

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL COMO CRIME HEDIONDO: PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE X A SEGURANÇA JURÍDICA

Jessica de Fatima Donizete

RESUMO

O Presente artigo científico analisa uma matéria recente e de suma relevância, visto que levará em consideração a artigo da lei nº12.015/09 e suas modificações inerentes principalmente ao estupro de vulnerável como crime autônomo e sua classificação como crime hediondo. Ato contínuo será discutido a aplicação do princípio da proporcionalidade e da segurança jurídica, relacionado as controvérsias acerca da idade, comportamento e experiência sexual da vítima e se esses fatores afetariam o enquadramento da conduta, e, até que ponto é justa a aplicação da pena estipulada no caso concreto.

Palavra chave: Estupro de vulnerável. Hediondo. Proporcionalidade. Segurança

INTRODUÇÃO

O código penal sofreu modificações com a lei 12.015, de 7 (sete) de Agosto de 2009, alterando substancialmente o Título VI da parte Especial. Analisaremos com mais atenção o capítulo II: Dos crimes sexuais contra vulneráveis, e, mais especificamente o caput do artigo 217 -A: O Estupro de vulnerável relacionado a idade.

Antes da reforma decorrente da referida lei, o CP dispunha seu artigo 224 a existência da presunção de violência quando a vítima era menor de 14 (quatorze) anos. Com a lei nova, a conjunção carnal ou qualquer atos libidinosos com pessoas dessa mesma faixa etária passou a configurar o delito do artigo 217 -A denominado estupro de vulnerável, com pena de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

O tipo penal do artigo 217-A é considerado como crime hediondo em todas as suas formas fato de tal crime ser tratado com maior severidade suscita a discussão se o rigor da pena afetará o princípio da proporcionalidade, já que a experiência sexual é mais precoce.

Para os defensores da segurança jurídica, no entanto, a pena deve ser aplicada com ressalvas, priorizando assim o que foi previsto na norma.

Breve Relato sobre os Crimes Hediondos

Os crimes hediondos estão tipificados na lei 8.072/1990, sancionada pelo então presidente Fernando Collor. Conforme Damásio de Jesus, o crime hediondo é aquele que por sua forma de execução ou pela gravidade do seu resultado, provoca intensa repulsa social. (DAMASIO, 1993 apud FREITAS, p.2) Hediondo é o crime alarmante pavoroso, depravado, horrendo, arrepiamento, que causa indignação moral, etc.; isto é, crime que objetivamente mais ofende aos bens juridicamente tutelados. (FREITAS, p 2).

A referida Lei limitou-se a elencar quais tipos penais seriam considerados hediondos, punido com a não concessão de anistia, graça, indulto e fiança, além do cumprimento inicial da pena em regime fechado, e maior dificuldade na concessão de progressão de regime, dentre outras determinações que implicam em sua sanção mais severa. A classificação do crime de estupro de vulnerável como hediondo é uma forma de repulsa a essa conduta e visando minimizar a prática desse tipo penal, visto que os menores devem ter desenvolvimento sexual resguardado, independente de tendências atuais a preciosidade. Portanto, a previsão normativa desse tipo recém criado tem a função de ser rígido para ser eficaz.

CONDUTA – ato libidinoso

A conduta ato libidinoso é todo ato de violência ou ameaça de ato sexual diverso da conjunção carnal – sexo oral, anal, masturbação –, ou ainda, como toda a manifestação física do instinto sexual expressa em todas as formas de contato físico, menos a penetração, em que se pode explicitar a libido. O tipo objetivo da conduta tem como núcleo o “constrangimento” (forçar, Compelir, obrigar), visando à conduta diversa da conjunção carnal. Inclui: o beijo lascivo até a penetração (por qualquer via do corpo físico da vítima), menos a cópula vaginal, elemento da conduta estupro..

2 PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E O ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A presunção de violência contra menores de idade tem origem na idade média, baseado no entendimento que eles têm vontade nula. No Brasil, foi adotado um posicionamento similar ao código de 1890, considerando violência ficta aquela perpetrada contra menor de dezesseis anos. Pouco tempo depois, no código de 1940 manteve esse critério, mas com a modificação da idade para quatorze anos. (PRADO, 2006, p.244). O estupro de vulnerável surgiu com o advento da lei 12.015/09, revogando a antiga presunção de violência, tendo como escopo proteger a liberdade e a dignidade sexual preservando o desenvolvimento sexual da criança objeto material do delito e o adolescente

menor de 14 ,a vitima acometida de enfermidade ou deficiência mental e quem por qualquer outra causa não possa oferecer resistência .(GRECO,2010,p.519).

O primeiro entendimento é que uma vez iniciada a primeira ação de violência com a finalidade de constranger à prática sexual da conjunção carnal, no caso em que esta não se consuma por motivos de intervenção de pessoas ou de uma reação eficaz da vítima. Em relação ao vulnerável a tentativa também tem as mesmas características. Ou seja, é quando não se tenta a penetração vaginal⁶². No segundo entendimento, a configuração da tentativa no ato libidinoso se relaciona com o iter criminis do estupro consumado, que deverá ser analisado na totalidade do tipo penal estupro pela sua complexidade de suas condutas⁶³. No terceiro, há a consumação na prática do “ato de libidinagem” – mesmo se iniciada a ação libidinosa, esta é interrompida por circunstâncias alheias a vontade do agente. Contra vulnerável é o mesmo entendimento⁶⁴ A doutrina majoritária entende que é desproporcional exigir o dolo específico para a tipificação do estupro, onde o conceito de que “basta a satisfação da lascívia”, leva a um resultado incoerente e desproporcional, pois não haveria necessidade de contato físico corporal, este, seria irrelevante.

Previamente ,cumpre destacar a evolução doutrinária acerca da presunção absoluta (juris et de jure)ou relativa (juris tantum),tendo por base a idade. Interpretando o artigo a 272 do código de 1890 ,havia amplo consentimento de que presunção deveria ser absoluta ,ou seja ,presumia a violência quando sujeito passivo enquadrava -se e sua faixa etária inferior a dezesseis anos .Discutiu se na doutrina a natureza da presunção pela idade da vitima .Para Bento de Faria tratava-se de presunção absoluta(juris et de jure).A maioria dos doutrinadores inclina-se pela existência da presunção relativa (juris tantu)A favor da primeira opinião há os argumentos de que o consentimento da menor e sempre inválido, embora possa ter desenvolvido físico e psíquico superior a sua idade ,e de que a idade da vitima (menor de 14 anos)faz parte do tipo.

Com a finalidade de terminar com a referida discussão ,o legislador revogou o artigo 224 do código regresso ,ou seja ,a presunção de violência e criou o artigo 217-A,o estupro de vulnerável. Todavia ,tal discussão ainda encontrasse presente em sede doutrinária .Para Guilherme de Souza Nucci : O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão a cerca do caráter relativo absoluto da anterior presunção de violência .Alei jamais poderá modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do principio da intervenção mínima seu correlato principio da ofensividade(2009 apud GRECO,210,p,513).

Outros doutrinadores, ore asseveram que não existe nada mais objetivo que a idade, afirmando que não ha nenhuma presunção, ou seja ,o tipo penal tão

somente proíbe a prática da conduta estipulada e seu caput com menores de 14 anos .

pena e reclusão Art.217 -A Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. ,de 8 a 15 anos .Quem pratica este ato com pessoas com enfermidades incapazes de se defender .Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave : a pena reclusão de 10 a 20 anos. Se da conduta resultar morte a pena será de 12 a 30 anos.

O crime em apreço e classificado doutrinamente como crime material; de dano ; instantâneo de forma vinculada a conjunção carnal e de forma livre ,mono subjetivo; pluri subsistente ;não transeunte e transeunte (dependendo da forma que e praticado);comum (ato libidinoso) e de mão própria(conjunção carnal); e o próprio com relação ao sujeito passivo ;doloso ;comissivo ou omissivo improprio(quando o agente gozar do status de garantidor).(GREGO,2010,P.5180.Com as modificações o legislador preocupou -se em formular um entendimento objetivo com relação a existência de uma presunção absoluta ,devido a faixa etária ,que implica em uma insuficiência de discernimento ou inaptidão física ,destarte a pessoa menor de 14 anos de idade incapaz de dispor da liberdade sexual .

3 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL COMO CRIME HEDIONDO :PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE X A SEGURANÇA JURIDICA

Para maior compreensão ,vamos analisar de uma maneira fática o principio da proporcionalidade e o da segurança jurídica .Suponhamos que uma garota de 13 anos ,possuidora de uma vida desregrada e com experiência sexual ,permita ou induza que seu namorado pratique algum ato libidinoso ou conjunção carnal.

Seria justo que ele seja punido pela pena severa do crime de estupro de vulnerável ou existe uma relativização desse tipo penal ?para responder essa questão será necessário analisar dois elementos penais controvertidos, de um lado proporcionalidade e de outro a segurança jurídica.

O principio da proporcionalidade exige que se faça juízo de ponderação sobre a relação existente sobre o bem lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato)e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena).

Em contra partida ,a segurança jurídica consiste no simples fato de visualizar a vontade do legislador na aplicação do caso concreto, cominado com a real punição dos culpados .E notório que o direito penal e formado por um rol taxativo de artigos baseados no principio da tipicidade ,logo se uma conduta ,

e enquadrada em um tipo penal, que infringir o bem jurídico tutelado, ou ao menos ameaça-lo, deve ser punido de acordo com o exposto na norma .

Como foi analisado ,o estupro de vulnerável ,Conforme o caso exemplificativo ,verifica que o autor do crime seria severamente punido, mesmo com o consentimento da menor ,uma vez que sua conduta se enquadra perfeitamente no tipo penal ,protegendo assim a segurança jurídica .

O sujeito ativo do crime no caso o namorado ,teria seu direito de liberdade duramente afetado ,o qual encontra previsão legal no caput do artigo quinto da constituição sabido também ,que o desenvolvimento sexual dos indivíduos esta cada vez mais precoce ,e deve ser analisado o consentimento da suposta vítima .Pois bem parece mais coerente a posição a qual remete a aplicação do principio da proporcionalidade no caso concreto ,sem deixar de ressaltar que o crime de estupro é abominável, e em regra deve ser punido como crime hediondo ,pela torpeza de tal conduta . Função e as dimensões do Princípio da Proporcionalidade O princípio da proporcionalidade assume sua importância através da força jurídica objetiva e autônoma que atingiu os “direitos fundamentais” exigindo-os como filtragem constitucional, em todos os níveis, e nas leis infraconstitucionais, vindo a se chamar de “mais-valia jurídica”¹² Assim, os direitos fundamentais exigem do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi feito um breve relato das mudanças advindas da lei 12.015/09, e a criação do crime de estupro de vulnerável ,considerando crime hediondo a prática da conjunção carnal ou ato libidinoso contra menores de 14 anos .Tal definição foi dada pela gravidade do resultado e pela imensa repulsa social .

Pelo exposto, e notório que o legislador ao enquadrar o tipo penal de estupro de vulnerável como crime hediondo não esta sendo rigoroso, devido a reprovabilidade do ato ,e visando preservar o desenvolvimento sexual do menor ,sem interferências indesejadas ,já que o estupro e um atentado que proporciona trauma infundável .

O referido crime suscita debate entre os defensores da segurança jurídica, que buscavam a aplicação do exposto na lei sem ressalvas ,e os adeptos análise do principio da proporcionalidade ,que defendem o fato de quando o menor de 14 possuir experiência sexual e consentir com sua própria pratica ,não será configurado esse tipo penal, deixa claro que a extinção da presunção da violência.

A discussão parece ser resolvida de melhor maneira quando priorizado o princípio da proporcionalidade , já que determinados casos deve ocorrer uma ponderação da rigurosidade da pena e da gravidade de conduta do sujeito ativo ,já que por vezes a suposta vítima consente com a pratica de conjunção carnal ou ato libidinoso ,deixando assim de existir vulnerabilidade e os elementos que caracterizam a conduta como horrenda e reprovável.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte especial**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal, Parte especial**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva 2008.

_____. **Curso de Direito Penal, Parte geral**. Vol.1. São Paulo: Saraiva a , 2002.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASÍLIA. Lei nº 12015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 ? Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1 de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 de agosto de 2009. Disponível em: . Acesso em: 20 de maio de 2010.