*. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 25/05/2010. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010. EMENT VOL-02407-02 PP-00403.

¹⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 128648 / RJ. *HABEAS CORPUS* 2009/0027603-3. Relator: Ministro OG FERNANDES. Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 01/10/2009. Data da Publicação/Fonte DJe 03/11/2009.

violência presumida. Nesse sentido, veja acórdão proferido no julgamento do HC 128.648, daquele E. Tribunal Superior:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/09. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. NECESSIDADE DE APREENSÃO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. 1. A partir do julgamento do Habeas Corpus nº 88.664/GO, houve uma mudança no entendimento da Sexta Turma, para que não mais se considerassem hediondos os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados antes da Lei nº 12.015/09 quando cometidos mediante violência presumida. 2. "A não aplicação da agravante da reincidência evidencia a violação ao artigo 61, I, do Código Penal, pois inexistente a inconstitucionalidade do dispositivo que a prevê. O simples reconhecimento da reincidência não importa em bis in idem, porquanto tão-só visa reconhecer maior censurabilidade à conduta de quem reitera a prática infracional, após o trânsito em julgado da sentença em que anteriormente foi condenado." (AgRg no REsp 916657/RS, Relatora Desembargadora convocada Jane Silva, DJ de 28.4.08). 3. Prevalece o entendimento na Sexta Turma desta Corte de que, para incidir a majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, é indispensável a apreensão da arma, com a posterior perícia a fim de se constatar sua potencialidade lesiva. 4. Ordem parcialmente concedida para, de um lado, afastar a hediondez do crime de atentado violento ao pudor; de outro, afastando da condenação referente ao roubo o acréscimo decorrente do emprego de arma, reduzir as penas recaídas sobre o paciente de 14 (quatorze) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa para 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 18 (dezoito) dias-multa, mantido, no mais, o acórdão de apelação.

Dessa maneira, feitas essas considerações mais relevantes sobre o tratamento do delito de estupro contra vítima vulnerável, à luz do Código Penal de 1940, é possível concluir que, ainda que não houvesse previsão do crime de forma autônoma, o legislador revelou grande preocupação em conferir maior proteção às pessoas menores de catorze anos de idade, portadoras de alienação ou debilidade mental, quando vítimas deste delito tão repudiável e grave que é o estupro.

Sendo assim, toda vez que menores de catorze anos de idade, portadores de alienação ou debilidade mental fossem vítimas do crime de estupro, por força da presunção de violência prevista no artigo 224, "a", do Código Penal, o agente sofreria sanção mais severa, ressalvadas algumas hipóteses excepcionais em que tal presunção poderia ser afastada, considerando aspectos peculiares do caso, como o comportamento sexual da vítima e sua vida

social, mas, de qualquer maneira, apenas se fosse adotado o entendimento de que a presunção de violência seria relativa e não absoluta.

2. A LEI Nº 12.015/2009 E O DELITO AUTÔNOMO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O Título VI, do Código Penal de 1940, segundo Damásio de Jesus¹¹, sofreu profunda alteração com o advento da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, que passou a denominar os “crimes contra os costumes” de “crimes contra a dignidade sexual”, promoveu a fusão de tipos penais, e, ainda, introduziu novas modalidades de delitos.

A mudança na referida nomenclatura do Título VI, do Código Penal, demonstra que houve uma alteração no bem jurídico tutelado. Isso porque, antes da reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009, o que se protegia era a moral sexual, e, justamente por isso, o título se referia aos crimes contra os costumes. Não obstante, hoje, com o advento dessa Lei nº 12.015/2009, o que clama proteção é a sexualidade humana, ou seja, a preocupação do legislador passou a ser com a dignidade da pessoa humana, com sua liberdade sexual, sem qualquer forma de violência, exatamente como ensina o autor Damásio de Jesus¹²:

A expressão escolhida, em nosso sentir, foi oportuna e se encontra em sintonia com o Texto Maior. Deveras, o Direito Penal não se volta à proteção de regras puramente morais ou éticas, mas notadamente à defesa de bens jurídicos (concepção dominante). Ao tratar nosso Código de crimes contra a ‘dignidade sexual’, fica claro que se busca garantir a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual, a salvo de exploração, a intangibilidade ou indenidade sexual, além do pleno e sadio desenvolvimento da personalidade, no que se refere à sexualidade do indivíduo.

¹¹ JESUS, Damásio. Op. Cit. p. 121..

¹² JESUS. IBIBEM. p. 122.

A alteração na nomenclatura do Título VI, do Código Penal, teve a intenção de promover uma melhor adequação da Lei Penal com a Constituição Federal de 1988, já que o bem jurídico tutelado passou a ser, fundamentalmente, a dignidade da pessoa humana. Ora, a Constituição Federal de 1988 rompeu com a ordem jurídica anterior e passou a compartilhar os direitos humanos internacionalmente consagrados. O princípio da dignidade da pessoa humana veio previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 e passou a ser o grande foco do Estado Democrático de Direito. Assim, nada mais razoável que o Código Penal de 1940 se amoldasse aos novos parâmetros constitucionais, consagrando, da mesma forma, este grandioso princípio.

De qualquer maneira, conforme explicitado no capítulo anterior, quando se falava sobre o delito de estupro de vulnerável à luz do Código Penal de 1940, não existia previsão de delito autônomo. Na verdade, vale repetir que o ato sexual praticado com vítima menor de catorze anos, portadora de enfermidade ou deficiência mental, configurava o delito previsto no artigo 213, com violência presumida, na forma do artigo 224, ambos do Código Penal. Ademais, restou demonstrada a controvérsia que se travava na doutrina e jurisprudência sobre a natureza dessa presunção de violência do artigo 224, do Código Penal, se seria absoluta ou relativa.

Ressalte-se, porém, que a citada Lei nº 12.015/2009, revogou expressamente o artigo 224, do Código Penal e criou o tipo penal autônomo estupro de vulnerável, disposto no artigo 217-A, do Código Penal, que possui a seguinte redação:

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.

Com efeito, é preciso esclarecer que as pessoas vulneráveis são aquelas indicadas pelo legislador na redação do próprio artigo 217-A, do Código Penal, que veda a conjunção carnal ou prática de qualquer outro ato libidinoso com menores de catorze anos de idade, e, nos termos do § 1º, deste mesmo dispositivo legal, incorre na mesma pena, aquele que pratica essas ações com pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui o necessário discernimento para a prática de tais atos, ou que por qualquer outro motivo não possa oferecer resistência.

A vulnerabilidade, aduz Luiz Regis Prado¹³, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade. Desse modo, é possível inferir que o legislador quis proteger àquelas pessoas que não possuem discernimento para compreender ou mesmo oferecer resistência sobre ato que atinja sua dignidade ou liberdade sexual.

Assim, em síntese, o legislador classificou como vulneráveis as pessoas menores de catorze anos de idade, portadoras de enfermidade ou deficiência mental, que não possuam o necessário discernimento para a prática de atos sexuais, e, ainda, as pessoas que por qualquer outro motivo não possam oferecer resistência.

¹³ PRADO. Op. Cit. p. 624.

Na doutrina, o autor Rogério Greco¹⁴, ensina que as pessoas com enfermidade ou deficiência mental que o legislador pretende proteger no tipo penal autônomo de estupro de vulnerável são apenas aquelas inimputáveis, indicadas no artigo 26, do Código Penal. Sendo assim, considera-se vulnerável a pessoa com enfermidade ou deficiência mental que não tenha discernimento para a prática do ato sexual.

Já foi mencionado que além das pessoas menores de catorze anos e daquelas com enfermidade ou deficiência mental, também poderá ser sujeito passivo do delito de estupro de vulnerável a vítima que não puder, por qualquer outra causa, oferecer resistência a ato atentatório à sua liberdade sexual. Assim, a Exposição de Motivos do Código Penal, no item 70, traz uma série de situações que podem caracterizar esta impossibilidade de oferecer resistência, e, além disso, vale dizer que pouco importa se a vítima já estava nesta situação ou se assim fora colocada pelo agente.

Os bens jurídicos tutelados pelo delito de estupro de vulnerável são a liberdade e dignidade sexuais, bem como o desenvolvimento sexual. O sujeito ativo somente poderá ser homem, quando a conduta praticada pelo agente for a conjunção carnal, e, caso seja praticado qualquer outro ato libidinoso, o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa. O sujeito passivo, conforme já mencionado, poderá ser pessoa menor de catorze anos, pessoa com enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para à prática atos sexuais, ou que por qualquer outro motivo não possa oferecer resistência.

O núcleo do tipo é o verbo “ter”, de modo que basta a ocorrência da conjunção carnal ou ato libidinoso com as pessoas descritas no artigo 217-A, do Código Penal, para a caracterização do delito, sem que se exija que a conduta seja praticada mediante violência ou grave ameaça. No entanto, o dolo é o elemento subjetivo necessário para a caracterização deste tipo penal, que não admite modalidade culposa. Assim, é preciso que o agente,

¹⁴ GRECO. Op. Cit. p. 616-617.

obrigatoriamente, tenha conhecimento da condição de vulnerabilidade da vítima, pois, caso contrário, poderá alegar erro de tipo, o que conduziria à atipicidade, ou, à desclassificação para o delito de estupro do art. 213, do Código Penal.

Na lição de Luiz Regis Prado¹⁵, com acerto, o legislador atual eliminou a figura da presunção de violência ao criar o delito autônomo de estupro de vulnerável. O autor Rogério Greco¹⁶, partilha dessa mesma posição, e acrescenta que não há mais que se discutir sobre a natureza da presunção de violência, ou seja, se absoluta ou relativa. Para o autor, com a criação do delito autônomo de estupro de vulnerável, o legislador reforça a idéia de que existe uma presunção absoluta de violência, pautada no critério objetivo da idade. Por tais razões, sustenta que em razão da situação de vulnerabilidade da vítima, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima de estupro for menor de catorze anos de idade, como pode ser visto a seguir:

Hoje, com louvor, visando acabar de vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, o delito que se convencionou de estupro de vulnerável, justamente para identificara situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (catorze) anos (pelo menos é o que se espera)¹⁷.

Observe-se, porém, que Guilherme de Souza Nucci¹⁸, diverge desse posicionamento, pois, para o autor, mesmo com a criação de um tipo penal autônomo, a discussão que existia sobre a natureza da presunção de violência subsiste, mas agora em relação à vulnerabilidade, de modo que para ele será possível considerar relativa a vulnerabilidade em casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual.

¹⁵ PRADO. Op. Cit. p. 622.

¹⁶ GRECO. Op. Cit. p. 614.

¹⁷ GRECO. IBIDEM. p. 614.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 37.

Não se pode deixar de mencionar, que nos §§ 3º e 4º, do artigo 217-A, do Código Penal, existe previsão de duas modalidades qualificadas do delito de estupro de vulnerável, quais sejam: se a conduta resultar lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima. Rogério Greco¹⁹, contudo, ressalva que tais resultados somente qualificarão a infração penal se forem imputados ao agente à título de culpa, cuidando-se, outrossim, de crimes eminentemente preterdolosos. Isso porque, se houver dolo em praticar lesão corporal de natureza grave ou morte, o agente responderá por tais crimes, de forma autônoma.

É interessante destacar também que, ao ser abordado o estupro de vulnerável antes do advento da Lei nº 12.015/2009, foi apresentada uma controvérsia que se referia à hediondez do crime quando praticado sem violência ou grave ameaça. Frise-se, contudo, que a controvérsia não subsiste após a Lei nº 12.015/2009, que expressamente incluiu o delito do artigo 217-A, do Código Penal, no rol dos crimes hediondos.

Destaca-se, que com a criação do tipo penal do artigo 217-A, do Código Penal, o legislador unificou em um só tipo penal o atentado violento ao pudor e o estupro, que na antiga redação, eram dois delitos autônomos. Não obstante, entende o Superior Tribunal de Justiça²⁰ que o estupro de vulnerável é um delito misto acumulado e não misto alternativo, e, por esta razão, qualquer outro ato de penetração realizado, diverso da conjunção carnal implicará o reconhecimento de diversas condutas delitivas, sendo inviável o reconhecimento de continuidade delitiva, como pode ser visto a seguir:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. EXPERIÊNCIA DAS VÍTIMAS. CRIME HEDIONDO. LEI Nº 12.015/2009. ARTS. 213 E 217-A DO CP. TIPO MISTO ACUMULADO. CONJUNÇÃO

¹⁹ GRECO. Op. Cit. p. 619.

²⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 104724 / MS. HABEAS CORPUS 2008/0085502-3. Relator: Ministro JORGE MUSSI. Relator p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER. Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 22/06/2010. Data da Publicação/Fonte: DJe 02/08/2010. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 78667 / SP. HABEAS CORPUS 2007/0053406-5. Relatora: Ministra LAURITA VAZ. Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 22/06/2010. Data da Publicação/Fonte: DJe 02/08/2010.

CARNAL. DEMAIS ATOS DE PENETRAÇÃO. DISTINÇÃO CRIMES AUTÔNOMOS. SITUAÇÃO DIVERSA DOS ATOS DENOMINADOS DE PRAELUDIA COITI. CRIME CONTINUADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. I - O exame do v. acórdão vergastado evidencia a existência de provas suficientes para amparar o juízo condenatório alcançado em primeiro grau. Ademais, não se admite, na via eleita, que se proceda a nova dilação probatória. II - O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal. III - Na linha da jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso constituem-se os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor (na antiga redação), ainda que perpetrados em sua forma simples em crimes hediondos, submetendo-se os condenados por tais delitos ao disposto na Lei nº 8.072/90. IV - A reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009 unificou, em um só tipo penal, as figuras delitivas antes previstas nos tipos autônomos de estupro e atentado violento ao pudor. Contudo, o novel tipo de injusto é misto acumulado e não misto alternativo. V - Desse modo, a realização de diversos atos de penetração distintos da conjunção carnal implica o reconhecimento de diversas condutas delitivas, não havendo que se falar na existência de crime único, haja vista que cada ato - seja conjunção carnal ou outra forma de penetração - esgota, de per se, a forma mais reprovável da incriminação. VI - Sem embargo, remanesce o entendimento de que os atos classificados como praeludia coiti são absorvidos pelas condutas mais graves alcançadas no tipo. VII - Em razão da impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de conjunção carnal e atos diversos de penetração, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre referidas figuras. Ordem denegada.

*

*

*

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES EM CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO. CUMULAÇÃO DAS PENAS. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.º, § 2.º DA LEI N.º 8.072/90. 1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural" (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916). 2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei. 3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal. Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro – classificável como praeludia coiti – e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral. 4. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, afastou-se do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional. 5. Ordem parcialmente concedida, apenas para afastar o regime integralmente fechado de cumprimento de pena.

Feitas essas considerações mais importantes sobre o tema, conclui-se que a idéia do legislador com a Lei nº 12.015/2009 é a proteção das pessoas mais vulneráveis, que não possuem capacidade de manifestar vontade própria, e, assim, estão impossibilitadas de resistir ou consentir com a prática de atos sexuais, que são especialmente graves, já que afetam direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, tais como: intimidade, vida privada, honra, e, especialmente, a dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.015/2009, que dentre elas criou o delito autônomo de estupro de vulnerável, houve uma maior adequação do Código Penal com a Constituição Federal de 1988, pois a lei penal passou a proteger de forma mais incisiva a liberdade e dignidade sexual, reforçando a faculdade de livre escolha ou livre consentimento nas relações sexuais. Trata-se de verdadeiro direito à possibilidade que as pessoas devem ter de dispor do próprio corpo, selecionar seus parceiros sexuais e praticar livremente os atos sexuais, sem qualquer tipo de constrangimento que possa ameaçar ou lesar direitos fundamentais.

3. A VULNERABILIDADE E O CRITÉRIO IDADE PREVISTO NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

O legislador, acertadamente, com a Lei nº 12.015/2009, evidencia a necessidade e preocupação de conferir maior proteção às pessoas vulneráveis, especificamente, no que tange à dignidade sexual, para garantir a preservação de direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana.

A realidade demonstra que, de fato, pessoas menores de catorze anos de idade, portadoras de enfermidade ou deficiência mental, que não possuam o necessário

discernimento para a prática de atos sexuais, ou, ainda, àquelas que por qualquer outro motivo não possam oferecer resistência, são mais frágeis, e, portanto, necessitam de maior proteção.

A criação de um delito autônomo, denominado estupro de vulnerável, se propõe justamente a punir de maneira mais severa aqueles que atentem ou violem contra a dignidade sexual de pessoas que comprovadamente não possuem discernimento para compreender ou mesmo oferecer resistência sobre ato que atinja sua dignidade ou sua liberdade sexual.

Passa-se a analisar neste momento o tema da vulnerabilidade e o critério idade previsto no artigo 217-A, do Código Penal, uma vez que este parece ser o tema mais polêmico sobre o assunto, pois se trava forte discussão se a vulnerabilidade de tais pessoas seria relativa ou absoluta, tal como se discutia quanto à presunção de violência, inculpada no revogado artigo 224, do Código Penal de 1940.

Grandes nomes da doutrina, como Luiz Régis Prado²¹ e Rogério Greco²², entendem que a vulnerabilidade é absoluta, e, assim, jamais poderia ser afastada, considerando o caráter objetivo do critério idade previsto em Lei. Dessa maneira, para esta corrente doutrinária, estupro ou qualquer ato libidinoso praticado contra menores de catorze anos de idade, sempre será tipificado como estupro de vulnerável, com previsão no art. 217-A, do Código Penal. Por outro lado, há quem sustente na doutrina, como é o caso de Guilherme de Souza Nucci²³, que essa vulnerabilidade seria relativa, podendo ser afastada diante de situações concretas, avaliando-se o grau de conscientização do adolescente para a prática do ato sexual.

A grande controvérsia, na verdade, surge em relação ao adolescente com treze ou catorze anos de idade, uma vez que, dentro do atual contexto social, é notório que a iniciação sexual ocorre mais cedo, e, portanto, para aqueles que sustentam que a

²¹ PRADO. Op. Cit. p. 622.

²² GRECO. Op. Cit. p. 614.

²³ NUCCI. Op. Cit. p. 37-38.

vulnerabilidade seria relativa, não seria possível admitir, em todos os casos, de forma absoluta, que um adolescente que pratique algum ato sexual ou libidinoso seja vítima de estupro.

Para os defensores da vulnerabilidade relativa, se restar demonstrado, diante de um caso concreto, que o adolescente praticou ato sexual por livre e espontânea vontade, fruto de algum tipo de relação afetiva, sem que houvesse qualquer ato de violência, não seria razoável tipificar a conduta de seu parceiro na regra do artigo 217-A, do Código Penal, ou, ainda, qualificar este adolescente como vítima de estupro de vulnerável, pois, nesta hipótese, não restaria caracterizada a vulnerabilidade, já ele tinha total consciência do ato praticado.

Ressalte-se, porém, que não se pode negar que um dos objetivos do legislador, com a Lei nº 12.015/2009, foi criar o delito autônomo de estupro de vulnerável a fim de proteger àquelas pessoas que não possuem discernimento para compreender ou mesmo oferecer resistência sobre ato que atinja a dignidade ou liberdade sexual. Sendo assim, se a situação concreta revelar que o adolescente entre doze e catorze anos de idade agiu de forma livre e consciente, com pessoa com quem mantém relacionamento afetivo, ainda assim, a conduta de seu parceiro sexual deverá ser qualificada como estupro de vulnerável.

Ora, os menores de catorze anos de idade estão em pleno desenvolvimento físico e psíquico, e, justamente por isso, ainda que tenham tido uma iniciação sexual precoce, ou mesmo que se trate de menor prostituído, cabe ao Poder Judiciário, com base na Lei Penal, punir de forma severa aquele que se aproveitou desta situação. A idéia mais razoável seria de amparo destas crianças e adolescentes, verdadeiras vítimas da sociedade, e não de incentivo a uma iniciação sexual precoce, uma vez que um menor de catorze anos, seja qual for sua realidade, não possui discernimento para a prática de atos que atinjam sua dignidade sexual.

Observe-se, contudo, que existem duas situações excepcionais que admitem a não incidência da imputação do delito de estupro de vulnerável quando a vítima for menor de

catorze anos de idade, que são os casos em que o parceiro sexual age em erro de tipo ou na hipótese de o parceiro ser também menor de idade.

O parceiro sexual de menor de catorze anos de idade agiria em erro de tipo quando, por exemplo, praticasse ato sexual ou libidinoso com jovem que qualquer homem médio fosse capaz de confundir com pessoa maior e capaz, seja por questões físicas ou mesmo numa situação hipotética em que a adolescente se apresentasse como se fosse maior. É evidente que em tais situações, na forma do art. 20, do Código Penal, haveria exclusão do dolo, e, conseqüentemente, não restaria caracterizado o delito autônomo de estupro de vulnerável.

A outra situação excepcional seria a hipótese de o parceiro sexual de um menor de catorze anos de idade ser também pessoa vulnerável. O legislador, conforme exaustivamente narrado, ao criar o tipo penal estupro de vulnerável, pretendeu proteger àqueles que não possuem discernimento para praticar atos sexuais, e, assim, não seria razoável punir eventual sujeito ativo que também seja vulnerável. Nessa linha, veja a seguir trecho de texto escrito pela autora Cristiane Dupret²⁴, que sustenta com base na proporcionalidade que não deve o vulnerável responder por ato infracional análogo ao estupro, já que ele também não tem capacidade de compreensão do ato:

Entendemos que a lei visa tutelar direito específico do vulnerável, que pode ser explorado sexualmente por pessoa que possua plena capacidade de entendimento de seus atos. Se o ato libidinoso ocorre entre dois adolescentes (dos 12 anos completos até antes de completar 14 anos), entendemos que não deve o vulnerável responder por ato infracional análogo ao estupro. Afinal, se o legislador está se utilizando de uma ficção jurídica, de que o vulnerável pela idade jamais terá capacidade de discernimento, não se pode admitir que seja valorada uma capacidade parcial de forma que permita a aplicação de uma das medidas sócio-educativas previstas no art. 112 do ECA. Não se pode fazer com que esse casal de adolescentes seja respectivamente, sujeito ativo e passivo do art. 217 A. Isso subverteria a sistemática da tutela de proteção empregada. Haveria ofensa à proporcionalidade, por caracterizar excesso arbitrário, permitir a aplicação de medida ao próprio vulnerável, pois a lei estabeleceu que ele não possui discernimento para a prática do ato sexual, não podendo, portanto, ser punido pela prática com outro vulnerável. Sendo assim, entendemos que o crime em tela somente pode ser praticado por maior de 14 anos,

²⁴ DUPRET, Cristiane. Disponível em: <http://www.cristianedupret.com.br/components/com_agora/img/members/1/adendo-manual-Lei-12015-Atual.pdf>. Acessado em: 02 de novembro de 2010.

pois para esta idade, o legislador conferiu certa possibilidade de discernimento, o que podemos conferir inclusive com a descriminalização da antiga conduta do art. 218. Atualmente, a tutela sexual a partir dos 14 anos apenas se volta com o fim de prostituição ou exploração sexual.

Feitas essas considerações, não parece razoável admitir que o Magistrado, diante de situações concretas, faça uma análise casuística e avalie as circunstâncias do caso para afastar a vulnerabilidade. O critério idade do art. 217-A, do Código Penal, é sim objetivo, de modo que praticado ato sexual ou libidinoso contra vítima menor de catorze anos de idade deverá o parceiro sexual responder pelo delito autônomo de estupro de vulnerável, ressalvados apenas os casos de erro de tipo ou de o agente ser também pessoa vulnerável.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por finalidade maior apresentar as alterações introduzidas pela Lei nº 12.015/2009 no Código Penal de 1940, ao prever os chamados crimes contra a dignidade sexual, e, especificamente, o delito autônomo de estupro de vulnerável. O foco da pesquisa foram as principais discussões sobre o assunto, com análise da doutrina e jurisprudência pertinentes, para que então fosse possível averiguar a verdadeira intenção do legislador quando promoveu esta significativa alteração.

Destacou-se que a mudança no bem jurídico tutelado foi extremamente importante, pois, de fato, hoje, o que merece proteção é a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal de 1988, e não mais a moral social. O Direito deve sempre acompanhar a mobilidade social, e, portanto, dentro do atual contexto da sociedade não se justificava a proteção apenas dos costumes, sendo fundamental a tutela da dignidade e liberdade sexuais.

O fato de o legislador, com a Lei nº 12.015/2009, ter criado um delito autônomo de estupro de vulnerável, que prevê sanção mais severa para aqueles que praticarem conjunção carnal ou atos libidinosos com pessoas instituídas em lei como vulneráveis, se revela como forma de trazer maior proteção aos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à honra, e, fundamentalmente, à dignidade da pessoa humana.

As pessoas devem ter liberdade para dispor do próprio corpo, selecionar seus parceiros sexuais e praticar livremente os atos sexuais, sem qualquer tipo de constrangimento que possa ameaçar ou lesar direitos fundamentais. As pessoas vulneráveis, por sua vez, precisam de maior proteção, já que não possuem capacidade plena para praticar atos da vida civil, não são capazes de compreender atos sexuais e estão impossibilitadas de resistir ou consentir com a prática de atos sexuais.

Observa-se, que as alterações introduzidas pela Lei nº 12.015/2009 são ainda recentes, mas trazem grande impacto para o Direito. Algumas discussões e controvérsias doutrinárias desapareceram, mas novos debates se iniciam, como a discussão acerca da vulnerabilidade e o critério idade previsto no artigo 217-A do Código Penal.

Diante de todos os argumentos aqui expostos, resta claro que a Lei nº 12.015/2009 promoveu significativa mudança no Código Penal e trouxe benefícios às pessoas vulneráveis, que realmente merecem maior proteção no âmbito jurídico. A jurisprudência e doutrina sobre o tema são escassas, mas não há dúvidas de que aqueles que atentem contra a dignidade sexual dos mais vulneráveis obviamente merecem sofrer punição mais severa, sem que isso exclua a possibilidade de o Magistrado, diante de uma situação concreta, avaliar as duas situações excepcionais que afastariam a aplicação do art. 217-A, do Código Penal, isto é, casos de erro de tipo ou quando o agente for também pessoa vulnerável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 804999 / SC. RECURSO ESPECIAL 2005/0209761-1. Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 10/11/2009. Data da Publicação/Fonte DJe: 01/02/2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1021634 / SP. RECURSO ESPECIAL 2008/0003201-1. Relator Ministro JORGE MUSSI. Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 14/09/2010. Data da Publicação/Fonte DJe 04/10/2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 97788 / SP - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 25/05/2010. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010. EMENT VOL-02407-02 PP-00403.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 128648 / RJ. HABEAS CORPUS 2009/0027603-3. Relator: Ministro OG FERNANDES. Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 01/10/2009. Data da Publicação/Fonte DJe 03/11/2009.

DUPRET, Cristiane. Disponível em: <http://www.cristianedupret.com.br/components/com_agora/img/members/1/adendo-manual-Lei-12015-actual.pdf>. Acessado em: 02 de novembro de 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados*/Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha; Valerio de Oliveira Mazzuolli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Niterói: Impetus, 2008.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 4 ed. Niterói: Impetus, 2010.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Especial. Dos crimes contra a propriedade imaterial e dos crimes contra a paz pública*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 2: parte especial, arts. 121 a 249. 8 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.