



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

APLICAÇÃO DO CONCEITO DE COCULPABILIDADE NOS CRIMES CONTRA A  
LIBERDADE SEXUAL

Walter Lima Sales de Santana

Rio de Janeiro  
2017

WALTER LIMA SALES DE SANTANA

APLICAÇÃO DO CONCEITO DE COCULPABILIDADE NOS CRIMES CONTRA A  
LIBERDADE SEXUAL

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professora orientadora:  
Ana Lúcia da Costa Barros

Rio de Janeiro  
2017

## APLICAÇÃO DO CONCEITO DE COCULPABILIDADE NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Walter Lima Sales de Santana

Graduado pela Universidade Candido Mendes.  
Advogado.

**Resumo** - O trabalho enfoca a temática da hipótese da possibilidade do afastamento da pretensa vulnerabilidade da vítima em determinados contextos fáticos, assim como, em virtude da aplicação do conceito de coculpabilidade sobre a figura do agente, o abrandamento de sua pena com base em sua vulnerabilidade social, esclarecendo entretanto que o objetivo não é buscar justificativas para uma possível absolvição do delinquente vulnerável, mas tão somente a aplicação da pena em um modo justo.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Vulnerabilidade do agente. Coculpabilidade. Estupro de vulneráveis. Crimes contra a liberdade sexual.

**Sumário** – Introdução. 1. A aplicação do conceito de coculpabilidade: a vulnerabilidade do agente face a vulnerabilidade da vítima. 2. Equiparação entre agente e vítima quanto ao grau de vulnerabilidade: é possível equiparar? 3. A necessidade de adequação do ordenamento jurídico brasileiro para a plena aplicação do princípio da coculpabilidade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

No presente trabalho é objetivada a discussão da mitigação de possíveis injustiças na análise dos casos de crimes cometidos contra a liberdade sexual de menores tidos como vulneráveis por agentes que poderiam, em casos específicos, apresentar tamanha vulnerabilidade com o exercício de uma vis atrativa significativa o suficiente para equiparar vulnerabilidades distintas: a social do agente e a sexual da vítima.

A aplicação do conceito de coculpabilidade socorre às camadas dos menos favorecidos, os quais sofrem a influência do meio social no comportamento humano, justificando determinados movimentos sociais revolucionários, que a seu turno, deram a luz ao referido princípio, através do qual a divisão da responsabilidade pelos delitos do delinquente entre este e o Estado é promovida.

Por outro lado, a vulnerabilidade é tida sob a ótica restrita dos crimes sexuais, que invariavelmente sofreu significantes alterações, não só pelo maior acesso de adolescentes à informações de todo o tipo mas também pelo aumento do nível de interação irrestrita através

das redes sociais, que possibilitaram o acesso precoce a diversos tipos de informações, sem qualquer filtro ou proteção.

Neste trabalho é enfocada a temática da hipótese do afastamento da pretensa vulnerabilidade da vítima em determinados contextos fáticos, assim como, em virtude da aplicação do princípio de coculpabilidade sobre a figura do agente, o abrandamento de sua pena com base em sua vulnerabilidade social, esclarecendo entretanto que o objetivo não é a busca de justificativas para uma possível absolvição do agente vulnerável.

No primeiro capítulo é discutido até que ponto a vulnerabilidade da vítima dos crimes de estupro pode se contrapor à vulnerabilidade do agente desses delitos, buscando comprovar que é possível, em casos específicos, nos delitos contra a liberdade sexual praticados, considerar a vulnerabilidade do agente que praticou o delito.

No segundo capítulo, é analisada a viabilidade de se sustentar juridicamente que, dependendo das circunstâncias, o agente pode ser tão vítima quanto a própria vítima de um crime contra a liberdade sexual, analisando hipotética e casuisticamente, a possibilidade de se colocar no mesmo patamar agente e vítima para comparação de suas vulnerabilidades dentro de um contexto global, levando-se em conta o universo de cada um destes atores.

E no terceiro capítulo, é examinada a necessidade da implementação de mudanças legislativas para a devida consagração visando uma maior efetividade da aplicação do princípio da coculpabilidade nos casos de delitos atentatórios à liberdade sexual, defendendo a necessidade de um ajuste mais preciso em nosso atual ordenamento jurídico que disponha com clareza sobre os critérios de aplicação do já mencionado princípio.

Destarte, é o objetivo deste trabalho a análise de crimes cometidos contra a liberdade sexual por agentes que poderiam, em casos específicos, apresentar-se tão vulneráveis quanto suas próprias vítimas.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador elege um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa com abordagem qualitativa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

## 1. A APLICAÇÃO DO CONCEITO DE COCULPABILIDADE: A VULNERABILIDADE DO AGENTE FACE A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA

A constante busca por uma sociedade mais equilibrada e justa projetou-se como a utopia do direito moderno tendendo, na esfera do direito penal, não visar unicamente punir o sujeito infrator, mas também, considerar as razões que deram origem àquela prática de modo a se alcançar um entendimento da base inicial que culminou na prática de um determinado delito.

Em socorro desta ideologia vem o garantismo penal, cuja função institucional é a tentativa de alcançar o equilíbrio entre o abolicionismo, que é uma realidade afastada devido a sociedade despreparada para desatar-se das normas penais e suas sanções, como forma de controle geral; e o direito penal máximo, cuja implementação, dentro de uma visão mais humanista, seria considerada injusta em países economicamente desfavorecidos como o Brasil, pois instituiria o cárcere, sobretudo, a pessoas que cometem delitos, muitas das vezes, por falta de opção e não por vontade própria.

Assim, o mais adequado seria o meio termo que consiste do garantismo penal, segundo Nucci<sup>1</sup> seria “um modelo normativo de direito, que obedece a estrita legalidade, típico do Estado democrático de Direito, voltado a minimizar a violência e a maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado.”

Esse pensamento moderno segundo o qual o direito penal possuiria uma aplicabilidade garantista, encontra perfeita harmonia com a teoria da coculpabilidade, segundo a qual busca-se dividir a responsabilidade penal entre o Estado e o sujeito infrator.

Contudo, antes de falar sobre o principio supracitado, é conveniente, ainda que em apertada síntese, lembrar do instituto da culpabilidade, que aponta para um juízo de reprovação jurídica exigível para que se configure um crime, e que conforme Welzel<sup>2</sup>, “apresenta dois momentos específicos: um intelectual, e outro volitivo, isto é, a capacidade de compreensão do injusto e a determinação da vontade conforme essa compreensão” e que somente estes dois momentos em conjunto tem o condão de constituir a capacidade de culpabilidade.

---

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*- 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 362.

<sup>2</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*, Chile: Jurídica de Chile, 1976. p.216.

Nesta mesma esteira complementa este entendimento de forma corroborativa o jurista Nilo Batista<sup>3</sup>:

trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade, que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do Estado que vai impor-lhe a pena; em certa medida, a coculpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu.

Isto porque a culpabilidade do agente é um dos fatores determinantes para que ele possa efetivamente vir a se beneficiar da aplicação do princípio da coculpabilidade, sobretudo quando os considerados momentos da culpabilidade foram contaminados por fatores sobre os quais a atuação deficiente do Estado atraiu para esta parcela da culpa, ou seja, vícios na vontade e no entendimento do ilícito originários de uma formação social deficiente.

Desta forma, considerando que com a advento da globalização e as constantes transformações que conseqüentemente, ocorreram no âmbito das mais diversas sociedades, e seus reflexos nas camadas menos favorecidas, sobretudo na sociedade brasileira, cuja desigualdade social é perfeitamente visível, a aplicação do conceito de coculpabilidade vem em socorro daqueles que pertencem àquelas camadas.

Com efeito, a influência do meio social no comportamento humano, sobretudo no que tange a parcela daqueles menos favorecidos socioeconomicamente, justificou determinados movimentos sociais revolucionários, que a seu turno, deram a luz ao princípio da coculpabilidade, através do qual busca-se promover a divisão da responsabilidade entre o delinquente, geralmente excluído socialmente, e o Estado, pelo cometimento do delito, uma vez que este foi omissivo em promover iguais oportunidades sociais aos seus cidadãos.

O princípio da coculpabilidade surge para tentar promover a menor reprovabilidade possível do sujeito ativo do crime em virtude de sua posição de hipossuficiência e abandono pelo Estado, que, a seu turno, resta inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com os cidadãos, principalmente no que tange o aspecto econômico-social, e especialmente à proteção dos direitos fundamentais destes que os deixam altamente vulneráveis.

Grégore Moura<sup>4</sup> explica este instituto chegando ao ponto de reconhecê-lo como um princípio implícito na Constituição de 1988<sup>5</sup>, fundamentado no parágrafo 2º de seu artigo 5º:

---

<sup>3</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro. Revan, 1990, p. 105.

o princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.

No que tange a aludida autodeterminação do agente, o grau desta é regido por circunstâncias individualizadas, que, a seu turno, variam de acordo com a localidade em que nasceu e se desenvolveu o agente, com o nível de escolaridade alcançado, dentre outros fatores que interferem de forma direta na constituição da personalidade daquele agente assim como da vítima.

Logo, por mais elevado que seja o nível de desenvolvimento de uma sociedade, ela jamais será dotada de plena capacidade de proporcionar, de forma igualitária e equânime, oportunidades a todos os seus membros ou cidadãos, e conseqüentemente, alguns destes membros ou cidadãos, influenciados por suas condições sociais, acabarão por restringir seu âmbito de autodeterminação.

Isto posto, resta evidente que foge ao censo comum de justiça que para aquele cidadão sejam atribuídas estas causas sociais e sobrecarregando-o com elas no momento da aferir sua culpabilidade quando do cometimento de um ato delituoso, momento em que se torna oportuno a adequação do instituto da co-culpabilidade, às expensas da sociedade.

Assim, segundo o referido instituto principiológico, membros de determinadas classes sociais, ao cometerem algumas espécies de delitos, não deveriam ser responsabilizados de forma exclusiva por aqueles atos típicos, pois não seriam exclusivamente os responsáveis por ele, uma vez que a sociedade, que os exclui com suas condutas antijurídicas e antissociais, também possui significativa parcela de culpa, o que justifica o prefixo usado antes da culpabilidade, sinalizando que a sociedade também participa, ainda que de forma indireta, no cometimento daqueles delitos praticados por seus membros menos favorecidos.

Em uma de suas aplicações, ter-se-ia particularmente neste estudo a vulnerabilidade sob a ótica restrita dos crimes sexuais, cuja legislação invariavelmente sofreu significantes

---

<sup>4</sup> MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da co-culpabilidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 59.

<sup>5</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 06 set. 2017.

alterações, em decorrência das consequências provenientes não só pela facilidade de maior acesso de adolescentes à diversos tipos de informações, mas também pelo aumento do nível de interação irrestrita através das redes sociais, que possibilitaram o acesso precoce a tais informações, sem qualquer filtro ou proteção.

Daí surge a seguinte questão: até que ponto a vulnerabilidade do agente desses delitos poderia se contrapor à vulnerabilidade da vítima dos crimes de estupro?

Para responder esta pergunta é necessário imaginar em pratos contrapostos de uma mesma balança duas vulnerabilidades distintas porém aparentemente comunicáveis entre si: a vulnerabilidade social do agente e a vulnerabilidade sexual da vítima.

Vislumbra-se a possibilidade do afastamento da pretensa vulnerabilidade da vítima, ou, no mínimo, sua relativização em determinados contextos fáticos, como, por exemplo, quando a vítima, ainda que menor, tem comprovada experiência na prática sexual por meio de prostituição, não aparentando qualquer ingenuidade, inocência ou desinformação a respeito do sexo.

Tal relativização de vulnerabilidade poderia ocorrer também em virtude da aplicação do conceito de coculpabilidade sobre a figura do agente, com o abrandamento de sua pena com base em sua vulnerabilidade social, esclarecendo entretanto que o objetivo não é buscar justificativas para uma possível absolvição do delinquente vulnerável, mas tão somente a aplicação da pena em um modo dito mais justo, sob um prisma amplo e geral.

Sobre o referido princípio e sua aplicação, assim leciona Greco<sup>6</sup>:

a teoria da coculpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus supostos cidadãos. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem teto para abrigar-se, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem trabalhar, pois o Estado não os preparou e os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso da bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida, quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade.

Com apoio neste contexto, alguns autores renomados como Zaffaroni desenvolveram, à luz do Direito Penal, tal princípio, o qual se apresenta como importante instrumento de justiça social quando reconhece que fatores socioeconômicos podem ser determinantes na prática de um delito, sobretudo por indivíduos tidos como vulneráveis pelo

---

<sup>6</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 19 ed. Niterói: Impetus, 2017. p. 469

meio social marginalizado e desumano que, por ventura, foram inseridos ao longo de suas trajetórias.

E é justamente com supedâneo neste princípio que é possível buscar a equiparação da vulnerabilidade social do agente, alcançada por meio deste, à vulnerabilidade da vítima, sobretudo quando relativizada por características especiais desta, inerentes à espontaneidade de sua exposição e submissão ao fato em tese típico até porque haveria a possibilidade do agente agir desconhecendo certas circunstâncias vulnerabilizantes da vítima, tais como ser a mesma menor de 14 anos, ser portadora de enfermidade mental ou estar impossibilitada de oferecer resistência ou de ser insciente em relação a fatos sexuais.

Quanto à relativização da vulnerabilidade da vítima nos crimes contra a liberdade sexual, a jurisprudência nacional já acolheu vários casos, cedendo em hipóteses tais como de o agente incidir em erro quanto à idade, erro este plenamente justificado pelas circunstâncias<sup>7</sup>; quando o sujeito pode incidir em erro sincero quanto à idade da vítima que, pelo porte físico, aparenta ser maior; quando comprovada a experiência da menor na prática sexual; quando a vítima já manteve relações sexuais com vários homens; quando a menor é “prostituta de porta aberta” ; pois não basta a idade, exigindo-se que a vítima se “mostre inocente, ingênua e totalmente desinformada a respeito do sexo”, etc.

Como se pode perceber, todos estes possíveis erros decorrem, dentro um universo comum à vítima e agente, da interpretação deste universo por este em relação à esfera da individualidade daquela, e a capacidade de interpretação deste pode ter sido prejudicada ao ponto de, em casos específicos, sobretudo nos delitos contra a liberdade sexual praticados contra a vítima, ainda que esta, por sua vez, seja menor, considerar a vulnerabilidade daquele agente socioeconomicamente desfavorecido que os praticou.

---

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal: *HC nº 73.662*. Segunda Turma Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744007/habeas-corpus-hc-73662-mg/inteiro-teor-100460269?ref=juris-tabs> > Acesso em 06 set 2017

## 2. A POSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO ENTRE AGENTE E VÍTIMA QUANTO AO GRAU DE VULNERABILIDADE: É POSSÍVEL EQUIPARAR?

Embora, em um primeiro olhar, pareçam as vulnerabilidades aqui elencadas diametralmente opostas, poder-se-ia compará-las e até mesmo, em alguns casos específicos, o agente poderia apresentar tamanha vulnerabilidade com o exercício de uma vis atrativa significativa o suficiente para ensejar equiparações e surge a questão: É viável sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, que dependendo das circunstâncias, o agente pode ser considerado vítima tanto quanto a própria vítima de um crime contra a liberdade sexual?

Para responder a esta questão faz se mister analisar, hipotética e casuisticamente, a possibilidade de se colocar no mesmo patamar agente e vítima para comparação de suas vulnerabilidades dentro de um contexto global, levando-se em conta o universo de cada um destes atores.

Vulnerabilidade deriva do termo vulnerável, termo este de origem latina, *vulnerabilis*, que, em sua origem, vem a significar lesão, corte ou ferida exposta, sem cicatrização, feridas sangrentas com sérios riscos de infecção, demonstrando sempre a incapacidade ou a fragilidade de alguém, motivada por circunstâncias especiais.

Antonio Houaiss<sup>8</sup> definiu vulnerabilidade como aquilo “que pode ser fisicamente ferido; sujeito a ser atacado, derrotado, prejudicado ou ofendido.”

Quanto este termo permeou os textos legais penais, foi para definir como vulnerável, no tipo denominado estupro, a vítima menor de catorze anos ou qualquer pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática de ato libidinoso, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência ao agente da prática de conjunção carnal.

A vulnerabilidade técnica das vítimas dos crimes contra a liberdade sexual foi estendida pelo legislador ao menor de 18 anos, quando da alteração do Art. 218-B<sup>9</sup> do Código Penal, contudo há também o aspecto psicológico que ultrapassa a questão etária bem como a questão da vulnerabilidade própria inerente ao gênero feminino.

---

<sup>8</sup> HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva Ltda, 2001, verbete “vulnerável”.

<sup>9</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 13 set 2017.

Por outro lado, quanto a vulnerabilidade do agente, o princípio da coculpabilidade a tem como corolário, o que para Zaffaroni, fez desenvolver a ideia de culpabilidade pela vulnerabilidade, que deve ser considerada paralelamente à da culpabilidade pelo injusto pois, ainda segundo ele<sup>10</sup>, não caberia “duvidar que a resposta criminalizante da instância judicial deva respeitar os limites que lhe impõe a culpabilidade pelo injusto”, mas não poderia basear-se nela, devido à ausência de racionalidade como decorrência de sua desqualificação ética.

Porém, tal vulnerabilidade vem sendo cada vez mais relativizada de acordo com as características e perfil de quem a supostamente porta, de modo que já é possível não só equiparar vítima e agente, mas até mesmo conceber a ideia de casos em que agentes se mostram mais vulneráveis que suas próprias vítimas.

Para ilustrar tal afirmação, a Jurisprudência nacional já dispõe de casos onde é perfeitamente observável a desconsideração da vulnerabilidade da vítima em favor do agente, como no caso colacionado a seguir do Tribunal de Justiça do Piauí<sup>11</sup>:

[...] APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. GRAU DE DISCERNIMENTO DA VÍTIMA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. INOCORRÊNCIA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA COM DIVERGÊNCIAS. CONSENTIMENTO DO ATO SEXUAL CONFIGURADO. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA CONDENAÇÃO. 'IN DUBIO PRO REO'. (...) ATIPICIDADE. OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. (...) fica claro que a menor, na época do fato com 12 (doze) anos, manifestou voluntariedade e consentimento no ato sexual praticado com o apelante, além do que deixou bem evidenciado que já tivera algum tipo de relacionamento anterior ao do apelante. (...)Apelação conhecida e provida, contrariamente ao parecer ministerial.

Nesta mesma via, caminhou o STJ<sup>12</sup> ao relativizar a presunção de violência nos crimes de estupro de vulnerável, pois ao assim proceder, abriu um precedente para se aliviar o peso da culpa colocada sobre o agente e compartilha-lo com a vítima, como é possível depreender da leitura deste precedente daquela corte:

ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VIOLÊNCIA. ATUAL ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR. 1. O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado da 3ª Seção (EResp-1.021.634/SP), firmou o

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5 ed. Rio de Janeiro. Revan, 2001, p. 266

<sup>11</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí: *Apelação Criminal nº 2010.0001.001171-4*. Segunda Câmara Especializada Des. Des. Erivan José da Silva Lopes. Disponível em: <[http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/download.php?num\\_protocolo=100012779982435&seq\\_documento=1](http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/download.php?num_protocolo=100012779982435&seq_documento=1)> Acesso 01 dez 2017

<sup>12</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgrReg no REsp nº 1.303.083MG* (2012/0021954-8). Relator Ministro Jorge Mussi., quinta turma, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1303083&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>> Acesso 01 dez 2017

entendimento de que a presunção de violência nos crimes sexuais, antes disciplinada no art. 224, a, do Código Penal, seria de natureza relativa. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Então, tendo em tese a mais vulnerável das vítimas a presunção de violência sobre si relativizada e submetida à uma análise casuística, certamente algum desequilíbrio entre os pesos foi observado pelos operadores do Direito ao ponto de se consolidar o raciocínio de que nem toda vítima pode ser considerada inocente e que nem todo agente deve ser considerado culpado sem a devida observação minuciosa de cada caso, não comportando a aplicação indiscriminada de regras gerais.

Todavia, não é difícil encontrar posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que apontam no sentido oposto, sustentando o entendimento de ser de natureza absoluta a presunção de violência nos crimes sexuais praticados contra menores, mesmo em casos de relação amorosa consentida comprovada, o que inegavelmente macula a tutela sobre aqueles que, à margem da sociedade, vivem as oportunidades que lhes são oferecidas.

Contudo, pouco a pouco a relativização da presunção de violência nos crimes abordados tem ganhado força como se denota desta recente jurisprudência do TJMS<sup>13</sup>:

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO RÉU – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE – CONSENTIMENTO DA MENOR – RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A MENOR E O ACUSADO (...) SENTENÇA MANTIDA – CONTRA O PARECER MINISTERIAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.(...) o que deve ser apreciado é se a vítima, ao consentir, tinha ou não condições de mensurar as consequências do ato e entendê-lo. 2. A comprovação de que a menor expressamente consentiu com a relação sexual, levada a termo durante namoro com o acusado, (...), evidencia discernimento incompatível com a presunção de vulnerabilidade idealizada pelo legislador.[...]

Destarte, restou evidenciada a possibilidade de não só equiparação de vulnerabilidades mas até mesmo inversão destas, fazendo brotar no seio do ordenamento jurídico brasileiro uma necessidade cada vez maior de atualização e adoção plena do princípio da coculpabilidade como instrumento garantidor da mais lúdima justiça.

---

<sup>13</sup> BRASIL. TJMS - Apel - 0001614-49.2013.8.12.0010 – Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros. Disponível em: <[https://www.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=718387&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_bdb8461b7e1946abb80a3f2eac192643&vlCaptcha=ptjyv&novoVlCaptcha=>](https://www.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=718387&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_bdb8461b7e1946abb80a3f2eac192643&vlCaptcha=ptjyv&novoVlCaptcha=>)> Acesso 01 dez 2017

### 3. A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PARA A PLENA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

Notória é a defasagem no nosso ordenamento jurídico, em especial o criminal cujas normas não acompanham o desenvolvimento acelerado da sociedade e suas peculiaridades relacionadas às suas mazelas, sendo inegável que a sociedade tem o dever de assegurar a todos os cidadãos os subsídios necessários para uma sobrevivência digna, caso contrário, os instigaria a se tornarem criminosos, pois muitas vezes são seres humanos compelidos pela miséria, com precária situação econômica, e quase inexistente formação intelectual ou escolar, denotando assim o fracasso da sociedade.

Com supedâneo neste contexto, alguns autores renomados como Zaffaroni transportaram e desenvolveram o princípio da coculpabilidade, o qual vem se mostrando ser importante instrumento de justiça social quando reconhece que fatores socioeconômicos podem ser determinantes na prática de um delito, sobretudo por indivíduos tidos como vulneráveis pelo meio social marginalizado e desumano que, por ventura, foram inseridos ao longo de suas trajetórias.

Inegavelmente, o princípio em tela encontra ressonância em diversos institutos do Direito Constitucional, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, isto é, o reconhecimento do direito à dignidade do acusado; e o princípio da igualdade, ou seja, a minimização dos efeitos decorrentes da exclusão social proveniente da desigualdade, o princípio da individualização da pena, ou seja, a consideração das condições socioeconômicas do agente, etc.

Em que pese não estar expressamente previsto do Direito Penal Brasileiro o princípio em questão, insta salientar a existência de reconhecimento do princípio da co-culpabilidade no Direito Processual Penal, por exemplo, quando no art. 187, § 1º, do CPP<sup>14</sup> está previsto que a primeira parte do interrogatório sobre a pessoa do acusado incluirá perguntas sobre oportunidades sociais e meios de vida do interrogando.

Neste mesmo viés, o art. 68 § único do mesmo código permite que tal princípio venha a atingir causas de atenuação de pena previstas na parte especial do mesmo codex., sendo certo que dependendo da situação de exclusão social na qual se encontre a figura do agente, ou resultará em sua absolvição ou na aplicação do artigo 66 do CP.

---

<sup>14</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm)>. Acesso em: 15 set. 2017.

Autores estudiosos deste tema como Grégore<sup>15</sup> sustentam a teoria de que tal princípio já se encontraria inserido no Código Penal Brasileiro:

nessa ordem de ideias, as opções de posituação da co-culpabilidade seriam: como circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal; como atenuante genérica prevista no art. 65 do Código Penal; como causa de diminuição de pena prevista na Parte Geral do Código Penal, sendo um parágrafo do art. 29; como causa de exclusão da culpabilidade prevista no art. 29 do Código Penal.

Contudo, tal princípio ainda é rechaçado pelos tribunais, em sua maioria, que ainda o enxergam como simples atenuante genérica que muita das vezes torna-se sem efeito sob a escusa de não justificar-se a prática de crimes pelas más condições proporcionadas pelo estado ao agente delinquente.

Entretanto, em que pese toda a dificuldade de ver este princípio permear as decisões dos tribunais em casos aplicáveis, é possível observar, ainda que raramente, algum avanço no sentido de lograr uma mudança positiva, existindo inclusive decisões que se amoldam à questão aqui apresentada, como se pode observar nesta decisão do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul<sup>16</sup>:

[...] Embargos Infringentes. Tentativa de estupro. Fixação da pena. Agente que vive de biscates, solteiro, com dificuldades para satisfazer a concupiscência, altamente vulnerável à prática de delitos ocasionais. Maior a vulnerabilidade social, menor a culpabilidade. Teoria da coculpabilidade (Zaffaroni). Prevalência do voto vencido, na fixação da pena-base mínima. Regime carcerário inicial. Embargos acolhidos por maioria.

Todavia, questiona-se: visando uma maior efetividade da aplicação do princípio da coculpabilidade nos casos de delitos atentatórios à liberdade sexual, mostrar-se-ia necessária a implementação de mudanças legislativas para a devida consagração daquele princípio em nosso ordenamento jurídico?

Evidente que, embora já existam indícios de uma adoção tímida e parcial do referido princípio no ordenamento brasileiro, há efetivamente uma necessidade premente de se implementar um ajuste mais preciso no atual ordenamento jurídico brasileiro através de reformas legislativas, de maneira que disponha com clareza sobre os critérios de aplicação de princípios como o da coculpabilidade não só em casos de crimes contra a liberdade sexual

---

<sup>15</sup> MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da co-culpabilidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 127.

<sup>16</sup> BRASIL. TJRS. E.Infr. 70000792358. Rel. Tupinambá Pinto de Azevedo. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num\\_processo=70000792358&-code=6977&orgao=tribunal%20de%20justi%7a%20-%204.%20grupo%20criminal](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70000792358&-code=6977&orgao=tribunal%20de%20justi%7a%20-%204.%20grupo%20criminal)> Acesso 15 out 2017

como quaisquer outros aplicáveis, em homenagem aos princípios constitucionais já consagrados que protegem a dignidade humana.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou, de forma clara e objetiva, a plena possibilidade de afastamento da pretensa vulnerabilidade da vítima em determinados contextos fáticos, assim como, em virtude da aplicação do conceito de coculpabilidade sobre a figura do agente, ensejando assim o abrandamento de sua pena com base em sua vulnerabilidade social, e até mesmo sua absolvição. O objetivo, entretanto, não foi buscar justificativas para uma possível absolvição do delinquente vulnerável, mas tão somente a aplicação da pena em um modo justo ao levar em conta todos os caracteres inerentes à vítima e ao agente em cada caso.

Assim, ilumina-se um caminho rumo à mitigação de possíveis injustiças na análise dos casos que envolvem crimes cometidos contra a liberdade sexual de menores tidos como vulneráveis por agentes que, na realidade, em casos específicos, apresentam tamanha vulnerabilidade suficiente para ensejar equiparações e até inversões de julgamento.

Outrossim, constatou-se notória defasagem no ordenamento jurídico brasileiro, em especial o criminal, cujas normas não acompanham a mesma velocidade do desenvolvimento da sociedade, e suas peculiaridades relacionadas às suas mazelas. É inegável que a sociedade tem o dever de assegurar a todos os cidadãos os subsídios necessários para uma sobrevivência digna, caso contrário, os instigarão a se tornarem criminosos, pois muitas vezes são seres humanos compelidos pela miséria, com precária situação econômica, e quase inexistente formação intelectual ou escolar, denotando o fracasso da sociedade.

Porém, ainda que lentamente, o sistema penal brasileiro vem evoluído e se adequando as transformações constantes da sociedade brasileira, carecendo apenas de alguns ajustes finos e pontuais.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990;

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 15 set 2017

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)> Acesso em 13 set 2017

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>> Acesso em 06 set 2017

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal: *HC nº 73.662*. Segunda Turma Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744007/habeas-corpus-hc-73662-mg/inteiro-teor-100460269?ref=juris-tabs>> Acesso em 06 set 2017

\_\_\_\_\_. TJMS – *Apel. - 0001614-49.2013.8.12.0010* – Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros. Disponível em: < [https://www.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=718387&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_bdb8461b7e1946abb80a3f2eac192643&vlCaptcha=ptjyv&novoVlCaptcha=>](https://www.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=718387&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_bdb8461b7e1946abb80a3f2eac192643&vlCaptcha=ptjyv&novoVlCaptcha=>)> Acesso em 01 dez 2017

\_\_\_\_\_. TJRS. *Embargos infringentes nº 70000792358*. Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num\\_processo=70000792358&-code=6977&orgao=tribunal%20de%20justi%c7a%20-%204.%20grupo%20criminal](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70000792358&-code=6977&orgao=tribunal%20de%20justi%c7a%20-%204.%20grupo%20criminal)> Acesso em 15 out 2017

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí: *Apelação Criminal nº 2010.0001.001171-4*. Segunda Câmara Especializada Des. Des. Erivan José da Silva Lopes. Disponível em: < [http://www.tjpi.jus.br/etjpi/download.php?num\\_protocolo=100012779982435&seq\\_documento=1](http://www.tjpi.jus.br/etjpi/download.php?num_protocolo=100012779982435&seq_documento=1)> Acesso em 01 dez 2017

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgrReg no REsp nº 1.303.083MG* (2012/0021954-8). Relator Ministro Jorge Mussi., quinta turma, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/scon/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1303083&b=acor&p=true&l=10&i=1>> Acesso 01 dez 2017

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017;

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetivo Ltda, 2001;

MOURA, Grégoire Moreira de. *Do princípio da co-culpabilidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016;

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*- 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*, Chile: Jurídica de Chile, 1976;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5 ed. Rio de Janeiro. Revan, 2001