I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-056-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

No contexto dos desafios impostos pela necessidade de isolamento social em face da pandemia instaurada pela profusão do Covid 19, uma rica experiência foi proporcionada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito com a realização do Encontro Nacional em ambiente virtual. Foi nesse compasso que na tarde de sábado, 27 de junho de 2020, os estudiosos e pesquisadores do Direito Penal e do Processo penal, em abordagem integrada e transdisciplinar, reuniram-se para profícuo debate sobre as ciências penais no Brasil e no Mundo, representando as diversas instituições de ensino superior e os diversos programas de pós-graduação em Direito do país. Os temas, ecléticos que são e que o leitor perceberá ao longo da leitura, trazem à baila importantes reflexões sobre assuntos controvertidos e de grande envergadura e que doravante passam a ser apresentados.

O primeiro texto, de autoria de Mayra Lima Vieira, versa sobre "a coibição do crime de lavagem de capitais no Brasil: uma abordagem atual", investiga a atualidade do tema e as suas nefastas consequências, afinal, o delito de lavagem de capitais tornou-se um dos principais desafios a serem enfrentados pelas autoridades policiais e governos das maiores potências do mundo, principalmente pela quantidade de recursos financeiros movimentados por este crime, nada menos que 600 bilhões anualmente, valor equivalente a 5% do Produto Interno Bruto mundial. Essa vultosa quantia é utilizada por toda sorte de organizações criminosas com o objetivo de transformar recursos originalmente ilegais em ativos aparentemente lícitos, através de transações financeiras para eliminar ou dificultar o rastreamento da origem ilegal desses recursos, permitindo sua utilização sem expor os criminosos.

O segundo texto, intitulado " a falência do sistema penitenciário brasileiro: uma reflexão sobre a recuperação por intermédio da privatização", das autoras Marina Calanca Servo e Ana Cristina Lemos Roque, tem por objetivo uma reflexão a respeito da falência do sistema penitenciário brasileiro que além de não atingir as finalidades previstas ao efetivar a sentença condenatória através da pena privativa de liberdade, consiste atualmente em afronta gritante aos direitos e garantias fundamentais. Em que pese inúmeras críticas à privatização, a mesma consiste em possível solução segundo as autoras. A pesquisa foi desenvolvida através de análise bibliográfica e de dados colhidos e apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça; o método histórico-evolutivo foi utilizado em conjunto com o dialético mediante diálogo entre as transformações da pena e a realidade.

O terceiro texto, intitulado “a limitação do direito penal através da ultima ratio no estado constitucional: aspectos garantistas e limitadores da pena”, de Wesley Andrade Soares, aborda, com base no princípio da ultima ratio do direito penal, o controle na produção, aplicação e legitimação da pena nos Estados modernos sob a ótica da Constituição. Afinal, a Constituição tornou-se o núcleo normativo exercendo controle sobre os demais ramos do direito, com reflexos sobre os poderes legislativo e executivo. O estudo busca compreender o funcionamento da ultima ratio como limitador principiológico que atua em todo o direito penal, alcançando os seus aspectos de forma abrangente e generalizada. A pesquisa usou a técnica bibliográfica e valeu-se do método de abordagem qualitativo, analisando literatura e legislação pertinente.

O quarto texto versa sobre “a negociação estadudinense no processo penal: análise crítica e reflexão”, de autoria de Fabio Machado Da Silva, tem o objetivo de provocar a reflexão sobre a importância dos diálogos entre as múltiplas ordens jurídicas no processo de conhecimento da colaboração premiada. Para tanto, torna-se necessário compreender as discussões e normativas que podem fundamentar e inspirar o sistema brasileiro com diversos recortes metodológicos e perspectivas históricas, jurídicas e sociais. Com essa compreensão, reflete-se como o sistema brasileiro e as diversas legislações correlatas à colaboração premiada podem ter sido influenciadas nos diversos momentos sociais e jurídicos no pais.

O quinto texto, intitulado “a remição da pena em razão da superlotação carcerária: viabilidade ou impossibilidade? Uma análise do Recurso Extraordinário n. 580.252- Mato Grosso do Sul”, dos autores Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa o Recurso Extraordinário n. 580.252 do Mato Grosso do Sul, ocasião em que foi discutida a possibilidade de conceder a remição da pena no lugar da prestação pecuniária. A pesquisa buscou verificar a possibilidade de conceder remição aos sentenciados que cumprem penas submetidos às graves violações aos direitos fundamentais. Conclui-se que não é possível conceder remição aos apenados em razão da responsabilidade civil do Estado e às custas de graves violações à dignidade da pessoa humana. O trabalho tem natureza compreensivo analítica, pois buscou reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

O sexto texto, intitulado “a responsabilização jurídico penal pela não recuperação de áreas degradadas pela mineração”, dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Romeu Thomé e Amanda Rodrigues Alves, propõe analisar o artigo 55, parágrafo único, da Lei 9.605/98 e, por conseguinte, a obrigatoriedade de se recuperar áreas degradadas pela mineração. Para tanto, fez-se um resgaste histórico dos diferentes sistemas de exploração mineral no Brasil,

até se chegar às previsões legais vigentes que obrigam a recuperação de áreas degradadas, para, após, analisar a responsabilidade penal do particular em casos de inércia e até mesmo descaso frente a tal obrigação imposta. O estudo foi desenvolvido utilizando-se de metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, com análise doutrinária e jurisprudencial.

O sétimo texto, intitulado “a tutela cautelar no processo penal e o poder geral de cautela”, de autoria de Daniel Ferreira De Melo Belchior e Carlos Henrique Meneghel De Almeida, sustenta que, diante do contexto de combate à corrupção, a concepção das cautelares no âmbito do processo penal passou a assumir papel de destaque no cenário jurídico atual. Aliado a referido fator, a construção de novos precedentes com base no deferimento de cautelares atípicas em âmbito criminal e o advento do CPC 2015 como eixo do sistema processual pátrio reforçam a necessidade de reflexão casuística acerca de referidas medidas, bem como sobre os limites do poder geral de cautela do magistrado em contraponto aos direitos constitucionais dos investigados/acusados.

O oitavo texto versa sobre a “absolvição por juízo criminal incompetente e o princípio do ne bis in idem à luz da jurisprudência do STF e do STJ”, do autor André Luiz Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha. Referido trabalho apresenta uma análise da jurisprudência do STF e do STJ quanto aos efeitos da sentença criminal absolutória transitada em julgado proferida por juízo incompetente. Formando o decreto absolutório coisa soberanamente julgada, interessa verificar como as cortes superiores têm se comportado quando confrontadas com situações do tipo, especificamente qual o alcance por elas dado à garantia do ne bis in idem. Traz-se, assim, noções acerca do princípio do ne bis in idem, realizando-se, posteriormente, exame do instituto da coisa julgada no processo penal e, enfim, a investigação dos precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ a respeito da questão.

O nono texto versa sobre “ações neutras para o direito penal”, de autoria de Gustavo Henrique Rocha de Macedo. O texto faz breve apanhado das chamadas ações neutras para o Direito Penal. Após a exposição do conceito e apresentação de alguns exemplos, colocam-se noções essenciais do concurso de agentes, e apresenta-se relato sobre as teorias objetivas, subjetivas e mistas que buscam justificar o instituto, assim como as críticas à sua existência como categoria dogmática autônoma. Analisa-se, brevemente, a discussão acerca dos honorários advocatícios “maculados” e sua tipificação como crime de lavagem de dinheiro.

O décimo texto, intitulado “análise reflexiva das alternativas penais à prisão”, de Carolina Carraro Gouvea, informa que o sistema prisional brasileiro se destaca pela superpopulação e violação aos direitos fundamentais dos reclusos, existindo uma preocupação nacional em implementar alternativas à prisão para reduzir contingentes carcerários. Orientando-se por

meio de revisão bibliográfica e levantamento de dados estatísticos secundários, a pesquisa buscou responder a seguinte questão: o desenvolvimento normativo das alternativas penais, visando reduzir o encarceramento, está em consonância com o princípio constitucional da intervenção penal mínima? Verificou-se que no Brasil está ocorrendo uma inflação na aplicação de tais medidas que, isoladamente, não causam o efeito pretendido de obter a diminuição do número de pessoas presas.

O décimo primeiro texto, intitulado "as inovações da Lei n.13.718/18 e os crimes contra a dignidade sexual", do autor Thiago Gomes Viana, dispõe que a Lei nº 13.718/18 trouxe uma série de importantes modificações quanto aos crimes contra a dignidade sexual. Utilizando-se de base metodológica bibliográfica, o trabalho investiga, à luz da dogmática penal, tais inovações e sua repercussão penal e processual penal. Na primeira parte, são tecidas algumas considerações acerca dos crimes sexuais. Posteriormente, são analisadas as alterações da lei em comento. Por fim, explora-se se as alterações promovidas pela referida lei representam uma expansão criticável do Direito Penal simbólico, ou se contribuem para o aperfeiçoamento normativo da tutela penal de crimes de repercussão individual e coletiva.

O décimo segundo texto, intitulado os "aspectos controvertidos da redução da imputabilidade penal: uma reflexão à luz dos direitos humanos", dos autores Igor Alves Noberto Soares e Camila de Almeida Miranda, tem por objetivo publicizar investigação científica que questionou a possibilidade de alteração da idade constitucionalmente indicada para a imputabilidade penal. A partir da leitura do art. 228 da Constituição da República de 1988, tem-se que a imputabilidade penal, no Brasil, começa aos dezoito anos. Por meio de pesquisa exploratória, utilizando de ampla revisão bibliográfica, foram discutidos argumentos contrários e favoráveis à redução, e concluiu-se que a redução da imputabilidade penal é inconstitucional e não encontra guarida na efetividade dos Direitos Humanos.

O décimo terceiro texto, intitulado "capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público", de Jamir Calili Ribeiro e Jefferson Calili Ribeiro, tem por objetivo, como consignado no próprio título do artigo, discutir a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público. Uma vez que o Direito Brasileiro tem admitido a possibilidade de condenação criminal das pessoas jurídicas, seria possível estendê-la às pessoas jurídicas de direito público? Seria possível ao próprio Estado se punir? Quais são os fundamentos jurídicos e os obstáculos que se opõe a essa capacidade? O trabalho concentrou-se na revisão bibliográfica e análise dos argumentos expostos por diferentes setores da doutrina. Concluiu-se que, sendo possível reconhecer a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito privado, é preciso estendê-la ao reconhecimento daquela de direito público.

O décimo quarto texto, intitulado “crimes cibernéticos: o art. 154-A, do Código Penal, à luz dos princípios limitadores do direito penal”, de Luma Vilela Ramos Fonseca e Isabella Thalita Andretto Oliveira, analisa o art. 154-A do Código Penal, através dos princípios limitadores do Direito Penal, buscando esclarecer o possível conflito existente entre a nova norma incriminadora e os princípios da adequação social, lesividade e intervenção mínima. Para tanto adotou-se o método qualitativo e descritivo, que se baseia em análise de documentos legais, assim como bibliografias a respeito do tema para verificar que o novo delito previsto no art. 154-A se faz necessário para a proteção do Direito à intimidade frente às inovações tecnológicas, afastando assim qualquer conflito entre a Lei 12.737/12 e os referidos princípios limitadores.

O décimo quinto texto, intitulado “da inadequação do inquérito policial em uma democracia constitucional: a necessidade de um modelo de investigação preliminar compatível com o Estado Democrático de Direito”, do autor Irineu José Coelho Filho, sugere uma releitura da investigação preliminar no Brasil, com foco na necessidade de seu aprimoramento, impondo a construção de uma mentalidade democrática e rompendo-se de vez com o viés inquisitório do Código de Processo Penal de 1941. Propõe-se uma mudança de paradigma, abandonando-se o velho ranço do ultrapassado inquérito policial e primando-se por uma investigação como instrumento de respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado. A metodologia utilizada foi a revisão teórico-bibliográfica, análise documental e método dedutivo, sendo o procedimento técnico constituído de análises interpretativa, comparativa, teórica e histórica.

O próximo trabalho, o décimo sexto, intitulado “declaração incidental de inconstitucionalidade no HC 111840/ES a partir da aplicação da teoria do processo como procedimento em contraditório e da crítica dos princípios como álibi retórico da discricionariedade”, dos autores Rafael Alem Mello Ferreira e Leandra Chaves Tiago, analisa se a declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum do § 1º do artigo 2º da Lei n° 8.072 /90, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus n° 111.840/ES, assegurou aos jurisdicionados o direito fundamental ao contraditório paritário, como também se houve a aplicação de princípio retórico ao caso como álibi da discricionariedade judicial. Assim, o estudo fez inferência indutiva, descritiva e adotou a revisão bibliográfica e documental como método, por meio do exame crítico aos votos proferidos, objetivando reconstruí-los a partir da aplicação da teoria do processo como procedimento em contraditório e da busca de uma Teoria da Decisão.

O décimo sétimo texto, intitulado “denúncia apócrifa no meio ambiente de trabalho do policial brasileiro”, do autor Rodrigo dos Santos Andrade, tem o objetivo de analisar o instituto da denúncia apócrifa assim como o seu impacto no meio ambiente de trabalho do

policial brasileiro e na esfera judicial, pesquisando aspectos positivos e negativos, fatores sociais e a atual posição sobre o tema no Supremo Tribunal Federal. Outro fator analisado foi o uso da denúncia apócrifa sendo, para tanto, realizada uma pesquisa de caráter descritivo a respeito do assunto. O método utilizado foi o indutivo, partindo de conceitos teóricos e análises práticas a fim de se extrair conclusões gerais sobre o tema.

O décimo oitavo artigo, intitulado "do inquisitório ao acusatório (?): a nova redação do artigo 28 do CPP, de autoria de Gamil Föppel El Hireche, analisa o artigo 28 do Código de Processo Penal, buscando responder em que medida a nova redação do dispositivo legal, dada pela lei 13.964/2019, insere um dado acusatório no processo penal brasileiro. Investiga-se, para tanto, os sistemas processuais penais, por meio de revisão bibliográfica, de maneira a concluir que a nova sistemática de arquivamento do inquérito representa, sim, em certa medida, o sistema acusatório, o qual ainda assim não resta definitivamente consagrado, haja vista que a leitmotiv do sistema inquisitorial (gestão da prova nas mãos do juiz) ainda é a uma realidade presente no processo penal brasileiro.

O décimo nono artigo, intitulado o "estudo hermenêutico da legítima defesa no estado democrático de direito: uma análise do parágrafo único do artigo 25 do Código Penal brasileiro, dos autores Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Rayssa Rodrigues Lopes e Mirela Guimarães Gonçalves Couto, trata do parágrafo único no artigo 25 do Código Penal, que permite a defesa contra uma agressão injusta atual ou iminente usando moderadamente dos meios necessários, o que provoca a discussão acerca do real sentido da norma, se haveria um reforço do previsto ao descrever o incontestável ou se o legislador pretendeu legalizar o abate de seres humanos. Conclui-se ser o dispositivo inserido redundante, caracterizando um esforço que já estava previsto no caput do artigo 25 ao se entender que as controvérsias decorrentes de normas supérfluas somente colocariam em risco a aplicação razoável da lei.

O vigésimo artigo, intitulado "evolução histórica da pena e a ressocialização", dos autores Francisco Clayton Brito Junior, Lia Mara Silva Alves e Lya Maria de Loiola Melo, tem como objeto de estudo o sistema penitenciário, como regra geral, um ambiente de privação de liberdade e que questiona se ressocializa o apenado. Analisa a evolução histórica da pena relacionando-a à importância da efetivação dos direitos constitucionais e legais no processo de ressocialização do apenado. Nesse contexto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e pura em razão de ampliar os conhecimentos, proporcionando uma nova posição acerca do assunto. A ressocialização, na acepção dos autores, é a função mais importante do sistema penitenciário, tornando-se fundamental sua efetivação; todavia, para que isso ocorra, o sistema penitenciário deve passar por mudanças.

O vigésimo primeiro artigo, que versa sobre “o juiz das garantias: o nascimento legislativo do juiz das investigações e sua constitucionalidade formal”, de Felipe Braga de Oliveira, estuda a constitucionalidade formal da Lei nº 13.964/2019, cognominada de “pacote anticrime”, que previu o juiz das garantias, figura judicial responsável pelo controle da legalidade dos atos de investigação criminal. Com o advento da lei, surgiram ações constitucionais buscando o reconhecimento da incompatibilidade do instituto com a ordem jurídica brasileira. O estudo, portanto, debruça-se sobre os argumentos autorizadores da constitucionalidade do juiz das garantias, em consonância com o pacto federativo e a garantia do juiz natural e imparcial.

O vigésimo segundo artigo, intitulado “o conceito de vulnerabilidade no direito penal: repercussões no Superior Tribunal de Justiça e nas práticas judiciárias”, de autoria de André Victor Pires Machado e Thiago Allisson Cardoso De Jesus, buscou demonstrar, por meio de análise doutrinária e de julgados, a tentativa do STJ de estabelecer um conceito objetivo para a vulnerabilidade e o descompasso judiciário protagonizado pelos Tribunais de Justiça Estaduais.

O vigésimo terceiro artigo, intitulado “o controle da dosimetria da pena pela inteligência artificial’, de Matheus Felipe De Castro e Luciano Zambrota, objetiva verificar se é possível utilizar ferramentas de inteligência artificial para fins de controle da dosimetria da pena na sentença penal condenatória, com objetivo geral de estimular o desenvolvimento de soluções tecnológicas para auxiliar o magistrado nesta atividade. Para tanto, foi examinado o cenário vivenciado nos Estados Unidos da América, bem como estudos e iniciativas nacionais para informatização da dosimetria da pena e outros processos decisórios do Poder Judiciário. Ao final, concluiu-se ser possível a utilização da inteligência artificial para controle da dosimetria da pena, pois existe viabilidade técnica e seria relevante para garantir direitos fundamentais dos condenados.

O vigésimo quarto artigo, intitulado “perseguição e violência psicológica contra a mulher: uma análise da contribuição da tutela penal com relação ao ‘stalking’”, dos autores Inezita Silveira da Costa e Bruno Rotta Almeida, estuda, por meio de revisão bibliográfica e análise de dados, documentos e informações, a potencialidade da tutela penal com relação ao “stalking”. Indaga em que medida as propostas legislativas sobre a conduta de “stalking” contribuem para o combate à violência contra a mulher. O texto expõe, primeiramente, os aspectos sobre a violência contra a mulher no âmbito do cenário nacional. Após, exibe as ferramentas jurídico-penais existentes no ordenamento pátrio de tutela da violência psicológica contra a mulher. Por fim, analisa proposições legislativas a respeito da conduta de perseguição, ou ‘stalking’.

O vigésimo quinto trabalho, intitulado “responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais: uma análise a partir da denúncia no caso Brumadinho”, dos autores Romulo Luis Veloso de Carvalho e Tamara Brant Bambirra, tem por escopo a análise da adoção da responsabilização da pessoa jurídica na esfera penal, apresentando as correntes antagônicas, analisando os principais posicionamentos acerca do tema e o seu desenvolvimento e inserção no sistema brasileiro. O trabalho analisa a denúncia feita pelo Ministério Público de Minas Gerais no caso do rompimento da barragem em Brumadinho, ações e omissões, das empresas envolvidas, sem as quais o resultado não teria acontecido.

O vigésimo sexto trabalho, intitulado “sob custódia da morte: reflexão biopolítica da banalização estatal da morte no sistema penitenciário brasileiro”, dos autores Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Cleber Freitas do Prado, analisa a temática da banalização da morte no interior das prisões brasileiras, concebidas como verdadeiros campos, no âmbito dos quais a exceção se transforma em regra, viabilizando a produção de morte impune dos sujeitos encarcerados. Nesse sentido, as penitenciárias brasileiras acabam se transformando em locais nos quais os dispositivos de controle são levados até a última consequência. O estudo buscou responder ao seguinte problema: o Estado brasileiro se utiliza do campo biopolítico do sistema prisional para promover o exaurimento de vidas nuas (descartáveis)? O método empregado na investigação foi o qualitativo, com técnica de pesquisa bibliográfica.

Por fim, o texto “tráfico de crianças e adolescentes no Brasil: uma análise das ocorrências à luz da doutrina da proteção integral”, das autoras Yasmim Pamponet Sá e Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, estuda o tráfico de crianças e adolescentes no Brasil considerando-se o Relatório Nacional sobre o Tráfico de Pessoas (2017). Analisa-se as possíveis finalidades das ocorrências no país em face da lacuna nos dados publicados. Realiza-se abordagem crítica do fenômeno considerando-se os postulados da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, para demonstrar em que medida se concretiza a proteção integral de crianças vítimas de tráfico de pessoas no contexto da política brasileira e do III Plano Nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental especializada.

Pontofinalizando, imperioso dizer que esta apresentação revela o quão rico e interessante está o livro, que proporcionará ao leitor navegar por diversos e atuais temas das denominadas ciências penais. Não restam dúvidas que fomos todos brindados com excelentes pesquisas e apresentações, produtos de uma articulação cuidadosa de marcos teóricos e metodológicos que reafirmam a função social da Universidade e da Ciência.

O texto acima é, portanto, um convite à leitura, a qual se espera seja proveitosa e instigante. Avante!

Brasil, inverno de 2020.

Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Escola Superior Dom Helder Câmara/MG

Professor Doutor Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

UNIJUÍ e UNISINOS/ RS

Professor Doutor Thiago Allisson Cardoso De Jesus

Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma/MA

Nota técnica: O artigo intitulado “Perseguição e violência psicológica contra a mulher: uma análise da contribuição da tutela penal com relação ao ‘stalking’” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O CONCEITO DE VULNERABILIDADE NO DIREITO PENAL: REPERCUSSÕES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E NAS PRÁTICAS JUDICIÁRIAS.

THE CONCEPT OF VULNERABILITY IN CRIMINAL LAW: REPERCUSSION IN SUPERIOR JUSTICE TRIBUNAL AND IN LEGAL PRACTICE.

Andre Victor Pires Machado
Thiago Allisson Cardoso De Jesus

Resumo

Vulnerabilidade no direito penal e suas repercussões no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e na prática judiciária. Por meio de análise doutrinária e de julgados, buscou-se demonstrar a tentativa do STJ de estabelecer um conceito objetivo para a vulnerabilidade e o descompasso judiciário protagonizado pelos Tribunais de Justiça Estaduais.

Palavras-chave: Vulnerabilidade, Direito penal, Stj, Práticas judiciárias, Descompassos

Abstract/Resumen/Résumé

Vulnerability in criminal law and its repercussion in Superior Justice Tribunal (SJT) and in legal practice. Through doctrinal analysis and judgments, we sought to demonstrate the SJT's attempt to establish an objective concept for vulnerability and judicial mismatch led by States Courts of Justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Vulnerability, Criminal law, Stj, Legal practice, Instability

INTRODUÇÃO

A compreensão do Direito Penal no contexto de uma política criminal desenvolvida por um Estado Democrático de Direito na contemporaneidade pressupõe a constante abertura da pauta para temas humanitários, sistêmicos e que refletem relações, e também distanciamentos, com a dignidade da pessoa humana, eleita fundamento da República no pós-1988 e regra de tratamento do sujeito em conflito com a lei penal.

Nesse sentido, urge analisar o trato do conceito de vulnerabilidade pelo Sistema de Justiça Criminal, perscrutando a formulação dos preceitos normativos, bem como as interpretações dadas pelo Judiciário. A relevância da temática situa-se na atual e persistente divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o conceito de vulnerabilidade no Direito Penal, apesar de alterações legislativas e das reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça visando harmonizar a questão.

Para esse artigo, então, elegeu-se como problema de pesquisa: em que consiste o hodierno conceito de vulnerabilidade no Direito Penal e como ele se manifesta nas práticas judiciárias?

A metodologia empregada para a elaboração do presente artigo adotou o método dedutivo, possui natureza de pesquisa exploratória, com abordagem qualitativa e fará uso de técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e análise de conteúdo, a partir da análise de julgados pertinentes ao objeto de estudo aqui já delimitado.

Estabeleceu-se, como marco temporal e empírico, a edição da Lei nº 12.015/2009 que alterou significativamente o Código Penal (CP), tendo incluído, dentre outros, o crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do CP.

O plano de investigação desse artigo, após esse intróito, constituir-se-á em duas seções. A primeira aborda o conceito de vulnerabilidade no Direito Penal Pátrio, analisando-se o trato dado pelo Poder Legislativo e pela literatura especializada, bem como a atuação recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com uma análise dos julgados mais relevantes sobre o tema que culminaram, inclusive, na edição da súmula 593 do STJ, publicada em 06 de novembro de 2017. Na sequência, a última seção reflete o descompasso judiciário sobre a temática em comento, a partir da notória divergência entre a primeira e a segunda Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, representativas de amostra delimitada para discussão acerca da problemática aqui propostas.

Almeja-se contribuir com a literatura especializada, a partir de considerações conclusivas, colaborando para novas pesquisas aplicadas sobre esse tema ainda controvertido, que tem ocasionado diversas decisões de Tribunais de Justiça Estaduais que divergem do entendimento sumulado do STJ e fragilizam a aplicabilidade ao art. 217-A, *caput*, e §5°, do Código Penal.

2 O CONCEITO DE VULNERABILIDADE NO DIREITO PENAL: uma análise técnico-jurídica do trato normativo e doutrinário da questão

Para a análise da vulnerabilidade no Direito Penal, estabelece-se como marco temporal a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que incluiu o crime de estupro de vulnerável e culminou na denominada reforma penal de 2009.

Antes dessa reforma penal, apregoava tão somente a presunção de violência, que estava prevista no art. 224 do CP, que assim dispunha: "Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze anos); b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência" (BRASIL, 1940, não paginado).

Com o advento da reforma, houve a inclusão do art. 217-A no CP, tipificando o crime de estupro de vulnerável.

A Lei nº 12.015/2009 é produto da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) criada por meio do Requerimento nº 02, de 2003-CN, "com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil" (BRASIL, 2005b, p. 6).

A finalidade da CPMI evidencia a intenção do legislador: proteger as crianças e os adolescentes da exploração e do abuso sexual, ante sua notória situação de vulnerabilidade. Do mesmo modo, a exposição de motivos da lei não deixa dúvidas sobre a intenção do legislador, expondo que:

> Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. **Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados**. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode,

> por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; **sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.** (BRASIL, 2004, não paginado, grifo nosso).

O legislador pretendeu conceituar objetivamente a vulnerabilidade, acabando com a antiga presunção de violência nas infrações penais contra vulneráveis previsto no antigo art. 224 do CP.

Há, ainda, a menção ao fato de que apesar de a CPMI advogar que a presunção de violência era absoluta, não era esse o entendimento de muitos julgados. Veja-se, assim, que uma das razões da reforma legislativa era justamente o descompasso da prática judiciária.

Desse modo, decidiu o legislador destacar a vulnerabilidade de crianças e adolescentes com idade até 14 anos; de pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental não possuírem discernimento para a prática do ato sexual; e aquelas que não podem, por qualquer motivo, oferecer resistência, considerando que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com essas pessoas é crime, sendo desnecessário adentrar ao mérito da violência e sua presunção, ou seja, tratando-se, assim, de objetividade fática.

Nessa mesma reforma, alterou-se a grafia do Capítulo II do Código Penal, outrora denominado de "Da sedução e corrupção de menores", passando a ser denominado "Dos crimes sexuais contra vulnerável" (BRASIL, 1940, não paginado), incluindo-se nesse capítulo os seguintes crimes (BRASIL, 1940):

a) Estupro de vulnerável (art. 217-A);
b) satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A);
c) favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (art. 218-B).

A intenção legislativa, portanto, foi a de impossibilitar que o Poder Judiciário relativizasse a violência com base em critérios subjetivos, devendo a análise ser objetiva, com base em critérios definidos na própria lei. Defendendo que com o advento da lei em questão a discussão estaria superada, Greco (2013, p. 704, grifo nosso)

> Com louvor**, visando acabar, de vez por todas, com essa discussão**, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da

> Lei. nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a 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 (quatorze) anos** (pelo menos é o que se espera).

Isso porque, o art. 217-A do CP prevê expressamente quem se considera vulnerável, *in verbis:*

> Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 1 º 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 2 º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 3 º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> § 4 º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009). (BRASIL, 1940, não paginado).

De fato, o legislador objetivou delinear o conceito de vulnerabilidade, elencando expressamente quem seriam vulneráveis. Não obstante a tentativa legislativa de objetivar a vulnerabilidade, persiste notória celeuma jurídica sobre o conceito de vulnerabilidade. A discussão não fora, então, superada.

A doutrina diverge sobre o tema. Parte da doutrina assevera que a presunção de violência é relativa, outra parte assevera que a presunção de violência é absoluta. Defendendo a vulnerabilidade relativa, Gomes (2011, não paginado, grifo nosso):

> Tanto na redação anterior como na atual, o crime de estupro contra menor de 14 anos **não pode ser enfocado de maneira absoluta**. Há incontáveis situações em que não se justifica o teor literal da lei. Imagine um rapaz de 18 anos que namora uma menina de 13, há tempos, na casa dos pais dela, fazendo parte da ambiência familiar (tudo com o consentimento dela e dos pais). Estamos falando de um namoro consensuado e público. Havendo relação sexual não violenta entre eles jamais será o caso de se

> afirmar a tipicidade material desse fato. Há tipicidade formal. Mas não se trata de resultado intolerável, nessa situação. Fica afastada a tipicidade material. Nem tudo o que é formalmente, é materialmente típico.

De igual modo, justificando a necessária continuidade dos debates doutrinários e jurisprudenciais e provocando significativa reflexão a respeito do tema, Nucci (2009, p. 37):

> A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. **O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência**. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. **A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima** e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real.

Por outro lado, entendendo que todos os menores de 14 anos são vulneráveis, preenchendo a elementar do tipo, e sendo tutelados pela lei de forma incondicional, Greco (2012, p. 531-532):

> Sempre defendemos a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois, não existe dado mais objetivo do que a idade [...] 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 vênia, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais.

O legislador, atento à continuidade da discussão jurídica a respeito do tema, editou a Lei 13.718/2018 que acrescentou o §5º ao artigo 217-A do CP, com a seguinte redação:

> 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.
> **§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime**. **(Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)**. (BRASIL, 1940, não paginado, grifo nosso).

Disse o legislador, em nova tentativa de objetivar o conceito, que a aplicação da pena do crime de estupro de vulnerável independe do consentimento do menor de 14 anos ou quem 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.

Esse é o contexto legislativo e doutrinário sobre o tema. No tópico seguinte, passa-se a analisar a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

3 O ENTENDIMENTO RECENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O DESCOMPASSO DA PRÁTICA JUDICIÁRIA NO (NÃO)RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE À LUZ DE JULGADOS DO TJ/MA

Como é cediço, o Superior Tribunal de Justiça é responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. Considerando as dissonantes interpretações dos Tribunais Estaduais acerca do conceito de vulnerabilidade no Direito Penal, coube ao col. STJ uniformizar a interpretação.

Na vigência da alínea “a” do art. 224 do Código Penal (antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/09), a denominada presunção de violência foi tema de divergência no próprio STJ, com julgados divergentes entre suas Turmas,

A divergência, em tese, teria sido solucionada no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) Nº 1.152.864 - SC (2012/0044486-8), julgado em 26/02/2014, com a seguinte ementa:

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ARTS. 213 C.C 224, ALÍNEA *A*, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N.º 12.015/2009. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. INCAPACIDADE VOLITIVA. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DO MENOR. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA EXAME DAS DEMAIS TESES VEICULADAS NA APELAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.
>
> 1. A literalidade da Lei Penal em vigor denota clara **intenção do Legislador** de proteger a liberdade sexual do **menor de catorze anos**, infligindo um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que **ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações**. Não é por outra razão que o Novo Código Civil Brasileiro, aliás, considera absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os **menores de dezesseis anos**, proibidos de se casarem, senão com autorização de seus representantes legais (art. 3.º, inciso I; e art. 1517). A Lei Penal, por sua vez, leva em especial consideração o **incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos**, para impor um **limite objetivo** para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual.
>
> 2. A **presunção de violência** nos crimes contra os costumes cometidos **contra menores de 14 anos**, prevista na antiga redação do art. 224, alínea *a*, do Código Penal, possui **caráter absoluto**, pois constitui **critério objetivo** para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações como de um **inválido** consentimento da vítima; eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima.
>
> 3. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento *"quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida."* (HC 105558, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe de 12/06/2012). No mesmo sentido: HC 109206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 16/11/2011; HC 101456, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 30/04/2010; HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 14/04/2008, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ de 17/08/2001.
>
> 4. Embargos de divergência acolhidos para, afastada a relativização da presunção de violência, cassar o acórdão embargado e o acórdão recorrido, determinando o retorno dos

> autos ao Tribunal *a quo* para que as demais teses veiculadas na apelação da Defesa sejam devidamente apreciadas. (BRASIL, 2014, p. 4, grifo nosso).

A relatora dos embargos de divergência foi a eminente ministra Laurita Vaz, que iniciou o seu voto destacando a polêmica acerca do tema:

> A questão é deveras polêmica. E, embora tenha havido pronunciamento desta Terceira Seção sobre o tema, a Eg. Sexta Turma tem produzido acórdãos contrários, reavivando a controvérsia, a ensejar nova apreciação do Colegiado mais amplo, aliás, oportuna, em razão da significativa alteração da composição de ambas as Turmas. (BRASIL, 2014, p. 6).

Prosseguindo, sustentou três fundamentos para considerar a presunção de violência como absoluta. O primeiro fundamento é de ordem subjetiva, um sentimento pessoal, assim exposto:

> Ao meu sentir, mesmo no contexto da dita vida moderna, **não se mostra razoável atribuir capacidade de discernimento a menor de tão tenra idade** – 12 anos no caso –, a ponto de considerá-la apta a consentir, validamente, com a prática sexual. (BRASIL, 2014, p. 7, grifo nosso).

O segundo fundamento consiste em uma interpretação literal e teleológica do Código Penal, considerando ser esse o objetivo do legislador, *verbis:*

> Nessa esteira, **diante da literalidade da Lei Penal em vigor, parece-me iniludível que quis o Legislador proteger a liberdade sexual do menor de catorze anos, infligindo um dever geral de abstenção**, porquanto se trata de pessoa que ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações. (BRASIL, 2014, p. 7, grifo nosso).

O terceiro fundamento foi a menção a dois precedentes do Supremo Tribunal Federal que consideraram a presunção de violência como absoluta: (HC 105558, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe de 12/06/2012.) e (HC 109206/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe-217 DIVULG 14/11/2011, PUBLIC 16/11/2011). (BRASIL, 2014, p. 8-9).

O julgamento foi unânime e então em 26/02/2014 o STJ fixou o entendimento de que a presunção de violência prevista no antigo art. 224, alínea "a" do CP é de caráter absoluto, não podendo ser relativizada.

Não obstante, a reforma penal de 2009, já havia extinguido a referida presunção de violência, ao revogar o art. 224, "a" do CP e incluir o art. 217-A (estupro de vulnerável).

Por esse motivo, o tema novamente alcançou o col. STJ, agora para decidir se o novo crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A admitiria a relativização – já inadmitida na vigência do revogado art. 224, "a".

O STJ enfrentou o tema no Recurso Especial nº 1.480.881 - PI (2014/0207538-0), julgado em 26/08/2015 sob a sistemática de recurso repetitivo, que teve como Relator o Ministro Rogerio Schietti Cruz (BRASIL, 2015c).

O relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz, iniciou seu voto ressaltando que:

> Registre-se que, ainda na vigência da alínea 'a' do art. 224 do Código Penal (antes da entrada em vigor da **Lei n. 12.015/09**), a interpretação que vinha se firmando sobre tal dispositivo já era no sentido de que respondia por estupro ou por atentado violento ao pudor o agente que, **mesmo sem violência real, e ainda que mediante anuência da vítima**, mantinha relações sexuais (ou qualquer ato libidinoso) com menor de 14 anos. (BRASIL, 2015c, p. 13, grifo nosso).

Prosseguindo seu voto, asseverou que após a edição da lei nº 12.015/09, com a inclusão do art. 217-A, não há mais que se falar em dúvida quanto à irrelevância do consentimento da vítima ou sua experiência anterior, *verbis:*

> [...] **as alterações legislativas incorporadas pela Lei nº 12.015/09** ao TÍTULO VI – DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, especialmente ao seu CAPÍTULO II – DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, do Código Penal, **não mais permitem qualquer dúvida razoável quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no art. 217-A, *caput***, do Código Penal, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente. (BRASIL, 2015c, p. 16, grifo nosso).

Para o ministro, após a edição da supramencionada lei, objetivou-se o trato dado à vulnerabilidade, sendo irrelevante o consentimento da vítima ou qualquer outro critério de caráter subjetivo.

Em outro trecho do voto, assevera que o tema é jurídico e não pode ser analisado sob qualquer viés moralista*:*

> Decerto que a *vexata quaestio* ora examinada – natureza da presunção de violência – não pode ser enfrentada sob viés moralista. **O tema é essencialmente jurídico e dentro do**

> **Direito há de ser analisado**. A dogmática penal, que decorre, como visto, de uma clara política criminal de maior proteção aos menores impúberes, é bastante para a dicção do direito (*juris dicere*) em casos como o que se analisa nesta impugnação de natureza extraordinária. (BRASIL, 2015c, p. 23, grifo nosso).

Ao final, declara que "**a discussão quanto à relativização do consentimento do menor de 14 anos encontra-se hoje superada com o advento da Lei n. 12.015/2009 que introduziu o art. 217-A ao Código Penal"** (BRASIL, 2015c, p. 29, grifo nosso).

Desse julgamento, que estabeleceu trato objetivo ao tema, restou assentada a seguinte tese, constante no Informativo de jurisprudência 568 do STJ:

> Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (BRASIL, 2015c, p. 36).

Por ter sido julgado em sede de recurso repetitivo com tese fixada, a tendência natural era a de que houvesse alinhamento da orientação pelos Tribunais de Justiça Estaduais. Não aconteceu.

Assim, mesmo após a fixação da tese em sede de recurso repetitivo, em 25.10.2017, a Terceira Seção do STJ, editou a súmula 593, publicada em 6.11.2017 no DJe, com a seguinte redação:

> 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. (BRASIL, 2017, p. 2, grifo nosso).

Por todas essas razões, forçoso concluir que o STJ pacificou o entendimento de que a vulnerabilidade no direito penal tem caráter absoluto, não admitindo relativizações.

Ainda assim, a orientação não era seguida pelos Tribunais de Justiça Estaduais, o que, como dito, levou o legislador a editar a lei 13.718 de 24 de setembro de 2018, que incluiu o já mencionado §5º no art. 217-A do CP, que passou a ter a seguinte redação:

> 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.
> [...]
> **§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo <u>aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.</u> (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)**. (BRASIL, 1940, não paginado, grifo nosso).

Vê-se, então, que o legislador confirmou a interpretação dada pelo col. STJ a respeito do tema, tendo incluído o teor da Súmula 593 do STJ no novo parágrafo 5º do art.217-A do CP.

Novamente a alteração legislativa não foi o suficiente. Ainda há diversas decisões de Tribunais de Justiça Estaduais que relativizam a vulnerabilidade do art. 217-A do CP.

Notório, portanto, o descompasso da prática judiciária.

Para bem demonstrar isso, incumbe analisar a divergência entre a primeira e a segunda Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA), representativas do problema aqui delimitado e ilustrativas do que se deseja pois investigar.

A primeira Câmara Criminal relativizou a vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável, no julgamento da apelação criminal nº 044338/2017 - ESPERANTINÓPOLIS (número único: 0001334-30.2015.8.10.0086), julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018, que teve como Relator o Desembargador Raimundo Nonato Magalhães Melo e como Revisor o Desembargador João Santana de Sousa, em julgado assim ementado:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL.CONSTRUÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. AUSÊNCIA DE DOLO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. RELATIVIZAÇÃO.** ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO. (MARANHÃO, 2018, não paginado, grifo nosso).

Em seu voto, o Relator reconhece que o entendimento do col. STJ é no sentido de que a presunção de violência é absoluta, mas aduz que este entendimento deve ser mitigado a depender do caso concreto, devendo-se observar as diferentes realidades sociais e culturais do Brasil:

> **Embora haja entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a presunção absoluta da violência**, quando a vítima for menor de 14 (quatorze) anos, **há de ser analisada a peculiaridade de cada caso posto em julgamento**, mitigando-se tal entendimento.
> **Não podemos deixar de observa as diferentes realidades sociais e culturais existentes em nosso extenso território** (principalmente em povoados mais afastados dos centros urbanos), bem como o excesso de informações nos centros mais desenvolvidos. (MARANHÃO, 2018, não paginado).

Dois são os fundamentos utilizados para relativizar a vulnerabilidade. O primeiro segue uma conotação moral e sinaliza padrões mutáveis de comportamento. No trecho do julgado acima, a fundamentação doutrinária e tangente ao Direito, a partir da qual "sobre o tema, defende o doutrinador Guilherme de Sousa Nucci a relativização da vulnerabilidade, devendo-se acompanhar as mudanças de padrões de comportamento da sociedade." (MARANHÃO, 2018, p. 2).

O segundo é mencionar que outros Tribunais Estaduais relativizam a vulnerabilidade, colacionando a ementa de julgados dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (2018) e Mato Grosso do Sul (2017).

Os fundamentos jurídicos, portanto, restringem-se a um doutrinador e a decisões de outros Tribunais Estaduais divergindo do col. STJ.

Ademais, justificou que o acusado teria união estável com a vítima, havendo, pois, construção de entidade familiar.

> Volvendo-se ao caso posto em análise, o apelante manteve com a vítima uma 'união estável', **por 02 (dois) anos**, com autorização materna, sobrevindo desse relacionamento 02 (dois) filhos, ambos devidamente registrados pelo pai/apelante.
> [...]
> Como podemos constatar, entre a vítima e o autor houve a formação de entidade familiar, não houve a intenção, pura e simples, de manutenção de relação sexual, mas sim de constituir uma família, como assim o fez, vindo desta relação 02 crianças. Por tal razão, deve-se relativizar o entendimento ostentado pelo Superior Tribunal de Justiça, eis que ausente a vulnerabilidade da vítima. (MARANHÃO, 2018, p. 3).

Finaliza o voto com o seguinte questionamento: "Pergunta-se, como ficarão estes filhos, sem o amparo afetivo e econômico do pai? E ainda tendo conhecimento que este se encontra condenado a pena (rigorosa) de 08 (oito) anos?!." (MARANHÃO, 2018, p. 3). Não há dúvidas de que a união estável é inservível para justificar a relativização, e

houve negativa de vigência ao art. 217-A e §5º do CP e desrespeito ao enunciado sumular n° 593 do col. STJ.

Não se está a defender que o juiz seja escravo da lei, devendo cegamente aplicá-la ainda que cause grandes injustiças; contudo, no caso analisado, a situação posta a julgamento amolda-se perfeitamente ao art. 217-A e §5º do CP e não tendo o órgão julgador declarado a inconstitucionalidade do referido artigo, deveria o ter aplicado ao caso concreto. Ainda, sobreleva-se, o raciocínio do eminente Relator que preconiza que, se da prática do crime de estupro de vulnerável resultarem filhos, o fato é atípico, pois caso o acusado fosse preso os filhos restariam sem amparo afetivo e econômico do pai. Esse argumento, evidentemente não deve ser tolerado, sob pena de beneficiar estupradores de vulneráveis que tenham tido prole com as vítimas.

A segunda Câmara Criminal do TJMA, divergindo da primeira Câmara Criminal, entende que a vulnerabilidade da vítima possui natureza absoluta, como demonstra o julgamento da apelação n° 0552342016, Rel. Desembargador(a) ANTÔNIO GUERREIRO JÚNIOR, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 06/04/2017, DJe 18/04/2017, assim ementada:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A; CAPUT, DO CP. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA PRESTADAS NO INQUÉRITO POLICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. RELATIVIZAÇÃO. PREVALÊNCIA DA VERSÃO ORIGINAL. AJUSTE AOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. NATUREZA ABSOLUTA. CONDENAÇÃO MANTIDA.
>
> [...]
>
> III. **Para a caracterização do delito de estupro de vulnerável, suficiente que se pratique conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos**, porquanto a vulnerabilidade da vítima com a idade prevista no art. 217-A, caput, do CPB é de natureza absoluta, mostrando-se irrelevante, inclusive, seu eventual consentimento na prática do ato sexual, bastando que o agente conheça tal condição. IV. Recurso improvido. (MARANHÃO, 2017, p. 1, grifo nosso).

Em seu voto, o Relator assevera que, nos termos do art. 217-A do CP, a vulnerabilidade é absoluta, sendo, pois, irrelevante o consentimento na prática, nos seguintes termos:

> Acrescente-se que, para a caracterização do delito de estupro de vulnerável, suficiente que se pratique conjunção carnal, ou qualquer outro ato libidinoso, com menor de 14 (catorze) anos, posto que a vulnerabilidade da vítima com a idade prevista no art. 217-A, *caput*, do CPB, é de natureza absoluta, mostrando-se irrelevante, inclusive, seu eventual consentimento na prática do ato sexual, bastando que o agente conheça tal condição. (MARANHÃO, 2017, p. 4).

Observa-se, então, que, apesar da intenção e do esforço do Poder Legislativo e da orientação sumulada do col. STJ, há notório descompasso judiciário no trato de questão tão sensível, como demonstra a divergência entre a primeira e a segunda Câmara Criminal do TJMA, a exemplo de tantas outras práticas judiciárias pautadas na livre interpretação do comando normativo já existente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As percepções oriundas da presente investigação acerca dos fundamentos e sustentáculos do conceito de vulnerabilidade no Direito Penal Brasileiro demonstram que, apesar da objetividade conferida pelo legislador expressa no art. 217-A do CP, é notório o descompasso no Judiciário protagonizado por Tribunais de Justiça Estaduais que negam vigência ao artigo mencionado e ao enunciado sumular de n° 593 do STJ, interpretando livremente o comando normativo, por meio de um decisionismo sem rigor e técnica apurada.

Por conseguinte, entende-se que a discussão acerca do caráter absoluto ou relativo do conceito de vulnerabilidade está superada com a inclusão do art. 217-A ao CP que definiu se tratar de caráter absoluto a partir do elemento do tipo penal caracterizado, não existindo margem para o órgão julgador, analisando o caso concreto, relativizá-lo.

A intenção legislativa foi admitida e chancelada pelo STJ, quando editou a súmula 593. Além disso, mesmo após a edição da súmula, foi publicada a lei n° 13.718 de 24 de setembro de 2018, que incluiu o §5º no art. 217-A do CP, inserindo no texto da norma, com outras palavras, o teor do entendimento contido no enunciado sumular n° 593 do STJ.

Por todos esses motivos, é necessário que os Tribunais de Justiça Estaduais se alinhem ao conceito objetivo e absoluto de vulnerabilidade, por ser a intenção do legislador e enunciado sumular do col. STJ.

Esse descompasso na prática judiciária, caso persista, acarretará enorme insegurança jurídica, posto que por vezes teremos decisões conflitantes ora absolvendo, ora condenando, indivíduos que praticaram a mesma conduta, a depender de qual Câmara Criminal o recurso tenha sido distribuído, processado e julgado.

Não é demais lembrar que o consentimento da vítima é irrelevante para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não podendo ser considerado para fins de reconhecimento da atipicidade da conduta.

Do mesmo modo, não há que se discutir qualquer critério subjetivo, especialmente quanto ao comportamento e eventual experiência sexual da vítima, também sujeito de direitos e digna de tratamento respeitoso pelo bem juridicamente tutelado que fora violado no ambiente do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Legislação Informatizada: lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009: exposição de motivos. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, 14 set. 2004. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>. Acesso em: 5 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1o da Lei no 8.072, 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 1o de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 ago. 2009b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 5 set. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da exploração sexual de crianças e adolescentes**. Brasília, DF: Câmara dos

Deputados, Coordenação de Serviços Gráficos, 2005b. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/84599>. Acesso em: 10 set. 2018.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos Divergentes em Recurso Especial n º1.152.864 - SC (2012/0044486-8). Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33522715&num_registro=201200444868&data=20140401&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2018.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.480.881 - PI (2014/0207538-0). Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 26 ago. 2015c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=50489728&num_registro=201402075380&data=20150910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 5 set. 2018.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 566316-MG. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 14 de abril de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 19 mar. 2009a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4092403/recurso-especial-resp-586316>. Acesso em: 10 set. 2018.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 593, de 25 de outubro de 2017. 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. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 6 nov. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf >. Acesso em: 5 set. 2018.
CAPEZ, Fernando. A objetividade jurídica nos crimes contra a dignidade sexual. **Revista Consulex**, Brasília, ano 13, n. 318, 15 abr. 2010.
CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.
GOMES, Luiz Flávio. **Estupro**: menor de 14 anos: poibição absoluta de relacionamento sexual, segundo o STF. 2011. Disponível em:

<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924635/estupromenor-de-14-anos-proibicao-absoluta-de-relacionamento-sexual-segundo-o-stf>. Acesso em: 7 out. 2018.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal parte especial**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012. v. 3.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0443382017. Relator: Desembargador Raimundo Nonato Magalhães Melo. São Luís, 4 de setembro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, São Luís, 13 set. 2018. Disponível em: <https://www3.tjma.jus.br/diario/diarios/diario_12092018_124139_165.pdf.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. Apelação: 0552342016. Relator: Desembargador Antonio Guerreiro Júnior. São Luís, 6 de abril de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, São Luís, 18 abr. 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**: parte especial. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza et al. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 902, p. 395-422, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.012, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 121 a 249. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.

VIGARELLO, Georges. **História do estupro**: violência sexual nos séculos XVI – XX. Tradução Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1998.