**O ESTUPRO POR UM BEIJO: PROPORCIONALIDADE E VULNERABILIDADE NO DIREITO PENAL E UMA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

*Luciano Filizola da Silva[[1]](#footnote-1)*

Palavras-chave: estupro; princípio da proporcionalidade; presunção de vulnerabilidade; Diginidade da Pessoa Humana

 **INTRODUÇÃO**

No dia 27 de outubro do presente ano, 2016, publicou-se o acórdão referente ao Recurso Especial 1611910 que teve como relator o Ministro Rogerio Schietti Cruz do STJ que reformou a decisão absolutória do Tribunal do Mato Grosso, mantendo a condenação de primeira instância pelo crime de estupro qualificado a prática de um beijo lascivo de um rapaz de 18 anos contra uma jovem de 15 anos.

 Tal decisão endossa uma tendência repressiva dos Tribunais que ignora as conquistas democráticas que visam limitar o poder punitivo Estatal através de princípios Constitucionais, tais como o da **legalidade material, proporcionalidade, lesividade e subsidiariedade**, que impõe a necessidade de se definir como crime apenas condutas que lesionam ou colocam em perigo um bem jurídico relevante.

 Nesse diapasão, temos um novo conceito de ato obsceno nos crimes sexuais, ampliando ainda mais a abrangência do estupro de vulnerável, permitindo a imposição de determinada moral alheia às alterações e avanços do corpo social, quando um beijo consentido em um menor de 14 anos poderá ser definido como crime, violando sua liberdade e a **Dignidade da Pessoa Humana** daquele que é sancionado por uma conduta socialmente aceita, servindo como baluarte de determinado segmento.

Para tanto, será utilizada como metodologia a pesquisa jurídico-dogmática, a qual, segundo Gustin e Dias (2013), não esgota seus estudos na letra da norma, mas através de sua compreensão em conformidade com o mundo externo e seus valores.

Nesse sentido, é utilizado o raciocínio hipotético-dedutivo, o qual visa questionar certos paradigmas em face de novos problemas, submetendo-os a novos testes como o proposto no presente trabalho através de uma pesquisa empírica em redes sociais sem rigor metodológico a fim de reafirmar a relevância do tema ora em discussão.

 **BASE TEÓRICA**

A atual redação do crime de estupro previsto no art. 213 dada pela lei 12.015/2009 passou a definir como crime todo constrangimento com violência ou grave ameaça que tenha como fim a prática de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

 Porém, um antigo problema se manteve, pois as penas de 6 a 10 anos para os tipos simples continuaram as mesmas, em um delito cuja redação é muito ampla, o que abarca um número considerável de possibilidades, tendo em vista o elemento normativo ato libidinoso, que embora deva ter conotação sexual pode ir de um coito anal até a prática de um beijo.

 Atendendo ao princípio da proporcionalidade, não é possível se cominar uma mesma pena para graus tão distintos de violação de um mesmo bem jurídico, pois, como leciona Juarez Cirino dos Santos esse princípio limita *a criminalização primária* às hipóteses de graves violações de direitos humanos – ou seja, lesões *insignificantes* de bens jurídicos são excluídas, também, pelo *princípio da proporcionalidade* – e delimita a cominação de penas criminais conforme a natureza e extensão do dano social produzido pelo crime. (2007, p. 28)

 Alguns autores, como Fernando Capez, mantiveram a posição no sentido de ser plenamente cabível o estupro através de um beijo forçado (2015, p. 27), mas importante crítica a essa possibilidade se fez por vários autores como Bitencourt (2015, p. 56) e Nucci (2015, p. 850) que identificam a inadequação típica diante da gravidade do crime do art. 213, sendo mais razoável a tipificação à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor prevista no art. 61 do decreto lei 3.688/41, cuja sanção é uma multa, o qual encontra-se revogado pela lei 13.718/2018 que criou a figura da importunação sexual que passa a ser tipificada pelo art. 215-A do CP, cuja pena é de um a cinco anos de reclusão.

 Sendo um dos critérios para se analisar o princípio da proporcionalidade o uso da comparação entre os tipos dentro de um ordenamento jurídico que se pretende harmonioso, cujas penas devem ser proporcionais à gravidade das lesões e à relevância dos bens jurídicos, não é difícil constatar tal violação e inconstitucionalidade da decisão em análise, pois, apenas para exemplificar, considerando que a vítima seja menor de 18 anos, a pena será de 8 a 12 anos conforme o parágrafo primeiro do art. 213, ou seja, com uma pena mínima maior que a do homicídio simples, que é 6 anos. De qualquer forma, sua pena em abstrato é maior que a da lesão corporal gravíssima prevista no art. 129, parágrafo 2º, que é de 2 a 8 anos se da lesão gera aborto, perda de membro ou deformidade permanente. Também é maior que a do roubo que tem uma pena de 4 a 10 anos, sendo o *roubo* de um beijo mais grave que o roubo do carro de alguém e, ainda mais, sua pena é maior que a do crime de tortura (?!) previsto na lei 9.455/97 que prevê nos casos de seu art. 1º uma pena de 2 a 8 anos. Ou seja, beijar uma pessoa tornou-se mais grave que tortura-la.

 Outra consequência da referida decisão encontra-se no alcance do delito de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, segundo o qual pune-se com um apena de 8 a 15 anos de reclusão ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos.

 Antes das alterações trazidas pela referida lei o extinto art. 224 referia-se à presunção de violência, configurando o estupro ou o atentado violento ao pudor quando o ato era praticado contra menor de 14 anos, ainda que houvesse seu consentimento. Na época já havia vários debates sobre ser essa presunção absoluta ou relativa, se era admissível ou não prova em contrário em razão da análise do caso concreto .

 Com a nova redação, vários autores e julgados passaram a entender que não há mais que se falar em presunção, mas sim um conceito absoluto de vulnerável que não admitiria qualquer tipo de flexibilização. O próprio relator da decisão em estudo já se pronunciou sobre o tema no **REsp 1480881 / PI** **do STJ** publicado em 10 de setembro de 2015:

“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.”

 Todavia, parece claro que a vulnerabilidade também é uma presunção que deve ser analisada segundo o caso concreto. Não é possível que o Judiciário fique alheio às mudanças sociais e ao fato de que a maioria dos jovens inicia suas experiências afetivas e amorosas antes dos 14 anos de idade, as quais não se restringem ao ato sexual propriamente dito, mas carícias que podem se adequar ao conceito de ato libidinoso que, segundo o próprio STJ incluiria um inocente beijo.

 Não havendo dados sobre o início dessa vida afetiva pelo brasileiro, para a realização desse trabalho foi feita uma pesquisa via aplicativo google em que se obteve 369 respostas válidas sobre a idade que se deu o primeiro beijo[[2]](#footnote-2). Os entrevistados brasileiros e moradores do Rio de Janeiro possuíam idades variadas entre 15 e 60 anos de idade. Como a finalidade foi realizar uma simples amostragem, ainda que precária, foi possível observar que 228 entrevistados, ou seja, 61,78 % deram seu primeiro beijo antes dos 14 anos de idade, enquanto que 141 entrevistados teve sua experiência depois dos 14 anos, configurando apenas 38,21 % do total.

 Nota-se, com isto, uma tentativa do Judiciário impor uma moral incompatível com um processo de secularização em que o Estado só pode intervir punitivamente diante de uma lesão grave a um bem jurídico relevante, como fica claro na fundamentação do voto do referido relator em que “a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados.” **(REsp 1480881 / PI)**

 Segundo **Ferrajoli** a lei, a pena, não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições, impondo “a secularização do direito e sua separação da moral, da consideração utilitarista da “necessidade penal” como tutela de bens fundamentais não garantizáveis de outra forma.” (FERRAJOLI, 2002, p. 373)

 Admitir a presunção absoluta da vulnerabilidade seria permitir a punição de condutas normais quando inseridas num contexto de construção da personalidade e segurança afetiva do adolescente, incluindo situações absurdas, como, por exemplo, o beijo entre dois jovens de 13 anos, os quais estariam praticando atos infracionais análogos ao estupro entre si.

 Essa possibilidade afronta um dos alicerces do Estado Democrático de Direito que seja a Dignidade da Pessoa Humana, pois, segundo tal princípio definido por **Kant**, “o homem... existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” (KANT, 2002, p. 58), o que se observa nessa atual tendência em que o condenado passa a ser um meio, uma forma de afirmação de determinado modelo de conduta não imposta pela lei ou pela Constituição, mas coadunado a um padrão definido por aqueles que compõem o órgão julgador, de maneira parcial, conforme seus valores e olhar de mundo de forma incompatível com a realidade social pátria.

 Conforme **Hassemer**, o direito penal tornou-se portador das esperanças de se resolver os problemas sociais e políticos em uma demanda de urgência diante da promessa de impor sua moral, tornando-se simbólica e lesiva, quando seus meios se mostram incompatíveis para alcançar tais fins gerando consequências mais graves do que aquelas que pretende prevenir, tendo a Justiça como objeto não o combate, mas a ponderação, pois caso contrário, “ela provocará, querendo ou não, a frustração de expectativas e o acréscimo de lesões, não podendo representa-la melhor do que ela realmente o é.” (HASSEMER, 2007, p. 30 e 83)

**CONCLUSÃO**

Diante do exposto verifica-se a atual afronta por parte de vários julgados do STJ à preceitos fundamentais de nossa Carta Maior como os Princípios da Proporcionalidade e à própria Dignidade da Pessoa Humana por definir como crimes graves condutas com pouca ou nenhuma lesividade ignorando a realidade social em que tais práticas encontram-se inseridas.

 BIBLIOGRAFIA:

BITTENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal, vol. IV**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 611 p.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal, Vol. III.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 779 p.

FERRAJOLI, L. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.

GUSTIN, M. B. S; DIAS, M. T. F. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013. 236 p.

HASSEMER, W. **Direito Penal Libertário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 244 p.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** São Paulo: Martin Claret, 2002. 139 p.

NUCCI, G. S. **Manual de Direito Penal.** 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 1222 p.

SANTOS, J. C. **Direito Penal: Parte Geral.** 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. 737 p.

1. Mestre em ciências criminais pela UCAM e Doutorando em Direitos Fundamentais na Universidade Estácio de Sá. Professor de direito penal e criminologia na FESUDEPERJ e na graduação da Faculdade Signorelli e pós graduação da UNISUAM. [↑](#footnote-ref-1)
2. <https://docs.google.com/spreadsheets/d/1gPMT3K_uqkimVg6PeHqJKEv8tycUgRtaFuVYEFwzsYM/edit#gid=1785770439> [↑](#footnote-ref-2)