

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROJETO DE LEI Nº 1.213, DE 2011

(Em apenso os PLs nºs 4.207, de 2012, 8.037, de 2014, e 4.731, de 2016)

Altera o § 1º do art. 217-A do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Autor: Deputado CARLOS BEZERRA

Relator: Deputado EFRAIM FILHO

I – RELATÓRIO

O projeto de lei em epígrafe intenta alterar o § 1º do art. 217-A do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, que tipifica o crime de estupro de vulnerável.

Pela redação proposta, *“incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, ou qualquer outra causa, está impossibilitado de manifestar sua vontade ou de oferecer resistência para essas ações, aproveitando-se o agente dessas circunstâncias”*.

Segundo o autor, a alteração dos dispositivos penais relacionados à violação da liberdade sexual representou um avanço, mas que, contudo, manteve um erro com relação às pessoas portadoras de necessidades especiais quanto ao discernimento, suprimindo-lhes a prática sexual.

Para ele, *“segundo a redação atual, a relação sexual com pessoa portadora de deficiência mental, sem o necessário discernimento para a prática do ato, é equiparada a estupro”*.

Na proposta, retira-se a discussão sobre o discernimento, apresentando-se o seguinte ponto de vista:

“De fato, o discernimento diz respeito a questões racionais, conscientes, vinculadas à lógica do pensamento e do julgamento, sobre as quais há reflexão. Nos aspectos relacionados à sexualidade, embora possam passar pelo crivo do discernimento, as questões instintivas e relacionadas à pulsão, que norteiam a vontade, podem ter predominância sobre a racionalidade e estão presentes tanto em pessoas consideradas normais, quanto naquelas que possuem deficiência ou transtorno mental. A emergência da demanda sexual é imperiosa, traduzindo realidade da esfera animal, irracional, presente, portanto, em todos os seres animais”.

Outra diferença da redação proposta para o § 1º do art. 217-A do Código Penal está em exigir que o autor se aproveite da situação para a prática sexual, excluindo-se, dessa forma, as relações decorrentes de relacionamento afetivo.

Para o autor, *“distingue-se da redação atual que se assemelha à redação do caput, que estabelece o estupro presumido de menores de quatorze anos. No caso, para os deficientes mentais, favorece-se o réu, exigindo que se prove que ele tinha conhecimento da incapacidade de manifestação da vontade ou da impossibilidade de a vítima oferecer resistência”.*

O autor argumenta que *“não é suficiente que a vítima se encontre nas situações mencionadas”,* pois *“às vezes se trona difícil para o réu determinar se a pessoa com deficiência mental não tem condições de manifestar a sua vontade para ato de natureza instintiva”.*

Em apenso se encontram os seguintes projetos de lei:

- a) PL 4.207, de 2012, do Deputado Romário, que altera os arts. 217-A e 226 do Código Penal e o art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989;

- b) PL 8.037, de 2014, oriundo da Comissão Parlamentar de Inquérito da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, a fim de aumentar a pena de crimes sexuais praticados contra vulnerável;
- c) PL 4.731, de 2016, do Deputado Alceu Moreira, que altera o art. 217-A do Código Penal.

As proposições foram distribuídas às Comissões de Seguridade Social e Família e de Constituição e Justiça e de Cidadania, para exame quanto ao mérito e aos aspectos do art. 54 do RICD. Sujeita-se à apreciação do Plenário e seguem em tramitação pelo rito ordinário.

A Comissão de Seguridade Social e Família exarou parecer pela aprovação dos Projetos de lei nºs 1.213, de 2011; 4.207, de 2012; e 8.037, de 2014, na forma do substitutivo que apresentou.

É o relatório.

II – VOTO DO RELATOR

Compete a esta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania se manifestar sobre a constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e o mérito das proposições em análise, a teor do disposto no art. 32, inciso IV, alíneas “a”, “d” e “e” do RICD.

Sob o enfoque da constitucionalidade formal, os projetos de lei não apresentam vícios, porquanto observadas as disposições constitucionais pertinentes à competência da União para legislar sobre a matéria (art. 22, I), do Congresso Nacional para apreciá-la (art. 48) e à iniciativa parlamentar (art. 61).

No tocante à constitucionalidade material, inexistem discrepâncias entre o conteúdo das proposições e a Constituição Federal, com exceção do Projeto de Lei nº 4.731, de 2016, que padece de inviabilidade constitucional, conforme será demonstrado.

No que guarda pertinência com a juridicidade, os projetos de lei não apresentam vícios sob os prismas da inovação, efetividade,

coercitividade e generalidade, bem como se consubstanciam na espécie normativa adequada.

Em relação à técnica legislativa, as proposições se encontram afinadas aos ditames da Lei Complementar nº 95, de 1998, à exceção do PL 8.037, de 2014, que poderia ter concentrado as causas de aumento de pena no art. 226 do Código Penal, e do PL 4.731, de 2016, cujo art. 1º não enuncia o objeto da Lei.

No mérito, analisemos cada uma das alterações legislativas aventadas nas proposições em análise.

Iniciemos pela modificação do § 1º do art. 217-A do Código Penal.

O art. 217-A, caput, tipifica o crime de estupro de vulnerável. Tutela a dignidade sexual das pessoas consideradas pela lei como “vulneráveis”.

A vulnerabilidade prevista no caput é a relativa aos menores de catorze anos. Esse artigo procurou encerrar a antiga questão sobre a presunção de violência do antigo art. 224 do Código Penal.

Porque o tipo penal abandonou os elementos “*constranger*” e “*mediante violência ou grave ameaça*”, agora não há se falar mais em presunção absoluta ou relativa de violência, bastando que se tenha conjunção carnal ou se pratique ato libidinoso com pessoa menor de catorze anos para que o crime se configure.

Quanto ao bem jurídico tutelado, “*tutela-se, de maneira ampla, a dignidade sexual da pessoa vulnerável e não mais a sua liberdade sexual, na medida em que, estando nessa condição, a vítima é considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter sexual. Pode-se dizer que, especificamente, o bem tutelado é a própria vulnerabilidade, no campo sexual, das pessoas tidas por vítimas do delito*”¹.

Para BITENCOURT, “*na hipótese de crime sexual contra vulnerável não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa*

¹ MARCÃO, Renato e GENTIL, Plínio. Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 187.

*liberdade, que é exatamente o que caracteriza a vulnerabilidade. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger, mais que a liberdade sexual do menor de quatorze anos ou incapaz (que, sabidamente, não existe nessa hipótese), a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, para que, na fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.*²

De acordo com a redação atual do § 1º do art. 217-A, a vulnerabilidade pode ser estendida às pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenham o necessário discernimento para a prática do ato, ou à pessoa que não pode oferecer resistência, por qualquer outra causa.

O principal argumento colocado no PL 1.213, de 2011, é que, relativamente aos enfermos e aos deficientes mentais, essa redação viola a liberdade sexual dessas pessoas, pois proíbe sua prática sexual.

O assunto é tormentoso na doutrina, sendo esse dispositivo legal alvo de inúmeras críticas.

Segundo o magistério do doutrinador NUCCI³:

“Expusemos em tópico anterior ter sido absorvida a presunção de violência pela nova denominação de vulnerabilidade. Ora, é preciso considerar, então, se esta vulnerabilidade é absoluta (não admite prova em contrário) ou relativa (admite prova em contrário).

(...)

No mesmo prisma, deve-se analisar o grau de enfermidade ou deficiência mental para se analisar se a vulnerabilidade é absoluta ou relativa. Considerando-a relativa está-se sinalizando para um discernimento mínimo para a relação sexual, desativando o comando existente no art. 217-A, § 1º (‘não tem o necessário discernimento para a prática do ato’). Finalmente, a vulnerabilidade pode ser relativa, conforme a causa gerar o estado de incapacidade de resistência. A completa incapacidade torna absoluta a vulnerabilidade; a pouca, mas existente, capacidade de resistir faz nascer a relativa vulnerabilidade. Em todas as situações descritas acerca

² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 4: parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.720 e 12.737, de 2012. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 9. Ed., São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 870-871.

da vulnerabilidade relativa, pode-se desclassificar a infração penal do art. 217-A para a figura do art. 215. E, conforme o caso, considerar a conduta atípica.” (grifo nosso)

NUCCI considera que o relacionamento sexual consentido com enfermo ou deficiente mental, incluindo-se nesse cenário o retardado, desde que consentido, entre adultos, é questão problemática:

“Nem todo mundo tem exata noção da vedação posta em lei. O deficiente, em razão de síndrome de Down, por exemplo, apresenta retardamento mental e necessita de muitos cuidados durante a maior parte da vida. Estaria privado de ter relação sexual? Alguns chegam a conviver como companheiros, em união estável. O mesmo se diga de pessoa com deficiência mental que se uma a outra, considerada normal. Dir-se-ia ter feito o tipo penal referência ao fato de o enfermo ou deficiente mental não possuir o necessário discernimento para a prática do ato. Em outros termos, então, a única interpretação que nos parece lógica e justa é conceber a possibilidade de divisão entre enfermos e deficientes mentais nesse campo. Há os que são completamente impossibilitados de apresentar consentimento válido no contexto sexual, de modo que a prática de qualquer ato libidinoso, em relação a eles, seria considerada violenta, logo ilícita, bem como existem os que apresentam deficiência mental, mas que não lhes retira o desejo sexual e a vontade de se unir a outra pessoa, buscando inclusive atenuar o seu sofrimento, procurando a cura. A análise deve ser feita em cada caso concreto a depender do tipo de enfermidade ou deficiência mental. Conforme a situação, é perfeitamente escusável o erro de proibição, devendo ser afastada a culpabilidade, nos termos do art. 21 do Código Penal.”⁴ (grifo nosso)

Para os doutrinadores MARCÃO e GENTIL, há de se questionar:

“o deficiente mental que tenha vida marital, ou um relacionamento sexual decorrente de uma união séria e duradoura, está sendo vítima de estupro de vulnerável, um crime hediondo? Deve ser considerado que existem níveis de deficiência e que, a partir de certo estágio de compreensão, o indivíduo tem uma capacidade de discernir que lhe permite a prática de atos sexuais, sem

⁴ Nucci, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, pp. 107-108.

que isso represente qualquer violência contra si. Como a configuração do crime exige ausência do necessário discernimento, não haverá o delito se o deficiente, ou mentalmente enfermo, possuir tal capacidade”⁵. (grifo nosso)

De acordo com BITENCOURT, é evidente o tratamento discriminatório conferido pelo § 1º do art. 217-A aos enfermos e doentes mentais:

“Da forma como foram tratados pelo legislador, neste Título VI da Parte Especial do Código Penal, que disciplina os crimes contra a dignidade sexual, mais uma vez, o legislador violou a própria dignidade de pessoas diferenciadas, tratando-as indignamente, ao ignorar seus direitos à sexualidade, e, especialmente, ao seu livre exercício, que também é assegurado constitucionalmente; desconheceu que elas, como seres humanos, são portadoras de aspirações e sentimentos próprios de seres dessa natureza, que buscam, dentro de suas limitações, levar uma vida dentro da normalidade possível. Com efeito, em todas as oportunidades em que se refere a enfermos e deficientes mentais, ignora o legislador que eles também podem sentir as mesmas emoções, as mesmas necessidades sexuais que sentem seus demais semelhantes não portadores de tais deficiências, aliás, os próprios animais ditos irracionais também sentem necessidades sexuais e, a seu modo, buscam satisfazê-las.”⁶ (grifo nosso)

Na visão de PIERANGELI e SOUZA,

“merecem, todavia, um melhor enfoque os elementos normativos ou culturais enfermidade ou deficiência mental.

Claro está que uma e outra devem possuir o condão de impedir ou dificultar a manifestação de vontade da vítima. Daí a necessidade de se estabelecer se a falta de discernimento é completa absoluta, incompleta ou relativa, o que se pode determinar por meio de perícia, que, pelo menos na maioria dos casos, se faz necessária.

(...)

Ainda há mais alguns pontos a ponderar quando se trata de um relacionamento sexual com enfermo ou

⁵ MARCÃO, Renato e GENTIL, Plínio. Op. cit., p. 190.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 104.

deficiente mental adulto. Por exemplo, o deficiente está privado de ter relação sexual?

A questão é problemática. Desde logo é de considerar que a anomalia psíquica não se confunde com moléstia determinadora da inimputabilidade.

Caso assim não se entenda, todos os portadores de anomalia mental estariam condenados 'à abstinência de atos sexuais com outrem, a fazer do sexo uma espécie de tabu', diz Jorge de Figueiredo Dias.

De se ter, ainda, em consideração que para a aferição da possibilidade de oposição ao ato sexual não basta uma afirmação médica abstrata de uma moléstia ou anomalia. Exige-se mais do perito: exige-se a afirmação de que a enfermidade ou deficiência mental impedia a vítima de se autodeterminar, e de oferecer resistência ao agente.”⁷ (grifo nosso)

Como balizamento para moldar o tipo penal que insculpirmos no § 1º do art. 217-A do Código Penal, mister se faz nos guíemos pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU), firmada em Nova York, em 30 de março de 2007, e incorporada ao direito pátrio por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

O documento tem por propósito promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente (art. 1º, parágrafo 1).

A Convenção considera discriminação por motivo de deficiência qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro (art. 2º).

Em seu art. 3º, a Convenção é dirigida por inúmeros princípios gerais, dos quais se destaca “o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”, “a não-discriminação”, “a plena e efetiva

⁷ PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. Crimes sexuais. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pp. 57-59.

participação e inclusão na sociedade”, e “o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade”.

Como Estado Parte, o Brasil se comprometeu a assegurar e promover o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, tendo se obrigado a adotar medidas, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência (art. 4º, parágrafo 1, alínea “b”).

Conforme consignado no parecer da Comissão de Seguridade Social e Família, *“a redação atual do § 1º do art. 217-A do Código Penal, objeto da proposta do PL nº 1.213-2011, pode deixar, em tese, margem para criminalização de qualquer ato sexual envolvendo pessoas com deficiência mental e intelectual. Não há diferenciação na lei sobre o grau dessa deficiência”.*

Em nosso entendimento, mesmo diante de quadro de enfermidade ou de deficiência mental, não podemos suprimir o atributo da sexualidade dessas pessoas.

Proibir ou criminalizar a relação sexual dessas pessoas quando existe a necessária capacidade de entendimento e de autodeterminação diante desse entendimento significa impedir-lhes de exercer, livremente, o direito fundamental à sexualidade.

Não podemos conferir aos enfermos e deficientes esse tratamento indigno, desigual e perverso, posto que estamos sob a égide de um Estado Democrático de Direito que lhes protege soberanamente.

Pelo contrário, devemos ter respeito e consideração a essas pessoas, reconhecendo que são seres humanos iguais a nós, dotadas de sentimentos, emoções, desejos e aspirações.

É necessário que a sociedade e o poder público direcionem um novo olhar sobre essas pessoas, assegurando-lhes o que for necessário a fim de torná-los “mais iguais” aos seus semelhantes, respeitando-lhes a dignidade humana.

A redação do § 1º do art. 217-A do Código Penal foi construída com os textos das alíneas “b” e “c” do antigo art. 224.

As diferenças mais marcantes estão na substituição das expressões “alienado ou débil mental” por “enfermidade ou deficiência mental”, bem como a supressão da elementar “e o agente conhecia essa circunstância”, tornando despicieando que o agente tenha conhecimento da enfermidade ou deficiência da vítima para caracterização do delito.

A redação proposta no PL nº 1.213/11 reúne as causas de vulnerabilidade, agrupando as circunstâncias de enfermidade e deficiência mental à “qualquer outra causa”, suprimindo o termo “discernimento” e substituindo-o por “manifestar sua vontade”, configurando-se o crime quando essas pessoas estejam impossibilitadas de manifestar sua vontade OU de oferecer resistência para as ações do caput, e o agente se aproveitar dessas circunstâncias.

Por sua vez, o Substitutivo da Comissão de Seguridade Social e Família acrescenta as deficiências física e intelectual à já prevista deficiência mental e mantém o termo “discernimento”, estabelecendo como crime a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com enfermo, deficiente, ou pessoa que, por qualquer outra causa, não tenha o discernimento para a prática do ato OU esteja impossibilidade de manifestar sua vontade OU de oferecer resistência para as ações do caput, alternativamente. Não inclui a elementar “aproveitando-se o agente dessas circunstâncias”.

A doutrina entende que se deve tomar bastante cautela com a utilização dos elementos “necessário discernimento” e “impossibilidade de resistência”.

Não podem eles ser simplesmente agrupados e aplicados ampla e conjuntamente aos enfermos, deficientes mentais e às pessoas que não possam oferecer resistência por qualquer outra causa, como ocorreu no texto do substitutivo da Comissão de Seguridade Social e Família.

Segundo os doutrinadores MARCÃO e GENTIL,

“necessário discernimento e impossibilidade de resistência constituem elementos normativos, que devem ser determinados, no caso concreto, pelo juiz. Discernir é distinguir, entender, conhecer o todo e suas partes. O discernimento necessário deve ser aferido em função do

ato sexual. Pode ser que o sujeito possua algum discernimento, mas não o suficiente para o ato. Quer dizer, existe uma profundidade no sentido de um ato libidinoso, cuja compreensão por quem vai praticá-lo pode superar a capacidade intelectual do vulnerável. Igualmente deve acontecer de que esse déficit de discernimento ocorra em razão de enfermidade ou deficiência mental, sendo preciso haver relação de causalidade entre as duas coisas. Alguém, por exemplo, portador de deficiência mental, mas que, no momento da prática libidinoso, apresente um discernimento insuficiente em razão de outra causa que não aquela deficiência não se encaixará no medo de vulnerável definido na primeira figura do art. 217-A, § 1º, podendo, conforme o caso, enquadrar-se na segunda (pessoa que, por qualquer causa, não pode oferecer resistência)⁸.

Por outro lado, *“impossibilidade de resistência é algo diverso de discernimento para a prática do ato sexual. Alguém pode discernir e, tendo resolvido resistir, não tem possibilidade de fazê-lo. A resistência é uma opção consciente, dependendo, portanto, do prévio discernimento, ainda que parcial. Assim, não se coloca o problema de resistir quando falte qualquer compreensão do que se passa. Mede-se a possibilidade de resistência de acordo com as consequências do fato: se o sujeito ativo conseguiu alcançar seu objetivo, praticando o ato lascivo, não houve oferecimento (suficiente) de resistência, diante do que restará configurado o estupro de vulnerável”⁹.*

De fato, há de se distinguir as hipóteses legais relativas aos enfermos e os deficientes daquela atinente às pessoas que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência, atribuindo-lhes os elementos normativos próprios de cada uma.

Contudo, a aferição da vulnerabilidade dessas pessoas deve se deslocar do campo do *“discernimento”* e passar a ser dirigida pela *“manifestação da vontade”*.

Na livre manifestação de sua vontade, no pleno exercício de suas liberdades, inclusive a sexual, os enfermos e deficientes devem ter assegurada a possibilidade de, num nível aceitável de entendimento e de autodeterminação, consentir na relação sexual com outrem, sem que isso configure o crime de estupro de vulnerável.

⁸ MARCÃO, Renato e GENTIL, Plínio. Op. Cit., pp. 194-195.

⁹ MARCÃO, Renato e GENTIL, Plínio. Op. Cit., p. 195.

BITENCOURT faz uma analogia entre inimizabilidade penal e a vulnerabilidade do enfermo e do portador de deficiência mental a fim de caracterizar o crime de estupro de vulnerável em relação a essas pessoas.

Para ele, nos casos em que agente padece de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, para que seja considerado inimputável e, portanto, não sujeito a pena, é necessário constatar a consequência psicológica desse distúrbio (sistema biopsicológico):

“O agente é incapaz de avaliar o que faz, no momento do fato, ou então, em razão dessas anormalidades psíquicas, é incapaz de autodeterminar-se. Devem reunir-se, portanto, no caso de anormalidade psíquica, dois aspectos indispensáveis: um aspecto biológico, que é o da doença em si, da anormalidade propriamente, e um aspecto psicológico, que o referente à capacidade de entender ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento.

Estamos reconhecendo, portanto, que, para a configuração da incapacidade penal, é insuficiente eventual enfermidade ou deficiência mental – que é o aspecto biológico – mas é indispensável a decorrência psicológica dessa anomalia mental, qual seja, a incapacidade de entendimento e de autodeterminação. Significa, a contrario sensu, que o indivíduo pode ser portador de determinada anomalia mental, mas a sua consequência psicológica (capacidade de entendimento e de autodeterminação) não se fazer presente; e, sem ela, não há que se falar em incapacidade penal. Para a comprovação dessa circunstância, no entanto, será necessário exame pericial especializado. Mutatis mutandis, o mesmo pode ocorrer nas hipóteses dos crimes sexuais, ou seja, ou sujeito passivo pode ser portador de enfermidade ou deficiência mental (art. 217-A, § 1º), e, no entanto, não apresentar a característica exigida pelo tipo penal, qual seja, por enfermidade ou deficiência mental, não ter o necessário discernimento para a prática do ato. Essa ausência da capacidade de discernir a prática do ato, que é indispensável, também precisa ser comprovada pericialmente. Mutatis mutandis, o fato de tratar-se de ‘enfermo ou deficiente mental’ não implica, necessariamente, alguém vulnerável, sendo indispensável comprovar-se, no caso, se essa pessoa não tem ‘capacidade de discernir a prática do ato’. Trata-se de elementar normativa que envolve dois juízos valorativos: primeiro, o juízo sobre a existência de anormalidade psíquica; segundo, sobre a consequência dessa

anormalidade: a incapacidade de discernir a prática do ato. Ambas valorações dependem, necessariamente, de comprovação por meio de perícia.”¹⁰ (grifo nosso)

Quanto ao conhecimento da circunstância da enfermidade ou da deficiência pelo agente, entende PERANGELI e SOUZA que, *“não obstante essa omissão, é de se considerar que tal exigência perdura sob pena da injustificável adoção de presunção absoluta. Assiste razão a Guilherme de Souza Nucci, ao dizer que o autor do crime precisa ter ciência de que a relação sexual se dá com pessoa em qualquer das situações descritas no art. 217-A. ‘Se tal não se der, ocorre erro de tipo, afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição (...)’”*.

No particular, o PL 1.213/11 propõe seja incorporado ao § 1º do art. 217-A do Código Penal a elementar *“aproveitando-se o agente dessas circunstâncias”*.

Acolhendo a crítica apontada pela doutrina, entendemos que esse elemento deve retornar comando normativo. Assim, recomendamos sua reinclusão no § 1º do art. 217-A.

Efetuamos também reparo de técnica legislativa na redação proposta para o § 1º do art. 217-A do Código Penal, substituindo a expressão *“pena”* por *“crime”*, considerando-se que, *“ao dispor, no § 1º, que incorrem na mesma pena os autores de práticas libidinosas com as pessoas ali indicadas, a norma repete um defeito redacional frequente em nossa legislação: o agente de um crime não incorre numa pena, e sim num tipo penal, ou, se se quiser ser mais claro, num crime. A pena é simplesmente uma consequência de alguém estar incurso num delito”¹¹*.

Relativamente à inclusão da expressão *“deficiência física, mental ou intelectual”* proposta no Substitutivo da Comissão de Seguridade Social e Família, há de se considerar o termo correto utilizado na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU.

De acordo com o art. 1º, parágrafo 2º, da Convenção, *“pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com*

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 107.

¹¹ MARCÃO, Renato, e GENTIL, Plínio. Op. cit. p. 187.

diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

Entendemos, pois, deva ser aperfeiçoado o texto proposto no Substitutivo da Comissão de Seguridade Social e Família, adotando-se a expressão *“deficiência física, mental, intelectual ou sensorial”*.

Assim sendo, de modo a ajustar o § 1º do art. 217-A à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e aperfeiçoar o dispositivo de acordo com as observações doutrinárias expostas, propomos a seguinte redação para o dispositivo:

“§ 1º Incorre no mesmo crime quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência física, mental, intelectual ou sensorial, esteja impossibilitada de se autodeterminar para consentir na prática do ato, e o agente conhecia e se aproveitou dessa circunstância, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.”

Quanto às propostas de majoração das sanções penais, o Projeto de Lei nº 4.207, de 2012, propõe o aumento da pena mínima do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, do Código Penal) de 8 (oito) para 10 (dez) anos, mantendo a pena máxima de 15 (quinze) anos.

Na hipótese em que o crime de estupro de vulnerável resulta em lesão corporal grave (art. 217-A, § 3º, do Código Penal), a pena mínima é aumentada de 10 (dez) para 12 (doze) anos, mantida a pena máxima de 20 (vinte) anos.

E na hipótese em que esse crime resulta na morte da vítima (art. 217-A, § 4º, do Código Penal), o projeto majora a pena mínima de 12 (doze) para 20 (vinte) anos, mantida a pena máxima de 30 (trinta) anos.

Essas modificações foram aprovadas e incorporadas no Substitutivo apresentado pela Comissão de Seguridade Social e Família, consignando-se que *“pode-se considerar que o recrudescimento de penas tende a ser, teoricamente, mais protetivo às vítimas. Sobre esse prisma, podemos considerar o projeto em comento interessante para o direito à saúde, haja vista a maior proteção que seria conferida às potenciais vítimas desses atos delituosos. Ou seja, indiretamente, haveria uma maior proteção à saúde*

individual das vítimas, diante de punição mais rigorosa contra os crimes contemplados na proposta”.

De acordo com o art. 1º, inciso VI, da Lei nº 8.072/1990, a Lei de Crimes Hediondos, o estupro de vulnerável é crime hediondo em todas as suas formas (caput e §§ 1º a 4º).

Assim sendo, de acordo com o art. 2º, § 1º, a pena será cumprida inicialmente em regime fechado. A progressão de regime ocorrerá após o cumprimento de 2/5 da pena, se o condenado for primário, ou 3/5 da pena, se reincidente (art. 2º, § 2º).

Considerando a ausência de elementos que permitam a majoração da pena mínima do crime de estupro de vulnerável, podemos fazer as seguintes estimativas para progressão do condenado a essa pena do regime fechado para o semiaberto:

Art. 217-A	Pena mínima atual	Cumprimento progressão primário (2/5)	Cumprimento progressão reincidente (3/5)
Caput	8 anos	3 anos, 2 meses e 12 dias	4 anos, 7 meses e 18 dias
§ 1º	8 anos	3 anos, 2 meses e 12 dias	4 anos, 7 meses e 18 dias
§ 3º	10 anos	4 anos	6 anos
§ 4º	12 anos	4 anos, 9 meses e 18 dias	7 anos, 2 meses e 12 dias

Com a pena mínima atual de 8 (oito) anos para o caput e o § 1º do art. 217-A, o autor de estupro de menor de 14 anos, de enfermo ou deficiente sem discernimento ou de pessoas que não pode oferecer resistência por outra causa, condenado à pena mínima, terá de cumprir somente 3 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão para ter o direito à progressão ao regime semiaberto. Se o condenado for reincidente, deverá cumprir 4 anos, 7 meses e 18 dias para sair da cadeia.

Se do estupro resultar de lesão corporal de natureza grave, o condenado à pena mínima terá de cumprir somente 4 anos em regime fechado, se for primário, ou 6 anos, se for reincidente, para ser liberado para o regime semiaberto.

No caso de morte da vítima de estupro, o condenado à pena mínima terá de cumprir 4 anos, 9 meses e 18 dias em regime fechado para ter direito à progressão ao semiaberto, se primário, ou 7 anos, 2 meses e 12 dias, se reincidente.

A questão que se coloca é a seguinte: no patamar em que as penas mínimas estão fixadas atualmente, afigura-se suficiente que o condenado cumpra somente esses períodos de pena de reclusão para que, futuramente, esteja de volta ao convívio em sociedade, quiçá não reintegrado e ainda direcionado à prática criminosa, após ter praticado delito de tamanha gravidade? Evidentemente que não.

De fato, não existe uma relação adequada de proporcionalidade entre as penas mínimas cominadas para as condutas previstas no art. 217-A do Código Penal e sua gravidade e lesividade. As penas cominadas são insuficientes para tutelar adequadamente os bens jurídicos protegidos.

É conveniente e oportuna a majoração das penas mínimas a fim de se estabelecer a equivalência entre as condutas praticadas e a gravidade da lesão por elas ocasionada.

Portanto, propomos sejam aumentadas as penas mínimas do art. 217-A do Código Penal, nos moldes propostos pelo PL 4.207, de 2012, e pelo Substitutivo da Comissão de Seguridade Social e Família.

Em relação à modificação das penas sugeridas pelo PL 4.731, de 2016, não vemos razoabilidade e proporcionalidade em se promover os aumentos no patamar por ele apresentado.

Urge, nesse contexto, trazer à baila as lições do doutrinador Paulo Queiroz (Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.), que se refere ao princípio da proporcionalidade da pena sob três aspectos: 1º) proporcionalidade abstrata (ou legislativa); 2º) proporcionalidade concreta ou judicial (ou individualização) e o 3º) proporcionalidade executória.

Necessário aduzir que a proporcionalidade abstrata, de acordo com o aludido Professor, resta configurada quando o legislador define as sanções (penas e medidas de segurança) mais apropriadas (seleção qualitativa) e quando estabelece a graduação (mínima e máxima) das penas cominadas aos crimes (seleção quantitativa).

Assim, é preciso destacar que o legislador, ao efetuar a cominação da pena em abstrato, deve verificar e ponderar a relação entre a gravidade da ofensa ao bem jurídico e a sanção que será imposta ao infrator, fixando os seus parâmetros de forma proporcional e equilibrada.

Dessa maneira, entendemos mais adequado, conforme dito acima, fixar as penas nos parâmetros trazidos pelo PL 4.207, de 2012, e pelo Substitutivo da Comissão de Seguridade Social e Família, sob pena de macular a harmonia e proporcionalidade existentes no sistema jurídico.

Outrossim, o PL 4.731, de 2016, estabelece que as penas cominadas às condutas previstas no art. 217-A do Código Penal devem ser cumpridas integralmente em regime fechado.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ é pacífica no sentido de ser inconstitucional qualquer lei que proíba a progressão de regime prisional. Isso se dá porque é direito e garantia fundamental, insculpido na Constituição Federal, a individualização da pena.

Por ser instrumento intrínseco ao sistema de individualização das penas, a progressão de regime não pode ser eliminada em nenhuma hipótese.

A inconstitucionalidade citada fora declarada pelo STF no julgamento do Habeas Corpus 82.959 em 23 de fevereiro de 2006.

O relator dessa ação, o Ministro Marco Aurélio, afirmou que a vedação de progressão de regime viola o princípio constitucional da isonomia e da individualização da pena. O ministro Eros Grau, acompanhando o voto do relator, ressaltou que a proibição dessa progressão afronta o princípio da individualização da pena, estabelecendo que o legislador não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar caso a caso a pena do condenado.

“O cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano, importa violação a esses preceitos constitucionais”, asseverou o Ministro Eros Grau. No mesmo sentido votou o Ministro Sepúlveda Pertence, reconhecendo que de nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se isso não é feito na execução, em razão da natureza do crime.

Por esse motivo, a Lei 11.464/2007 alterou a antiga redação da Lei dos Crimes Hediondos – 8.072/90, que estabelecia aos condenados por crimes hediondos o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

A nova redação da Lei 8.072/90 determina que **a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes nela previstos, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.**

Tendo isso em vista, mostra-se inconstitucional e injurídico o Projeto de Lei 4.731, de 2016.

No tocante às causas de aumento de pena, o PL 4.207, de 2012, as modifica para os crimes sexuais praticados contra vulneráveis. Para tanto, altera o inciso II do art. 226 do Código Penal. Desmembra suas hipóteses em três diferentes alíneas.

A alínea “a” mantém a parte inicial do inciso II do art. 226: *“é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge ou companheiro”.*

A alínea “b” estabelece aumento de pena da metade se o agente *“tenha qualquer tipo de relacionamento afetivo ou amoroso com os ascendentes da vítima”.*

A alínea “c” contempla a outra parte do inciso II do art. 226, criminalizando, além da conduta praticada por quem tenha autoridade sobre a vítima, quem também tiver *“dever de cuidado, proteção ou vigilância em relação a ela”.*

O Projeto de Lei nº 8.037, de 2014, igualmente estabelece causa de aumento de pena para os crimes sexuais praticados contra vulnerável.

Determina que *“a pena será aumentada de um sexto a um terço, quando o agente for parente na linha reta ou colateral até o terceiro grau, ou pessoa que tenha a guarda ou vigilância da vítima”*.

A Comissão de Seguridade Social e Família aprovou tais modificações ressaltando se tratar de *“crimes abomináveis, sem dúvida, e o aumento de pena nos casos mencionados vem no sentido de aprimorar o Código Penal, conferindo maior rigor à punição quando praticados por pessoas próximas às vítimas”*.

As causas de aumento de pena previstas nesses projetos foram plasmadas na modificação do art. 226 do Código Penal proposta no Substitutivo, tendo sido também incorporada como causa o fato de ter o crime sido cometido no contexto de qualquer relação íntima de afeto na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, independentemente de coabitação.

Somos favoráveis a essa alteração, prestigiando o texto proposto no Substitutivo da Comissão de Seguridade Social e Família, por ser tecnicamente mais adequado.

Devemos endurecer a pena nas hipóteses em que o agente tem a obrigação legal de cuidado e proteção em relação ao menor e se utilizam dessa condição para praticar crimes contra pessoas vulneráveis, que não têm condições de se defender.

Consoante muito bem argumentado na proposição apresentada pela Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a apurar denúncias de turismo sexual e exploração sexual de crianças e adolescentes, ao se adotar a modificação *“a lei estará não apenas desestimulando a prática desses crimes hediondos, como também propiciando uma punição adequada e compatível com a gravidade do crime”*.

Por fim, o Projeto de Lei nº 4.207/12 acrescenta alínea “p” ao inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89 para estabelecer o cabimento de prisão temporária quando houver fundadas razões da autoria ou participação do agente no crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal).

A alteração foi incorporada no Substitutivo aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família.

Manifestamo-nos favoravelmente a essa modificação. A medida trará proporcionalidade entre a gravidade da conduta e as medidas preventivas que podem ser tomadas para apurar sua prática.

Por todo o exposto, nosso voto é pela inconstitucionalidade, injuridicidade, inadequada técnica legislativa do Projeto de Lei nº 4.731, de 2016; pela constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa dos Projetos de Lei nºs 1.213, de 2011; 4.207, de 2012; e 8.037, de 2014, e do Substitutivo apresentado pela Comissão de Seguridade Social e Família. Não obstante, quanto ao mérito, votamos pela rejeição do Projeto de Lei nº 4.731, de 2016; e pela **APROVAÇÃO** dos Projetos de Lei nº 1.213, de 2011; 4.207, de 2012; e 8.037, de 2014, e do Substitutivo apresentado pela Comissão de Seguridade Social e Família, nos termos do Substitutivo que se segue.

Sala da Comissão, em de de 2016.

Deputado EFRAIM FILHO

Relator

2016-7432

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

SUBSTITUTIVO AOS PROJETOS DE LEI NºS 1.213, DE 2011; 4.207, DE 2012; E 8.037, DE 2014

Altera os arts. 217-A e 226 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e acrescenta alínea “p” ao inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que “dispõe sobre a prisão temporária”.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei altera os arts. 217-A e art. 226 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e acrescenta alínea “p” ao inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que “dispõe sobre a prisão temporária”, a fim de alterar a tipificação e estabelecer penas mais severas para o crime de estupro de vulnerável.

Art. 2º Os arts. 217-A e 226 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 217-A

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre no mesmo crime quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência física, mental, intelectual ou sensorial, esteja impossibilitada de se autodeterminar para consentir na prática do ato, e o agente conhecia e se aproveitou dessa circunstância, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

.....

§ 3º

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos.

§ 4º

Pena – reclusão, de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos.”
(NR)

“Art. 226.

.....

II – de metade:

a) se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge ou companheiro da vítima;

b) quando o crime for cometido no contexto de qualquer relação íntima de afeto na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, independentemente de coabitação;

c) se o agente é tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade, dever de cuidado, proteção ou vigilância em relação a ela.” (NR)

Art. 3º O inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, passa a vigorar acrescido da seguinte alínea “p”:

“Art. 1º

.....

III -

.....

p) estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal).” (NR)

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em de de 2016.

Deputado EFRAIM FILHO
Relator

2016-7432