

FACULDADE BRASÍLIA – FBr
BACHARELADO EM DIREITO

**Direção Pedagógica
de Graduação em
Direito**

2024

**O ART. 217-A DO CP E A NECESSIDADE DA
SEGREGAÇÃO DOS TIPOS PENAIIS.**

Autor:
Rafael Goulart Costa

Orientador:
Bruno Pires de Oliveira





Rafael Goulart Costa

O ART. 217-A DO CP E A NECESSIDADE DE SEGREGAÇÃO DOS TIPOS PENAIIS

Projeto de Pesquisa apresentado ao curso de Direito da Faculdade Brasília, como exigência parcial para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso I.

Orientador(a): Prof.^a Bruno Pires de Oliveira

Brasília/DF

2024

RAFAEL GOULART COSTA

**O ART. 217-A DO CP E A NECESSIDADE DE SEGREGAÇÃO DOS TIPOS
PENAIIS**

Artigo acadêmico apresentado a FACULDADE BRASÍLIA – FBR como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Profº Bruno Pires de Oliveira, aprovada em ____ de _____ de 2024.

BANCA EXAMINADORA

Profª Mª Leiliane Rodrigues

FACULDADE BRASÍLIA – FBR

Profº (membro 1)

FACULDADE BRASÍLIA – FBR

Profº (membro 2)

FACULDADE BRASÍLIA – FBR

Dedico este trabalho a minha amada esposa Suyenne Cintya Sousa Goulart, cujo exemplo de dedicação, sabedoria e amor deixou marcas profundas em minha vida e no meu percurso acadêmico. E a meu amigo Dr. Marcio Lima da Silva, cujo apoio e orientação jurídica constante foram e são pilares essenciais para todas as minhas conquistas acadêmicas e profissionais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Grande Arquiteto do Universo (GADU) pela força, sabedoria e proteção que me guiaram ao longo desta jornada. Sem a Sua luz e inspiração, este trabalho não seria possível.

À minha esposa, Sra. Suyenne Goulart meu profundo agradecimento por todo amor, apoio e paciência ao longo deste percurso. Você esteve ao meu lado em todos os momentos, me encorajando, acreditando em mim e oferecendo o suporte necessário para que eu pudesse chegar até aqui. Sua compreensão e sacrifício foram fundamentais para que eu pudesse me dedicar a este trabalho. Agradeço por cada palavra de incentivo, por cada gesto de carinho, e por ser minha companheira incondicional nesta caminhada.

Também expresso minha gratidão a toda equipe da Faculdade Brasília – FBr por terem acreditado no meu potencial e por toda a orientação e suporte oferecidos durante essa jornada acadêmica.

“Lágrimas não são argumentos.”

Machado de Assis

O ART. 217-A DO CP E A NECESSIDADE DE SEGREGAÇÃO DOS TIPOS PENAIS

RAFAEL GOULART COSTA¹
BRUNO PIRES DE OLIVEIRA²

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo discutir a desproporcionalidade das condutas de gravidade extremamente distinta, ambas previstas no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, sujeitas à mesma pena de reclusão, que varia entre a mínima de oito anos e máxima quinze anos. A falta de diferenciação entre essas condutas pela legislação brasileira vigente gera uma incongruência sob a ótica dos princípios constitucionais, precisamente os da Individualização da Pena art. 5º, XLVI CF/88 da proporcionalidade e adequação em matéria penal, o que justifica a proposta de uma nova redação para o referido artigo. Propõe-se, portanto, o desmembramento do art. 217-A em dois artigos distintos, cada um estabelecendo penas proporcionais à gravidade da conduta correspondente.

Palavras-chave: Direito de; Proporcionalidade; Processo Penal Constitucional.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the disproportionality of acts with extremely different levels of severity, both of which are addressed under Article 217-A of the Brazilian Penal Code and subject to the same prison sentence, ranging from a minimum of eight years to a maximum of fifteen years. The lack of differentiation between these acts in current Brazilian legislation creates an inconsistency from the perspective of constitutional principles, specifically the Principle of Individualization of Punishment (Article 5, XLVI of the 1988 Federal Constitution), proportionality, and adequacy in criminal matters. This justifies the proposal for a new wording of the referred article. Therefore, it is proposed to split Article 217-A into two distinct articles, each establishing penalties proportional to the severity of the corresponding act.

Keywords: Right to; Proportionality; Constitutional Criminal Procedure

¹ Bacharel em Administração pelo Centro Universitário do Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB; Bacharelado em Direito pela Faculdade Brasília – FBr – E-Mail: goulart.adv.jus@gmail.com

² Bacharel em Direito pela Fundação Universidade de Itáuna/MG. Pós Graduado em Direito Público. Pós graduando em Formação em EAD (UNIP).

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	09
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	09
2.1 IDADE ANTIGA	10
2.2 PERÍODO BRASIL COLÔNIA	10
2.3 O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E O CRIME DE ESTUPRO	11
3. ANÁLISE JURÍDICA DE CONJUNÇÃO CARNAL E ATO LIBIDINOSO.....	14
3.1 OS DIFERENTES GRAUS DE DANOSIDADE DAS CONDUTAS NA ATUAL REDAÇÃO DO ART. 217-A DO CP E A DESPROPORCIONALIDADE DAS PENAS	16
3.2 ANÁLISE DO TIPO PENAL CONJUNÇÃO CARNAL	16
3.3 ANÁLISE DO TIPO PENAL ATO LIBIDINOSO	17
4. O ACUSADO SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL.	17
4.1 A IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ART. 217-A PARA 215-A DO CP	18
5. A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DE ARTIGOS DISTINTOS PARA SEPARAR AS CONDUTAS DISTINTAS PELO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ÂMBITO PENAL.....	20
5.1 A LEGISLAÇÃO ALIENÍGENA	21
5.2 ANALOGIA DA CORRETA SEPARAÇÃO DE CONDUTAS DO CP	21
5.3 PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO DO ART. 217-A DO CP	23
6. CONCLUSÃO.....	23
7. REFERÊNCIAS.....	24

1. INTRODUÇÃO

Grande fobia que assombra a sociedade é o medo de se figurar como acusado em um processo penal, e não poderia ser de outra forma, pois, o processo penal por si só já é uma pena, imputando a sansão da agonia e incerteza do veredito.

O problema central no presente artigo reside na ideia de responder uma acusação penal em que se imputa a prática do delito de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do Código Penal - CP - Art. 217-A.

Dispõe o supracitado artigo que considera-se o delito de estupro de vulnerável “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” na qual o legislador previu pena de reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Conforme se observa o texto legislativo traz em seu núcleo duas condutas distintas, a primeira de ter “conjunção carnal” e a segunda de “praticar ato libidinoso” atribuindo aos menos comportamentos/condutas a mesma pena de 8 a 15 anos.

Exatamente este ponto que se pretende traçar as linhas deste trabalho, não cabe aqui a defesa de quaisquer condutas positivas deste tipo penal, mas sim, propõe a resolução deste problema pela ótica do processo penal justo, individualizado e proporcional, apresentando nova redação hipotética para o vigente art. 217-A do CP, o desmembrando em dois novos artigos, cada qual exemplificando de forma proporcional as condutas.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A sociedade da forma que conhecemos atualmente é fruto de uma evolução histórica, tanto social quando jurídica, afinal, é de se perceber que para que exista uma sociedade organizada há por consequência a necessidade de coexistir o Direito, onde é regulado os comportamentos tidos como aceitáveis e os não aceitáveis.

Neste sentido Miguel Reale, leciona quanto a essa coexistência necessária.

Podemos, pois, dizer, sem maiores indagações, que o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade. É a razão pela qual um grande jurista contemporâneo, Santi Romano, cansado de ver o Direito concebido apenas

como regra ou comando, concebeu-o antes como “realização de convivência ordenada”. (grifo nosso).³

Historicamente a sexualidade sempre teve grande repercussão social, onde em dado momento viu-se a necessidade de estabelecer as regras da liberdade sexual, não somente nos preceitos sociais aceitáveis, mas sim no ordenamento jurídico, onde iniciou-se a as considerações das condutas juridicamente relevantes.

2.1 IDADE ANTIGA

Destaca-se a chamada “legislação mosaica” que entre seus 613 artigos, assim é abordada a dignidade sexual, segundo Prado (2011, p. 797):

"na legislação mosaica, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados. Mas se o homem encontrasse essa donzela nos campos e com ela praticasse o mesmo ato, usando de violência física, somente aquele era apedrejado".

Da mesma forma no período de 1.700 A.C o código de Hamurabi punia severamente a prática de estupro em seu artigo 130:

Art. 130 – Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre.⁴

Portanto é possível notar que a proteção à dignidade sexual humana desde muito tempo é objeto da proteção estatal, onde veremos a frente, grandes mudanças nas redações das leis, por certo, reflexo da evolução dos valores e culturas sociais.

2.2 PERIODO BRASIL COLONIA

Saltando da idade antiga, diretamente para os registros históricos do Brasil Colonial, precisamente no ano de 1500 pela chegada dos portugueses ao Brasil, iniciou-se a fase colonial, onde aplicava-se as normas jurídicas de Portugal.

³ REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.

⁴ <https://www.ebanataw.com.br/roberto/pericias/codigohamurabi.htm> (acesso 15/08/2024)

Contudo com a divisão das capitanias hereditárias os donatários exerciam pleno direito de legislar/reinar em suas “terras”, julgando e executando as penas, não sendo aplicadas com plenitude as Ordenações do Reino.

Passado algum tempo, precisamente entre 1595 e 1820 destacou-se as Ordenações Filipinas, onde havia previsões dos crimes contra sexualidade sob grande influência da Igreja, determinava que o agressor de se casasse com a ofendida, caso fosse sua vontade:

Título XXIII, Livro V: Mandamos que o homem, que dormir com uma mulher virgem (1) por sua vontade, case com ella, se ella quiser, e se for convinhável, e de condição para com ella casar (2).⁵

Marco importante se formou para a evolução da proteção estatal a sexualidade, com a influência da igreja católica com seu grande “dogma da moral cristã”.

2.3 O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E O CRIME DE ESTUPRO

Passando-se quatro anos fora promulgada a primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824, sobrevivendo em 16 de dezembro de 1830 pelo então Imperador Constitucional D. Pedro o Código Penal Brasileiro, cabendo os seguintes destaques quanto os crimes contra dignidade sexual:

*Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.
Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.
Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas
Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.
Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.⁶*

Observe que somente seria crime caso a vítima tratar-se de ser “mulher virgem” e “honestas” afastada a pena em caso de “casar-se com a ofendida”.

Já em 1830 fora promulgado pelo mesmo imperador o “Código Criminal”, onde estava previsto em seu art. 227:

⁵ <https://www.diariodasleis.com.br/tabelas/ordenacoes/1-274-103-1451-04-05-23.pdf> (acesso 15/08/2024)

⁶ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm (acesso 15/08/2024)

Art. 227. Tirar para fim libidinoso, por meio de affagos e promessas, alguma mulher virgem, ou reputada tal, que seja menor de dezasete annos, de casa de seu pai, tutor, curador, ou outra qualquer pessoa, em cujo poder, ou guarda estiver.

Penas - de prisão por um a tres annos, e de dotar a offendida.

Art. 228. Seguindo-se o casamento em qualquer destes casos, não terão lugar as penas.⁷

Mantendo-se o afastamento da pena em caso do ofendido se casar com a “deflorada”, onde nota-se a diferenciação entre mulher “honesta” para menor de dezessete anos, figurando como sujeito passivo do crime, tão somente a mulher.

Tão logo em 11 de outubro de 1890 pelo então Generalissimo Manoel Deodoro da Fonseca, fora publicado o Novo Código Penal Brasileiro, trazendo em seu título VIII “Dos crimes contra a segurança e a honra e honestidades das família e do ultrage público ao pudor”, assim dispondo seu art. 267 e 269:

*Art. 267. Deflorar mulher de **menor idade**, empregando seducção, engano ou fraude:*

Pena - de prisão cellual por um a quatro annos.⁸

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos.

Inovou-se a definição de estupro para “Cópula violenta”, não tendo alterações das penas pela promulgação da Consolidação das Leis Penais em 1932.

Vindo em 25 de julho de 1990 a ser decretada a Lei dos Crimes Hediondos que em art. 1º previa o estupro como hediondo, vigorando com a seguinte redação:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

*VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º)⁹*

⁷ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm (acesso 15/08/2024)

⁸ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm (acesso 15/08/2024)

⁹ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm (acesso 15/08/2024)

Por fim em 1940 foi publicado pelo Presidente da República o Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, que segue em vigor a data da escrita do presente artigo, onde houve notáveis mudanças legislativas.

No tocante ao estupro de vulnerável, após as alterações dadas pela lei nº 12.015 de 2009 o capítulo II “Dos crimes Sexuais contra vulnerável” precisamente no Título VI, segue atualmente com a seguinte redação:

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

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)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2o (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3o 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)

§ 4o 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)

§ 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)¹⁰

Conveniente é trazer considerações das mudanças ofertadas pela lei 12.015 de 2009 que segundo o grande jurista Brasileiro Damásio Evangelista de Jesus:

“Damásio de Jesus (2020, p. 121-122¹¹): “Antes do advento da Lei n. 12.015, de 2009, sustentávamos que o objeto de proteção do Título VI residia no interesse jurídico concernente à conservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais. Em última análise, protegia-se a moral pública sexual. Evidentemente, dizíamos, o intérprete e o aplicador da lei devem valer-se, mais do que nunca, da observação dos costumes vigentes na sociedade onde vivem. Com a crescente liberdade sexual hoje predominante, as relações entre homem e mulher perderam a conotação de pecado e segredo. O sexo é amplamente discutido e revelado, às vezes cruamente, pelos meios de comunicação. As gerações mais novas conhecem cedo o mundo do sexo e o encaram com naturalidade. Ao analisarmos os crimes previstos neste Título devemos levar em consideração esses aspectos, servindo de elemento interpretativo. A nova denominação dada ao

¹⁰ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm (acesso 15/08/2024)

¹¹ Jesus, Damásio de Direito penal, volume 1 : parte geral / Damásio de Jesus. — 32. ed. — São Paulo : Saraiva, 2011. 1. Direito penal 2. Direito penal - Brasil I. Título

Título VI demonstra que houve uma radical mudança de enfoque no que tange ao bem jurídico tutelado. O fato de a Lei se propor a definir os crimes como atentatórios à "dignidade sexual" revela ter ela fincado a proteção no princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Essa opção legislativa, superior à rubrica original, promove a necessária sintonia entre o conjunto de valores fundamentais albergado na Constituição Federal de 1988 e os tipos penais contidos neste setor do CP".

3. ANÁLISE JURIDICA DE CONJUNÇÃO CARNAL E ATO LIBIDINOSO

Conforme supracitado, assim restou o *caput* do crime de estupro de vulnerável:

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)¹²

O legislador tentou objetivar a proteção a dignidade sexual das pessoas consideradas vulneráveis, sendo elas os menores de 14 anos, conforme *caput* e os doentes mentais ou impossibilitados de oferecer resistência, previsto no §1º do mesmo artigo, tendo como sujeito ativo qualquer pessoa e passivo qualquer pessoa vulnerável, já a consumação é no instante em que se realiza a conjunção ou qualquer ato libidinoso, mantendo a natureza hedionda do crime, consoante art. 1º, VI da lei nº 8.072/1990.

Estando presente duas condutas extremamente distintas no mesmo artigo, sendo elas a Conjunção Carnal e o Ato Libidinoso, que segundo Victor Eduardo Rios Gonçalves (2011, pag. 12)¹³ :

A conjunção carnal, como já mencionado, ocorre com a penetração, ainda que parcial, do pênis na vagina. Em relação a outros atos de libidinagem, o crime existe quer o agente tenha obrigado a vítima a praticar o ato, tendo um posicionamento ativo na relação (masturbar o agente, nele fazer sexo oral etc.), quer a tenha obrigado a permitir que nela se pratique o ato, tendo posicionamento passivo na relação (a receber sexo oral, a permitir que o agente introduza o dedo em seu ânus ou vagina, ou o pênis em seu ânus etc.). Além dos exemplos já mencionados (sexo oral e anal e da introdução do dedo na vagina ou ânus da vítima) podem ser apontados inúmeros outros atos libidinosos que também configuram crime de estupro: passar a mão nos seios da vítima ou em suas nádegas, esfregar o órgão sexual no corpo dela, introduzir objeto em seu ânus ou vagina etc.

¹² https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm (acesso 15/08/2024)

¹³ Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração / Victor Eduardo Rios Gonçalves. – 15. ed. reform. – São Paulo : Saraiva, 2011. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 10)

É entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e também do Superior Tribunal de Justiça que o toque seja superficial (por cima da roupa), mesmo que não haja toques nas partes íntimas, mas desde que seja voltado a satisfação da lascívia, própria ou de terceiro configura-se o crime de estupro de vulnerável, vejamos:

*APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E AMEAÇA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. RELATOS DAS TESTEMUNHAS. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO. CONSUNÇÃO ENTRE OS DELITOS. INVIÁVEL. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FAVORÁVEIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Inviável o acolhimento da tese de insuficiência de provas para a condenação ou pela aplicação do princípio "in dubio pro reo", pois devidamente comprovado que o réu praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra a vítima, com apenas 12 anos. 2. A conduta de tocar as nádegas da vítima, menor de 14 anos, por cima das roupas e por tempo considerável, contra a sua vontade e para a satisfação da lascívia do autor, tipifica o crime de estupro de vulnerável. 3. Em crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima possui inegável alcance, posto que cometidos quase sempre sem a presença de testemunhas, mas desde que as declarações sejam seguras, coerentes e confirmadas por outras provas, como é o caso dos autos. 4. **O crime de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato libidinoso ofensivo à dignidade sexual da vítima menor de catorze anos, voltado à satisfação da lascívia, ainda que não haja conjunção carnal ou que o contato físico seja superficial.** 5. **Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta.** 6. Nos crimes contra a liberdade sexual os atos libidinosos e as agressões podem não deixar vestígios, razão pela qual a materialidade pode ser provada de variadas maneiras, não somente por meio de laudo ou prova pericial, como ocorreu na espécie, especialmente porque as acusações não se resumem à conjunção carnal e deduzem a prática de atos libidinosos diversos. 7. Não há falar em consunção entre os crimes de estupro e ameaça, pois este ocorreu posteriormente à consumação do primeiro e não foi meio necessário para a prática do crime sexual. 8. O crime de ameaça é delito formal, que se consuma no instante em que o ofendido toma conhecimento da ameaça idônea e séria, capaz de atemorizar, sendo irrelevante a real intimidação ou o intuito do agente de concretizar o mal pretendido. 9. O fato de se tratar de crime hediondo não justifica a exasperação da pena-base, tendo em vista que essa circunstância já foi abarcada pela pena abstratamente cominada, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, que já reflete a gravidade excepcional da conduta. 10. As circunstâncias do crime não desbordam aquelas previstas no tipo, pois crimes sexuais, em regra, são cometidos às escondidas, logo, o fato de a vítima estar sozinha no momento do crime, no estabelecimento comercial do acusado, não justifica a elevação da pena, especialmente porque se tratar de local aberto ao público. 11. Recurso parcialmente provido. ([Acórdão 1900197](#), 07075700620238070006, Relator(a): SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 8/8/2024, publicado no PJe: 11/8/2024. Pág.: Sem Página Cadastrada.)*

Portando tem-se que dentro do mesmo artigo engloba-se as condutas de penetração pênis vagina com emprego de violência ou simples ato de apalpar de forma superficial e ligeira a parte superior do glúteo desde que esteja presente o sentimento lascivo¹⁴ no sujeito ativo.

3.1 OS DIFERENTES GRAUS DE DANOSIDADE DAS CONDUTAS NA ATUAL REDAÇÃO DO ART. 217-A DO CP E A DESPROPORCIONALIDADE DAS PENAS

Pela simples análise das duas condutas previstas supra detalhadas previstas na atual redação do art. 217-A do Código Penal temos que:



Introdução completa ou incompleta do pênis na vagina



Comportamentos que tenham finalidade de satisfazer desejo sexual, como apalpar superficialmente (por cima da roupa) a nádega.

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)

3.2 ANÁLISE DO TIPO PENAL CONJUNÇÃO CARNAL

A primeira conduta do artigo 217-A do CP descreve a prática forçada de sexo com a introdução do pênis na vagina, que pode acarretar a transmissão de diversos tipos de doenças sexualmente transmissíveis, desencadear a gravidez da vítima,

¹⁴ Significa libidinagem, luxúria, prazer sexual. É a satisfação do prazer sexual próprio ou de outrem sob qualquer aspecto (conjunção carnal ou outro ato libidinoso), caracterizada por um desejo incontrolável a ponto de abusar da moralidade pública e privada.

<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1244/Lascivia>

podendo ocorrer sequelas físicas graves tais como traumatismos e cefaleias e principalmente danos psicológicos como distúrbios do sono, depressão, stress pós-traumático entre outros, consoante explicitado no artigo (EM PAUTA, Rio de Janeiro _ 1o Semestre de 2016 - n. 37, v. 14, p. 270 – 295).

3.3 ANÁLISE DO TIPO PENAL ATO LIBIDINOSO

Já a segunda conduta remonta comportamentos que tenham conotação de satisfazer desejo sexual, tais como toque ou acaricias mesmo que por cima da roupa em regiões íntimas, como nádegas, seios ou em regiões diversas, também beijos, lambidas entre outras, é sabido que esta conduta também tem enorme grau de reprovação social e com razão, contudo em medida extremamente menor quando comparadas com a prática do sexo em si.

Portanto a natureza e a gravidade das condutas são distintas enquanto uma tem uma violação sexual profunda a outra demonstra ser superficial, não podendo ser tratadas no mesmo contexto criminal.

4. O ACUSADO SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

Previamente cabe relevante destaque as palavras do Ministro Saldanha Palheiro do Supremo Tribunal federal, em seu voto no Habeas Corpus nº 509.030 RJ:

Aliás, é bom que se esclareça ante eventuais desejos sociais de um juiz herói contra o crime, que essa não é, não pode ser, função do juiz. Juiz não enfrenta crimes, juiz não é agente de segurança pública, não é controlador da moralidade social ou dos destinos políticos da nação.... O juiz criminal deve conduzir o processo pela lei e Constituição, com imparcialidade e, somente ao final do processo, sopesando adequadamente as provas, reconhecer a culpa ou declarar a absolvição. Juiz não é símbolo de combate à criminalidade, é definidor da culpa provada, sem receios de criminosos, sem admitir pressões por punições imediatas¹⁵.

¹⁵ HABEAS CORPUS Nº 509.030 - RJ (2019/0128782-2) RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO IMPETRANTE : EDUARDO PIZARRO CARNELOS E OUTROS ADVOGADOS : EDUARDO PIZARRO CARNELOS - SP078154 ROBERTO SOARES GARCIA - SP125605 ÁTILA PIMENTA COELHO MACHADO - SP270981 IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO PACIENTE : MICHEL MIGUEL ELIAS TEMER LULIA

O presente trabalho não tem objetivo de discorrer acusações de tratamento desigual proporcionado pelo magistrados brasileiros, muito pelo contrário, pactua-se com o pensamento de Ribeiro (2015, p.47) onde afirma que a busca da verdade real processual é atrapalhada pelo não flexibilização da lei, que valoriza apenas a verdade processual, impedindo que os julgadores possam utilizar suas habilidade para julgar cada saco concreto.

A atual redação do art. 217-A do Código Penal traz uma verdadeira padronização de sanção penal, aliás, pouco importa se o acusado praticou sexo vaginal ou anal com a vítima ou tão somente passou a mão em sua nádega sobre a roupa de forma única e ligeira, pois, este independente da conduta será julgado a ótica da mesma pena no mesmo artigo penal.

Importante posicionamento é demonstrando pelo Gambogi (2012, p. 7), demonstrando que deve sim as sanções penais devem ser vistas pelas óticas das garantias constitucionais:

O Princípio da Individualização da Pena, Art. 5º, XLVI da Constituição Federal vincula-se ao princípio da proporcionalidade e representa – além da limitação estatal no ius puniendi – o direito constitucional do indivíduo de ser condenado somente na proporcionalidade daquele fato típico violado, sempre ressalvada a devida previsão legal. A “pena abstrata” cominada não poderá passar da pessoa do condenado à “pena concreta” e “justa”. É garantia constitucional e “proporcionalidade em sentido restrito” entre gravidade do delito e resposta penal proporcional.

4.1 A IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ART. 217-A PARA 215-A DO CP

Importante destacar que eventual argumento de “poderá ser desclassificado o crime do art. 217-A a depender da conduta para mera importunação sexual art. 215-A CP” não pode ser arguida em nenhum tribunal, pois já foi pauta tratada no Tema Repetitivo 1121 do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

Tese firmada Tema Repetitivo 1121 STJ: Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não

sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)¹⁶.

Novamente torna evidente o engessamento do tratamento do acusado no âmbito do processo penal brasileiro, vejamos como o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios aplica referido tema:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPROS DE VULNERÁVEIS EM CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL. PORNOGRAFIA INFANTIL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE. DOSIMETRIA IRRETOCÁVEL. 1. Antes da alteração do artigo 225 pela Lei nº 12.015/2009, a jurisprudência manifestava-se pela interpretação desse artigo conforme o artigo 227 da Constituição Federal, assegurando-se ao Ministério Público a legitimidade para a propositura de ação penal pública para os crimes sexuais contra vítimas crianças e adolescentes. 2. Nos crimes de estupro de vulnerável, a prática da violência sexual pressupõe a clandestinidade da conduta, devendo a palavra da vítima ostentar especial relevância, notadamente quando conjugada com o acervo probatório e decorrente de narrativa coerente dos fatos imputados, como ocorre no caso. 3. **O Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de caso repetitivo (tema 1.121) fixou o entendimento no sentido de que "Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiros, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)." Portanto, no caso, analisado, considerando serem as vítimas menores de 14 anos, inviável a pretendida desclassificação.** 4. O delito de pornografia infantil é formal, podendo ser comprovado pela palavra segura da vítima em ambas as fases sobre ter sido filmada enquanto tomava banho. 5. O crime de atentado violento ao pudor prevê a prática de ato libidinoso diverso de conjunção carnal com a participação da vítima, o que não ocorre no caso. 6. Os estupros de vulneráveis contra cada vítima ocorreram diversas vezes - certamente mais de 7 (sete) - ao longo dos vários anos em que frequentaram a casa do réu, em circunstâncias similares de tempo, execução e local, e com unidade de desígnios, razão pela qual deve ser mantido o reconhecimento da continuidade delitiva com aplicação da fração máxima de 2/3 de acréscimo à pena definitiva. Entre as sequências delitivas praticadas contra cada criança houve concurso material, pois, decorrido mais de um ano entre elas e não há elementos que indiquem unidade de desígnios. 7. Recurso parcialmente provido. ([Acórdão 1899686](#), 00027084120208070005, Relator(a): ASIEL HENRIQUE DE SOUSA, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 1/8/2024, publicado no DJE: 13/8/2024. Pág.: Sem Página Cadastrada.) (grifo nosso).

A busca do Poder Legislativo em resguardar o bem jurídico da dignidade sexual dos incapazes condicionou penas idênticas a circunstâncias extremamente

16

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1121&cod_tema_final=1121 (Acesso 16/08/2024)

opostas, esquecendo-se que a dignidade do acusado, sob a ótica da legalidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana também deveria ser sopesada, pois a que tudo indica a caneta da “resposta social” ao crime em evidência, somente tem um lado.

5. A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DE ARTIGOS DISTINTOS PARA SEPARAR AS CONDUTAS DISTINTAS PELO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ÂMBITO PENAL

O princípio constitucional da proporcionalidade no âmbito penal determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade do agente cometedor pela prática do fato delitivo, em outras palavras este princípio busca trazer um equilíbrio entre o crime e a pena, equilíbrio este que deve ou deveria ser o norte aos legisladores no momento da criação das leis.

Portanto punir com equivalência e igualdade as condutas delitivas praticadas, aplicando penas proporcionais a cada lesão na medida de sua gravidade, objetivando salvaguardar especificamente o bem jurídico tutelado, deve ser não somente um sofismo judicial, mas sim uma realidade sob a ótica do devido processo legal.

Ainda segundo GOMES, 2008. p. 153-154¹⁷, o princípio da igualdade no âmbito penal deve ser seguido com afinco dentro as escalas punitivas para garantir a aplicação da pena proporcional a gravidade da lesão cometida.

Para tanto a atual redação do art. 217-A do CP traz tratamento igual a condutas assaz distintas, ferindo explicitamente e diariamente o princípio da individualização das penas estampados no art. 5º XLVI¹⁸ da Constituição Federal quando das mais diversas sentenças penais condenatórias prolatadas com fundamento neste artigo.

¹⁷ GOMES, Marcus Alan de Melo. Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 153-154

¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; [...]

5.1 A LEGISLAÇÃO ALIENÍGINA

Busquemos nas leis alienígenas entender a necessidade de segregação das condutas e das penas do artigo em evidência, no Código Penal Alemão disponibilizado em vernáculo pelo professor Luiz Regis Prado¹⁹ podemos notar que há uma clara diferenciação de gravidade quando o estupro é cometido com a “penetração do corpo” previsto no §177, 2:

§ 177. **Acesso carnal violento; estupro**

(1) Quem coage uma pessoa:

1. com violência,
2. por meio de ameaça com perigo iminente para o corpo ou a vida,
3. baixa exploração de uma situação em que a vítima é entregue sem proteção ao atuação do autor, tolerar ações sexuais do autor ou de terceiros ou praticá-las contra o autor ou terceiros, será punido com pena de prisão não inferior a um ano.

(2) **Em casos especialmente graves a pena de prisão não pode ser inferior a dois anos.**

Regra geral, **existe um caso particularmente grave quando:**

1. o perpetrador mantém relações sexuais com a vítima ou pratica ações sexuais semelhantes com a vítima ou é obrigado a praticá-los, que são especialmente humilhantes para isso, **especialmente quando estão associados à penetração do corpo (estupro)**, ou
2. o ato foi cometido por diversas pessoas em comum. (grifo nosso)

Do mesmo modo a legislação penal espanhola trata em seu art. 179 a diferenciação quando há conjunção carnal, vejamos:

Artigo 179: Quando a agressão sexual consistir no acesso carnal pela vagina, anal ou boca, ou na introdução de membros ou objetos do corpo por uma das duas primeiras vias, o responsável será punido como infrator de violação com pena de prisão de quatro a doze anos²⁰.

5.2 ANALOGIA DA CORRETA SEPARAÇÃO DE CONDUTAS DO CP

Cabe a análise por analogia de como da comparação de como nosso código penal brasileiro trata da forma correta tipos penais da mesma natureza contudo com gravidades distintas em artigos apartados, vejamos:

Homicídio simples

¹⁹ <https://www.professorregisprado.com/c%C3%B3digos-penais-estrangeiros> (acesso 16/08/2024)

²⁰ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (acesso 16/08/2024)

Art. 121. Matar alguém:
Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos²¹.

Pode-se notar que o homicídio é tratado com penas diferentes a depender da gravidade das circunstâncias que é cometido. Analogamente, a conjunção carnal e o ato libidinoso, embora sejam formas de violência sexual, possuem graus de gravidade diferentes e, portanto, deveriam ser tipificados separadamente, com penas proporcionais à gravidade de cada conduta, assim como o homicídio.

Da mesma forma temos a lesão corporal, que é dividida em três artigos distintos a depender de sua gravidade, reconhecendo que as consequências das lesões corporais podem variar significativamente em gravidade, justificando penas diferentes vejamos:

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; [...]

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Lesão corporal seguida de morte

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos. (grifo nosso)

Esses exemplos comparativos mostram como outras áreas do Direito Penal, tanto no Brasil quanto internacionalmente, já fazem distinções claras entre condutas com diferentes graus de gravidade. Aplicar lógica similar ao tratamento da conjunção carnal e do ato libidinoso no art. 217-A é medida que se aplica, onde ajudaria a garantir uma proporcionalidade maior nas penas e uma justiça mais precisa.

²¹ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm (acesso 1608/2024)

5.3 PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO DO ART. 217-A DO CP

Para tanto faz-se a seguinte proposta hipotética de nova redação ao art. 217-A do CP, o desmembrando em dois novos tipos penais com penas proporcionais a cada conduta:

Art. 217-A – Ter conjunção carnal com menor de 14 (catorze) anos:
Praticar conjunção carnal com menor de 14 (catorze) anos ou com pessoa 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:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
Art. 217-B – Praticar ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
Praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal com menor de 14 (catorze) anos ou com pessoa 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:
Pena - reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos.
(artigos hipotéticos criados pelo autor)

Com a redação hipotética sugerida, ao separar as condutas, as penas são ajustadas para refletir a gravidade de cada ato, assegurando que a justiça seja proporcional ao dano causado, cumprindo assim o normativo legal constitucional. Também proporcionando maior clareza e precisão na tipificação dos crimes, facilitando a aplicação da lei e evitando interpretações amplas ou indevidas e por conseguinte nulidades processuais.

6. CONCLUSÃO

Portanto, a análise realizada no longo deste artigo acadêmico evidencia a total desproporcionalidade da atual redação do artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, quando o legislador prevê condutas de danosidade distintas no mesmo artigo penal com a mesma cominação de pena, gerando assim uma incongruência no ordenamento jurídico, indo contra princípios constitucionais tais como da Individualização da Pena previsto no art. 5º, XLVI da CF/88, da proporcionalidade e adequação da Pena.

Diante deste cenário foi formulada proposta acadêmica exemplificativa de alteração do art. 217-A do CPB, no tocante a segregação das duas condutas em dois novos artigos 217-A e 217-B, cominando as penas de acordo com a gravidade das

condutas praticadas, criando assim uma solução viável e necessária, garantindo maior segurança jurídica, sob a ótica dos princípios constitucionais, ampliando a justiça e igualdade o âmbito penal.

Por conseguinte, espera-se que a reflexão aqui exposta possa contribuir para futuras discussões no âmbito legislativo, que porventura venham a adequar o tratamento jurídico dado atualmente ao art. 217-A do CPB.

7. REFERÊNCIAS

Questões controvertidas do crime de estupro : reflexões críticas acerca da vulnerabilidade da vítima / Hamilton da Cunha Iribure Júnior; Gustavo Silva Xavier. – 1. Ed. – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. Parte Especial. Vol. Único. 8a. ed. rev., amp. e atual. Bahia. JusPODIVM, 2016.

BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. 4. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

Curso de direito penal, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) / Fernando Capez. — 15. ed. — São Paulo : Saraiva, 2011

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito de Família. V. 5. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forence, 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.248, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Cap. II, dispõe Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável. Art. 217-A.

AMYS NETO, Abrão. Estupro, estupro de vulnerável e ação penal. Disponível no site: . Acesso em 14/05/2024.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: Miranda, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.) Tratado luso-brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BRASIL. LEI nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Dos Crimes Hediondos. Cap. II, dispõe dos crimes sexuais contra vulnerável. Art. 218. Diário Oficial Disponível

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm (acesso 07/04/2024)

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: parte especial, v. 2. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL, JUSBRASIL – Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/modelos-pecas/projeto-de-pesquisa-tcc/506544300#_Toc324242165 (acesso 07/04/2024)