

CENTRO UNIVERSITÁRIO SÃO JOSÉ
CURSO DE DIREITO

IRISMAR VILLARD COUTO PEREIRA

**CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTUPRO DE VUNERÁVEL E A
IMPORTUNAÇÃO SEXUAL.**

Rio de Janeiro

2021

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTUPRO DE VUNERÁVEL E A IMPORTUNAÇÃO SEXUAL.

CONSIDERATIONS ON VUNERABLE RAPE AND SEXUAL ASSAULT.

Irismar Villard Couto Pereira

Bacharelanda em Direito

ORIENTADOR: Gláucio Castelo Branco

(Advogado e Professor de Direito)

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo explorar a controvérsia da vulnerabilidade de estupro, e a alteração de sentenças de estupro de vulnerável por importunação sexual nos casos de adolescentes abaixo de 14 anos de idade. Esse estudo é relevante pela divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a punição penal, conforme o artigo 217-A do Código Penal. O artigo teve como método a pesquisa bibliográfica, que através do suporte teórico de doutrinadores foi construído o corpo textual.

Palavras-chave: estupro de vulnerável, importunação sexual e mudança jurisprudencial.

ABSTRACT

This research aims to explore the controversy of rape vulnerability, and the change of sentences of rape of vulnerability for sexual importuning in cases of adolescents between 12 and 14 years old. This study is relevant due to the doctrinaire and jurisprudential divergence as to the penal punishment, according to article 217-A of the Penal Code. The article had as method the bibliographical research, that through the theoretical support of doctrinators will be built the textual body.

Keywords: rape of vulnerable, sexual harassment and jurisprudential change.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa abordar sobre a lei 13.718 de 2018, e as revisões penais que estão acontecendo, ou seja, as penas de estupro de vulnerável retroagindo a pena de importunação sexual, como a 16ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo alterou. Porém, a pesquisa não visa esgotar o assunto neste artigo científico.

A definição de estupro de vulnerável, segundo o artigo 217-A, do Código Penal preceitua que é “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos”, e não possui uma relativização da presunção de violência, ou seja, a presunção de violência é absoluta. Já o conceito de importunação sexual está previsto no artigo 215-A, do Código penal, que define ser: “Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”, com pena de reclusão de um a cinco anos.

Nesse sentido, a jurisprudência brasileira não consegue alcançar uma regulação sobre essa temática, pois, há duas correntes doutrinárias que possuem relevantes argumentos sobre o tema. Devido este fato, é inegável a importância de aprofundar-se sobre o assunto, o qual é cercado de polêmicas; e apresenta medidas ineficazes por não possuir um parâmetro sobre a vulnerabilidade. Por isso, há a necessidade de ampliar os horizontes sobre essa problemática.

A questão norteadora desta pesquisa é analisar o precedente dos julgados, devido a alteração de sentença de estupro de vulnerável para importunação sexual; o conceito de vulnerabilidade e as posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Sobre os objetivos gerais, a pesquisa pretende abordar sobre a questão conceitual de vulnerabilidade das vítimas abaixo de 14 anos. E, a visão panorâmica das doutrinas quanto ao crime de estupro de vulnerável.

Contudo, como objetivos específicos a pesquisa pretende: fazer uma análise sobre a alteração de sentença de estupro de vulnerável para importunação sexual; conceituar o que é vulnerabilidade; e fazer um breve cotejo sobre a evolução histórica do estupro.

A pesquisa é relevante ao tocante de que há duas posições doutrinárias sobre como tratar a vulnerabilidade dos adolescentes abaixo de 14 anos.

O Código Penal brasileiro se inspirou no Código de Mussolini da Itália, os estados emocionais são indubitavelmente relevantes no sistema penal, pois, o grau

de intensidade emocional é capaz de interferir nos processos de inibição e controle dos comportamentos humanos.

Contudo, o método utilizado na pesquisa foi a pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa. E com livros, artigos científicos, revistas e leis, a pesquisa ganhou suporte teórico de doutrinadores sobre o tema. Observando a importância desse estudo para o campo jurídico e social.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O trabalho traz toda discussão sobre a reportagem abaixo de Tadeu Rover (2019) na Revista online Consultor Jurídico:

Por considerar mais proporcional e adequado à realidade, a 16ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo alterou uma condenação por estupro de vulnerável para importunação sexual, tipo penal introduzido no Código Penal em setembro de 2018 pela Lei 13.718.

Seguindo precedente do Superior Tribunal de Justiça, o colegiado entendeu que é possível aplicar o novo tipo penal por ser mais benéfico ao réu. Com a desclassificação, a pena caiu de 9 anos e 4 meses de reclusão para 1 ano e 6 meses.

O homem foi preso preventivamente e condenado por estupro de vulnerável por praticar atos libidinosos com três adolescentes de 13 anos em julho de 2017. Segundo a denúncia, ele mantinha relacionamento com a mãe de uma adolescente. Um dia, três amigas da garota foram dormir em sua casa. O homem então as convidou para jogar videogame e aproveitou a situação para apalpar as meninas e se esfregar nelas. Depois, quando uma delas dormia, ele entrou no quarto e se deitou sobre ela.

Denunciado e preso preventivamente, o homem foi condenado pela 1ª Vara Criminal de São Caetano do Sul a 9 anos e 4 meses de prisão por estupro de vulnerável. Além disso, foi negada sua liberdade. No recurso ao TJ-SP, a defesa pediu sua absolvição ou a desclassificação da conduta, uma vez que não houve conjunção carnal, tampouco emprego de violência ou ameaça. Além disso, pediu o direito de recorrer em liberdade.

Na 16ª Câmara Criminal do TJ-SP prevaleceu o voto do desembargador Newton Neves. Segundo ele, o novo tipo penal de importunação sexual é mais adequado e proporcional às circunstâncias do caso, uma vez que não houve violência ou grave ameaça.

O desembargador explicou que o Código Penal, ao tratar de atos libidinosos, difere os crimes de estupro dos de importunação sexual. Enquanto o primeiro exige a presença de violência ou grave ameaça, a importunação sexual prevê sanção àquele que, sem a anuência do ofendido, pratica ato libidinoso contra aquele.

"Ou seja, enquanto o estupro exige a ciência e discordância da vítima, coagida pela efetiva violência ou grave ameaça, bem como a prática de ato libidinoso quando o caso com aquela, a importunação sexual deve ser observada em casos em que o ofendido, sem sequer a chance de se manifestar, é mero instrumento do ato do infrator, que pratica o ato contra aquele", explicou.

No caso, complementou o relator, não houve a participação ativa das vítimas, surpreendidas que foram pelos atos praticados sem sua anuência, não se podendo afirmar que tenham sido forçadas.

"Assim, mostrando-se mais consentânea à realidade fática e também mais proporcional a apenação em relação aos atos praticados, desclassifica-se a conduta do réu para a prevista no artigo 215-A, do Código Penal", concluiu. A decisão foi por maioria, ficando vencido o desembargador Leme Garcia, que votou pela manutenção do crime de estupro de vulnerável, mas só em relação a uma adolescente.

Em decorrência da desclassificação, a pena foi reduzida para 1 ano e 6 meses de reclusão. Como o homem já estava preso preventivamente havia 1 ano e 10 meses (desde julho de 2017), então o tribunal reconheceu o cumprimento integral da pena e determinou a expedição imediata de alvará de soltura.

A defesa do acusado foi feita pelo advogado criminalista Leopoldo Stefano G. Leone Louveira, do escritório Leone Louveira Sociedade Individual de Advocacia.

No entender de Guilherme de Souza Nucci:

"Trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir."
(Nucci, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 5. Ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2005).

UM BREVE COTEJO HISTÓRICO SOBRE O ESTUPRO

As Ordenações Filipinas se fundava no temor alheio pelo castigo, e era fundamentada pelos preceitos religiosos, assim, esteve presente em todo período colonial do Brasil até 1830, somente, no dia 16 de dezembro de 1830, foi que Dom Pedro Primeiro sancionou o Código Criminal do Império, em conformidade com as tradições romanas, as quais tutelava a mulher "honesta".

Em 11 de outubro de 1890, foi decretado o Código Criminal da República, e o estupro veio sobre o título de violência carnal.

Somente o Código Penal de 1940 representou uma evolução em sua redação, quanto aos tipos de crimes sexuais, no que tange a violência, era considerada presumida aos menores de 14 anos, e não havia a figura do vulnerável.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A ALTERAÇÃO DE SENTENÇA DE ESTUPRO DE VUNERÁVEL PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

Desde 2009, ficou pacificado que o ato libidinoso com menor de 14 anos, é considerado estupro de vulnerável, segundo o artigo 217-A, do Código Penal, tanto que em 2017, o Superior Tribunal de Justiça criou a Súmula 593, que editou: "O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente".

Sendo que em 2018, a lei 13.718 alterou o Código Penal, criando o tipo penal de importunação sexual, que segundo esse dispositivo diz: "ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima", é um crime contra a liberdade sexual, podendo o réu ter a pena de um a cinco anos de reclusão.

Assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo modificou algumas condenações por estupro de vulnerável transformando-as em importunação sexual, sendo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entendeu não haver a possibilidade de desclassificar o estupro de vulnerável para importunação sexual, da mesma forma entendeu a primeira turma do Supremo Tribunal Federal.

Vale ressaltar no trabalho sobre *Habeas Corpus* 134.591, o qual Maíra Machado Frota Pinheiro diz que:

O estado de vulnerabilidade torna a conduta inerentemente violenta. Não tem qualquer condição de um ato libidinoso com uma criança de oito anos não ser um ato de violência. Porque uma criança de oito anos não tem condição de consentir", diz ainda segundo ela, "a decisão relativiza uma série de situações que configuram estupro de vulnerável". "Em muitas das situações em que tratamos de abusos contra crianças não há penetração do

falo — a que se atribui tanta centralidade nessa decisão da 12ª Câmara. Ainda assim, esse tipo de abuso vai marcar a vida dessa criança para o resto da vida dela.

O impetrante do Habeas Corpus em epígrafe buscou a desclassificação do estupro de vulnerável para a contravenção do artigo 65 da Lei 3.688/41, e o Ministro Barroso concedeu de ofício a desclassificação da conduta para o artigo 215-A.

Desta forma, a doutrina sempre criticou a ausência de uma precisa diferenciação na lei das diversas modalidades de ato libidinoso. Por isso mesmo, o julgador deve sempre procurar distinguir aquelas condutas mais graves e invasivas daquelas condutas menos reprováveis, preservando assim a razoabilidade e a proporcionalidade da resposta estatal.

Ressalta-se também o artigo quarto do Código Penal, que “considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”, o que significa dizer que se o estupro for consumado antes dos quatorze anos da vítima, e só depois for denunciado o crime, ainda sim, será considerado estupro de vulnerável, como também as pessoas que por enfermidade ou deficiência não têm discernimento sobre a prática do ato ou no momento do fato não puderem oferecer resistência, por exemplo, com enfermidade, paralisia dos membros, idade avançada, excepcional esgotamento, sono mórbido, síncope, desmaio, estado de embriaguez alcoólica, delírio, estado de embriaguez ou inconsciência decorrente de ingestão ou ministração de entorpecentes, soporíferos etc.

Destarte que o legislador, no artigo 227, parágrafo quarto da Constituição Federal, prevê: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Por isso, o estupro de vulnerável é punível a título de dolo, não existindo a forma culposa, o que implica dizer que as condutas como imprudência, negligência e imperícia, não são levados em consideração, porém admite-se a tentativa, contudo, sua comprovação é um trabalho árduo.

Alguns doutrinadores explicam que a tutela da dignidade sexual protege o ser humano em formação, com finalidade de lhe garantir um crescimento sadio de possíveis abusadores, os quais, quem pratica o crime de estupro de vulnerável terá pena de reclusão de no mínimo 10 anos e no máximo 20 anos; caso ocorra a morte

da vítima, a reclusão será de no mínimo 12 anos e no máximo 30 anos, ou será majorada, conforme o artigo 226 do Código Penal.

Quanto à ação penal, é pública condicionada à representação, se a vítima for menor de 18; e pública incondicionada, conforme o artigo 225 do Código Penal caso o réu transmita a vítima doença sexualmente transmissível, como também, a pena é aumentada de um sexto até a metade, prevista no artigo 234-A, inciso quarto, do Código Penal. Outro caso de aumento de pena está especificado no artigo 234-A, inciso terceiro, do Código Penal, quando o crime resulta em uma gravidez.

Destaca-se ainda, que os estupros se prolongam no tempo, devido ao medo da vítima, por exemplo, quando o autor do crime é alguém da família, sendo assim, a vítima não consegue se expressar ou é dependente financeiramente de seu agressor, o que aumenta a pena, de acordo com o artigo 226, inciso segundo, do Código Penal.

SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O Código Penal utiliza o vocábulo vulnerabilidade, porém não atribui nenhum tipo de parametrização, isto é, não existe como medir esse nível de vulnerabilidade da vítima, visto que é um conceito vago.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, o Código Penal dispõe, apenas de forma abstrata sobre a vulnerabilidade, a qual não tem detalhamento, deixando a lei com a conceituação de forma à margem de duas interpretações doutrinárias com prismas diferentes.

Desta forma, a pesquisa verificou que diversos juízes e doutrinadores alegam que a idade estabelecida entre 12 e 14 anos, relativiza a vulnerabilidade da vítima, e não coaduna com a sociedade atual, visto que a divulgação indiscriminada de conteúdo sexual na mídia atual, influencia demasiadamente as crianças e adolescentes, tornando-os experimentadores do tema, que por consequência iniciam

sua vida sexual cada vez mais cedo. Em contraponto com o entendimento dos Supremos Tribunais do Brasil e outros doutrinadores.

No entanto, o trabalho não tem o intuito de encerrar o assunto, ou colocar um ponto final, mas o de incitar a reflexão sobre o Direito Penal e as condutas de um estupro de vulnerável, e seus reflexos na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte especial 4. Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITTECOURT, Cezar Roberto. Anatomia dos crimes de importunação sexual tipificado na lei 13.718/2018. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-30/cezar-bitencourt-anatomia-crime-importunacao-sexual>> Acessado em: 10. fev. 2021.

DE PAULA, Luisa da Hora Guerrieri; RAVAZZANO Fernando. **Estupro de vulnerável**: da possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual quanto a idade do art. 217, A caput do Código penal. Salvador/ BA. Trabalho de conclusão de curso para a universidade católica do salvador. 2018. Disponível em: <<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/575/1/TCCLUISAPAULA.pdf>>. Acessado em: 10. fev. 2021.

FONSECA, Jéssica Maria de. **A controvérsia sobre a vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual**. Caratinga/MG. Monografia para obtenção de grau em Bacharel em direito das faculdades integradas de Caratinga. 2016. Disponível em:

<<https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/683/1/A%20controv%C3%A9rsia%20sobre%20a%20vulnerabilidade%20nos%20crimes%20contra%20a%20dignidade%20sexual%20-s.pdf>>. Acessado em: 10. Fev. 2021.

KEMMERICH, Stefani Bataioli. **Da impossibilidade de relativização do conceito de vulnerabilidade sexual previsto no art. 217-A Caput, do Código Penal.** Porto alegre/ RS. Trabalho de conclusão de curso para pontifícia universidade católica do Rio grande do sul. 2016. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/stefani_kemmerich_2016_1.pdf>. Acessado em: 10. fev. 2021.

MAGALHÃES, Ilyana; BARBOSA, Marreiros Ruchester. A lei 13.718/2018 é quase proporcional e mantém importunação antiga. **Revista Consultor Jurídico.** 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-16/academia-policial-lei-1371818-proporcional-mantem-importunacao-antiga>> . Acessado em: 10.fev. 2021.

OLIVEIRA, Dalva Leis ; VOLPE, Luiz Fernando Casilhas; CUISSE, Luiz Augusto. Os delitos de estupro e estupro de vulnerável e a possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do art. 217-A do Código Penal pátrio. **Revista de Direito da Faculdade de Direito de Alta Floresta.** Mato Grosso. 2012. Disponível em: <http://www.ienomat.com.br/revistas/judicare_arquivos/journals/1/articles/46/public/46-310-1-PB.pdf> . Acessado em: 10.fev. 2021.

ROVER, Tadeu. TJ/SP altera condenação por estupro de vulnerável para importunação sexual. **Revista Consultor Jurídico.** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/tj-sp-altera-condenacao-estupro-importunacao-sexual2>> Acessado em: 10.fev. 2021.

SANTOS, Silvia Chakian de Toledo. Novos crimes sexuais, a lei 13,718/2018 e a questão de gênero na aplicação do Direito. **Revista Consultor Jurídico.** 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-04/silvia-chakian-novos-crimes-sexuais-lei-137182018>>. Acessado em: 10. Fev. 2021

SILVA, Juliana marques de Almeida. **O crime de estupro de vulnerável**: discussão sobre a validação do consentimento do menor. Brasília / DF. Monografia apresentada ao curso de direito do Centro Universitário De Brasília. 2015. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/187131496.pdf>>. Acessado em: 10. Fev. 2021.

WISSMAN, Josué Luciano de oliveira. **A palavra da vítima como meio de prova no crime de estupro de vulnerável**. Canela/ RS. TCC de graduação em direito da universidade de Caxias do sul. 2018. Disponível em:

<<https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/4900/TCC%20Josue%20Luciano%20de%20Oliveira%20Wissmann.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acessado em: 10. fev. 2021.

VIEIRA, Passos Cassia. **Da possibilidade e dos limites da relativização da vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável**. Porto alegre/ RS. TCC de graduação para a pontifícia universidade católica do rio de grande do sul. 2012. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/cassia_vieira.pdf> Acessado em: 10.fev. 2021.