

## Munição Referente a Missão Especial 2

Antes da alteração da Lei 12.015/2009, tínhamos o seguinte, para caracterizar “Estupro”: a vítima tinha de ser mulher e, no ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, a vítima era alguém, ou seja, HOMEM ou MULHER.

HOJE, quem pode ser estuprado? – ALGUÉM – homem ou mulher.

HOJE quem pode ser ESTUPRADO? ALGUÉM (Homem ou Mulher)

E quem pode ser o autor do crime? AGUÉM (Homem ou Mulher)

- O ato pode ser a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Complementando a pergunta da Missão 2 que você assistiu:

Se cair na prova: Homem, maior de 50 anos de idade, se apaixona por uma menina de 15 anos e os dois mantêm relações sexuais. É crime?

Resposta: NÃO!!!, hoje é considerado fato atípico, pois a lei deixa claro que, sendo menor de 18 anos eu não posso fazer 3 coisas:

- 1- EXPLORAÇÃO SEXUAL
- 2- INDUÇÃO A PROSTITUIÇÃO
- 3- SATISFAZER A LASCÍVIA DE OUTREM

VAMOS LÁ:

A lei 12.015, de 7.08.2009 acrescentou, ao Código Penal, o art. 217-A, contendo o tipo penal de estupro de vulnerável, assim definido: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”. A pena cominada é reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. O § 1º estabelece: “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.”

A nova lei, atendendo antiga reivindicação da Doutrina, banuiu do ordenamento jurídico-penal a presunção da violência contida no revogado art. 224 do Código Penal, e construiu, para proteger determinadas pessoas, o novo tipo penal, definindo, assim, a conduta proibida, pelo que ninguém mais será punido pelo que não fez, mas só quando realizar o comportamento proibido expressamente pela norma penal incriminadora.

O estupro de vulnerável não é, como pensam alguns, uma espécie do crime de estupro, definido no art. 213, porquanto não contém o elemento “constranger” daquele tipo. Um crime só é espécie de outro, quando contiver todos os mesmos elementos do outro e mais um ou alguns, ditos especializantes.

Não é o caso do estupro de vulnerável, que é um tipo absolutamente novo e não derivado de nenhum outro. Há em comum com o estupro do art. 213, além do nome, os elementos conjunção carnal ou outro ato libidinoso. A estrutura típica, todavia, é absolutamente diferente. Naquele exige-se constrangimento, neste não

há qualquer referência a constrangimento, que pode, contudo, ocorrer. O bem jurídico protegido é a própria pessoa vítima da ação incriminada, o menor e o incapaz de discernir ou de resistir, que, por não deter a capacidade de exercer livremente a sua sexualidade, merece especial proteção do Direito Penal. É o chamado pela lei de vulnerável.

A sexualidade é um dos mais importantes atributos do ser humano, que só pode ser exercida segundo a livre vontade da pessoa, qualquer pessoa. Se a pessoa não pode exercer sua vontade, por não entender ou por não ter meios para resistir, deve ser protegida.

Essa pessoa recebe, no art. 217-A, a proteção contra as ações que se voltam para a prática de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

Sujeito ativo é quem pratica o ato sexual, conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Sujeito passivo é o homem ou a mulher, menor de 14 anos e, de qualquer idade, incapaz de discernir ou resistir.

Das novas normas é preciso extrair o conceito de “vulnerável”. Tema importantíssimo, reclama debate claro e preciso.

A princípio poder-se-ia imaginar que vulnerável é a pessoa menor de 14 anos e também aquela 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. Ou seja, teríamos aí um conceito absolutamente claro e que não mereceria qualquer comentário, diante da aparente clareza da norma.

Trago, todavia, uma primeira indagação: seria a vontade da norma proibir, sob ameaça de sanção penal, a prática de todo e qualquer ato libidinoso com todo e qualquer menor de 14 anos?

Se se entender que sim, forçoso é concluir que haverá crime toda vez que a moça ou o rapaz de 13 anos e 11 meses estiver beijando a boca do seu namorado ou da sua namorada. Se um deles for maior de 18 anos, terá cometido o crime deste artigo 217-A, vale dizer, um crime hediondo punido com pena de reclusão de 8 a 15 anos.

Do mesmo modo, haverá crime mesmo quando o menor de 14 anos que esteja namorando, com o consentimento dos seus pais, praticar atos libidinosos, ainda que não a conjunção carnal, coito anal ou sexo oral, mas outros atos com nítido conteúdo libidinoso, como carícias, com nítido conteúdo libidinoso, por exemplo.

Conquanto a mesma Lei nº 12.015, de 7.08.2009, ao dar nova redação ao artigo 225, tenha estabelecido que a ação penal por crime contra vulnerável seja pública incondicionada, nem mesmo os pais poderiam permitir que seus filhos menores de 14 anos namorassem e beijassem a boca do namorado ou da namorada. Um contra-senso, sem dúvida.

Por outro lado, não se pode ignorar que há, no mundo moderno, jovens com menos de 14 anos com pleno desenvolvimento físico e psíquico, capazes plenamente de discernir sobre os atos da sexualidade, e, igualmente, perfeitamente aptos a exercê-la com plena liberdade, que, por essa razão, não podem ser proibidos de ter

vontade.

É evidente que nenhuma lei pode impedir alguém com capacidade plena de exercer livremente a sua sexualidade. O que a lei deve é proteger o menor que não esteja apto a exercer a sexualidade livremente.

Por essa razão, é preciso interpretar a norma do caput do art. 217-A em harmonia com a norma contida no seu § 1º e daí extrair o conceito de vulnerável.

A vulnerabilidade está contida nas exigências de “discernimento para a prática de ato libidinoso” e “possibilidade de resistir”, ou seja, só é vulnerável, e por isso, alcançado pela proteção da norma, a pessoa que não tem discernimento ou não pode resistir, isto é, quem não pode ter vontade livre. Quem não sabe discernir, isto é, quem não tem capacidade de entendimento e não pode escolher entre fazer ou não fazer. E quem, mesmo tendo capacidade de entendimento, não pode, por qualquer razão, resistir e não tem liberdade de agir. Por isso está na situação de vulnerabilidade.

Quem, de outro modo, tem plena capacidade de entendimento, sabendo discernir entre praticar ou não o ato libidinoso, e não esteja, por qualquer razão, impedido de resistir, não precisa da proteção penal e pode exercer livremente a sua sexualidade. Não pode ser vítima de crime algum, se pratica o ato libidinoso.

Vulnerável, portanto, é a pessoa menor de 14 anos que não tem o necessário discernimento para a prática do ato libidinoso ou que não pode oferecer resistência e também a pessoa, de qualquer idade, que, portadora de enfermidade ou deficiência mental, não tem aquele discernimento, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Não será, portanto, todo e qualquer menor de 14 anos que será considerado vulnerável, mas apenas aquele que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Por outro lado, a enfermidade ou a deficiência mental deve ser daquelas que implicam na perda da capacidade de entendimento, de discernimento. Não será, por isso, todo e qualquer portador de enfermidade mental ou de deficiência mental que será considerado vulnerável. A enfermidade ou a deficiência devem ser a causa da incapacidade de discernir, devidamente demonstrada por perícia, na qual os expertos afirmarão a ausência do necessário discernimento para a prática do ato libidinoso.

Igualmente deve ser aferida, com prova técnica, a outra causa que determine a impossibilidade da vítima oferecer resistência.

Essa é a única interpretação harmônica com os princípios maiores que inspiram a construção do Direito Penal, como o da lesividade e o da dignidade da pessoa humana.

**Boa Sorte e até a próxima,**

**PROFESSOR CRISTIANO MENEZES**



