



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (51) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)

Comissão de Direito Penal

Indicação n.º 036/2020

Indicante: Dr. João Carlos Castellar

Relator: Dr. Antonio Sergio Altieri de Moraes Pitombo

Ementa: Crime de Estupro de Vulnerável, previsto no artigo 217-A. Proposta de majoração da pena cominada. Endurecimento penal. Ausência de vinculação entre o aumento de pena pretendido e a efetiva repressão ao delito. Proposta que não se adequa às finalidades da pena criminal. Necessária rejeição.

Palavras-chave

Direito Penal. Estupro de Vulnerável. Aumento de Pena.

I. Introdução.

O presente parecer, vinculado à Indicação nº 036/2020, formulada pelo Dr. *João Carlos Castellar*, membro efetivo desse I. INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, tem por objeto a análise jurídico-criminal do Projeto de Lei nº 5095/2020, apresentado à I. Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, no dia 05 de novembro de 2020, pela Exma. Deputada Federal *Daniela do Waguinho*, do Partido MDB.

Por meio de sua proposta legislativa, pretende a Exma. Deputada Federal alterar as disposições do artigo 217-A, do Código Penal, com o fim de aumentar a escala penal prevista para o crime de *estupro de vulnerável*, cominada,



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (51) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

atualmente, em 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, para que passe a prever, em seu lugar, 10 (dez) a 20 (vinte) anos de reclusão. No texto do projeto, consta que o tipo penal passaria a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 217A.....
Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.
.....”(NR)

Não foram propostas alterações no preceito primário da norma incriminadora, mantendo-se a mesma estrutura típica do delito descrito no artigo. 217A, do Código Penal.

Tampouco foram sugeridas modificações nas escalas penais das demais modalidades do crime, de modo que a pena prevista para a modalidade simples do *estupro de vulnerável*, descrita no *caput* do artigo 217-A, passaria a ser igual à da qualificada pela lesão corporal grave, descrita no §3º do mesmo dispositivo, conforme salientado no texto do projeto¹. A mudança da lei pretendida, portanto, se daria, de forma exclusiva, no que se refere à pena cominada para o delito simples.

Na breve *justificação* que compõe a proposta legislativa, a Exma. Deputada Federal externou a vinculação direta de seu projeto com a “*repercussão do caso Mariana Ferrer*”². Além disso, ressaltou a gravidade intrínseca do crime e o aumento da incidência de casos na atualidade:

¹ “Nossa proposta é no sentido de justificar por meio de fatos, circunstâncias e pela repercussão do caso “Mariana Ferrer” a possibilidade da majoração da pena do Art. 217-A do Código Penal para 10 a 20 anos de reclusão como é feito no § 3º. do mesmo artigo (lesão corporal grave).” – Fl. 01 da Justificação do Projeto de Lei nº 5095/2020, disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1940751&filename=Tramitacao-PL+5095/2020.

² Fl. 01 da Justificação do Projeto de Lei nº 5095/2020, disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1940751&filename=Tramitacao-PL+5095/2020



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

“Nossa proposta é no sentido de justificar por meio de fatos, **circunstâncias e pela repercussão do caso “Mariana Ferrer”** a possibilidade da majoração da pena do Art. 217-A do Código Penal para 10 a 20 anos de reclusão como é feito no § 3º. do mesmo artigo (lesão corporal grave). Tal possibilidade se verifica em razão da quantidade de casos atuais no Brasil em que os agentes se utilizam de álcool e drogas impossíveis de visualização pela vítima para a prática do crime de estupro.

Essa prática faz com que o ato não ofereça resistência e o agente possa se “salvar” em argumentos “jurídicos” de um possível discernimento por parte da vítima, como foi descrito pela imprensa no caso “Mariana Ferrer”, ocorrido no Estado de Santa Catarina. O crime de estupro de vulnerável é um dos mais abomináveis previstos em nosso ordenamento jurídico. Afinal, além dos danos físicos que podem ocorrer dessa conduta, os danos psicológicos são devastadores, causando uma mácula irreparável. Brutalidade dessa natureza, mostram a injustiça das penas previstas hoje, e merecem uma resposta desta Casa e uma punição mais condizente com a sua gravidade. E por isso, parece-nos cristalino que o presente projeto de lei traz importante alteração em nosso ordenamento jurídico, motivo pelo qual contamos com o apoio de nossos ilustres Pares no Congresso Nacional para a sua aprovação.”³

O processo criminal utilizado como inspiração para o Projeto de Lei tramitou perante a Justiça Estadual de Florianópolis, com o fim de apurar a prática

³ Fls. 01/01 da Justificação do Projeto de Lei nº 5095/2020, disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1940751&filename=Tramitacao-PL+5095/2020



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

do crime de *estupro de vulnerável*, que teria como vítima a modelo Mariana Ferrer, naquela comarca, em dezembro de 2018.

Apesar de os autos do referido processo-crime tramitarem sob segredo de justiça, o caso teve vasta repercussão midiática, sobretudo no início de novembro de 2020, diante da divulgação, pela imprensa, de sentença proferida pelo D. Magistrado da 3ª Vara Criminal de Florianópolis, que absolveu o réu do crime que lhe foi imputado. À época, a sentença gerou forte comoção, tendo sido objeto de duras críticas nas redes sociais.

Importante salientar, desde início, que não há, aqui, qualquer discordância a respeito da gravidade intrínseca do delito sob análise. Conforme salientado pela Exma. Deputada Federal, o *estupro de vulnerável* se apresenta como grave crime previsto na legislação penal brasileira, capaz de gerar profundos, dolorosos e permanentes danos às suas vítimas.

No entanto, é certo que, conforme será desenvolvido no presente parecer, sob uma perspectiva dogmática, as mudanças contidas no Projeto de Lei não possuem o condão de alcançar o fim a que se destinam, isto é, a efetiva repressão desses atos.

Para melhor compreensão dessa circunstância, inicialmente, será empreendida breve análise da construção legislativa do delito que integra o objeto da proposta. Em seguida, serão apresentados argumentos que demonstram a ausência de vinculação entre o aumento de pena pretendido e a repressão do referido delito.

Para tanto, serão analisadas as teorias recepcionadas pelo ordenamento jurídico pátrio acerca das finalidades da pena, bem como será abordada a necessidade de se atender à proporcionalidade entre a repressão criminal prevista aos diferentes delitos tipificados no país. Ao final, como restará demonstrado, tais circunstâncias conduzirão à conclusão pela inadequação do Projeto de Lei proposto.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

II. Apontamentos sobre o crime de estupro de vulnerável, descrito no artigo 217-A, do Código Penal.

O artigo 217-A, do Código Penal tipifica, em seu *caput*, a conduta de “*ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos*”, sob a pena de “*reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos*”.

O parágrafo primeiro do mesmo artigo, por seu turno, dispõe que “*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*”. Juntas, as hipóteses típicas descritas nesses dois dispositivos configuram o chamado crime de *estupro de vulnerável*.

O referido delito foi introduzido no Capítulo II, do Título VI, do Código Penal, intitulado “*dos crimes sexuais contra vulneráveis*”, por força da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Como pontua a doutrina, tal inserção foi resultante de uma “*excepcional preocupação do legislador com determinadas pessoas que eram incapazes de consentir ou de manifestar validamente o seu dissenso*”⁴

Tal inserção, repise-se, foi promovida apenas em 2009. Até aquele momento, não havia, na legislação jurídico-penal pátria, tutela específica da dignidade sexual de pessoas em situação de vulnerabilidade – isto é, aquelas que não possuíam plena disponibilidade do exercício da liberdade sexual⁵, seja em razão de sua

⁴ PRADO, Luiz Regis. Tratado de direito penal, Volume III, parte especial: crimes contra pátrio poder, tutela, curatela: crimes contra a incolumidade pública: crimes contra a fé pública – 2ª ed. rev. atual. e reform. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 206.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 4: parte especial – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 93



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

pouca idade, seja por ostentarem enfermidades ou deficiências mentais, ou, ainda, devido a uma situação específica que obstasse o oferecimento de resistência num dado momento.

Dessa forma, foi só com o advento da Lei nº 12.015/2009 que esse grupo particular passou a ser protegido, de forma específica, pelo legislador penal. O *estupro de vulnerável*, portanto, é um crime de introdução recente no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo quando se leva em conta que os demais delitos previstos na Parte Especial do Código Penal, em sua maioria, foram inseridos e revisados para a promulgação do Código, em 1940.

A tutela penal da liberdade sexual de pessoas em situação de vulnerabilidade despontou como um desdobramento da “CPMI sobre a violência e as redes de exploração sexual de crianças e adolescentes”⁶.

Na extensa *justificação* da Lei nº 12.015/2009, consta que suas disposições resultaram de debates científicos travados no “Grupo de Estudos de Análise Legislativa”, criado em consórcio com a CPMI, “em reunião de setembro de 2003 da Comissão Intersetorial de Combate à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, então coordenada pela Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça.”⁷.

Ainda de acordo com a *justificação* da referida lei, integrava tal Grupo de Estudos representantes dos seguintes órgãos e instituições: “Ministério da Justiça, Secretaria Especial de Direitos Humanos, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Federal, Defensoria Pública da União, Comissão Parlamentar Mista

⁶ “Justificação da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html#:~:text=Altera%20o%20T%C3%ADtulo%20VI%20da,C%C3%B3digo%20Penal%2C%20e%20o%20art.&text=5%C2%BA%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20e,trata%20de%20corrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20me%20nos>.

⁷ Justificação da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html#:~:text=Altera%20o%20T%C3%ADtulo%20VI%20da,C%C3%B3digo%20Penal%2C%20e%20o%20art.&text=5%C2%BA%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20e,trata%20de%20corrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20me%20nos>.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

de Inquérito sobre Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes e Organização Internacional do Trabalho”⁸.

Na condução dos trabalhos do Grupo, seus integrantes levaram em conta “os estudos desenvolvidos pela Associação dos Magistrados e Promotores da Infância e Juventude (ABMP), pela Organização Internacional do Trabalho, pelo Centro de Defesa da Criança e do Adolescente - CDECA/EMAUS e pela PESTRAF, pesquisa sobre tráfico de mulheres e crianças realizada pelo Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes (CECRJA)”⁹.

Nesse contexto, resta nítido que, em comparação com a Proposta de Lei nº 5095/2020, as inserções e alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009 se apresentaram com **maior fundamento científico**, posto que foram fruto de debates conduzidos por **órgãos especializados**, movidos pela **finalidade específica** de tutelar a liberdade sexual de pessoas em situação de vulnerabilidade.

As duras penas atribuídas ao crime do artigo 217-A, do Código Penal, tanto em sua modalidade simples, descrita no *caput* (08 a 15 anos), quanto nas modalidades qualificadas, descritas no §3º e no §4º (10 a 20 anos e 12 a 30 anos, respectivamente), demonstram a gravidade intrínseca atribuída ao delito pelo legislador de 2009, movido pelo ímpeto de proteção da liberdade sexual dos vulneráveis. Trata-se de algumas das maiores penas cominadas na legislação criminal brasileira.

⁸ Justificação da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html#:~:text=Altera%20o%20T%C3%ADtulo%20VI%20da,C%C3%B3digo%20Penal%2C%20e%20o%20art.&text=5%C2%BA%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20e,trata%20de%20corrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20menores>.

⁹ Justificação da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html#:~:text=Altera%20o%20T%C3%ADtulo%20VI%20da,C%C3%B3digo%20Penal%2C%20e%20o%20art.&text=5%C2%BA%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20e,trata%20de%20corrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20menores>.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

Compreender esse contexto subjacente à inserção do delito de *estupro de vulnerável* no ordenamento jurídico pátrio é por todo fundamental para examinar a pertinência, ou não, do Projeto de Lei nº 5095/2020, que, movido por emoções contingenciais, vinculadas a um evento específico, pretende alterar suas disposições.

- III. A inadequação do projeto de lei: a ausência de vinculação entre o aumento de pena pretendido e a efetiva repressão ao delito do artigo 217-A, do Código Penal, já duramente apenado.

Um dos principais traços diferenciadores do Direito Penal, com relação aos demais ramos jurídicos, é o “*meio de coação e tutela com que atua, que é a pena criminal*”¹⁰. Cuida-se da mais grave sanção estabelecida na ordem jurídica¹¹, que, enquanto tal, é reservada à repressão de “*comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social ou à sua própria conservação e progresso*”¹².

Não é difícil compreender, portanto, a relação direta existente entre comoções sociais contingenciais, causadas por eventos específicos, e o surgimento de manifestações, no cenário político-social, orientadas ao enrijecimento da legislação criminal. Considerando que o Direito Penal funciona como forma de regular as relações sociais, “*visando assegurar a existência da sociedade e dos valores fundamentais da vida para o corpo social*”¹³, é comum que, diante de notícias sobre violações de tais valores,

¹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral – 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 01.

¹¹ Ibid., p. 02.

¹² PRADO, Luiz Regis. Tratado de direito penal brasileiro: parte geral: volume I. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 110.

¹³ FRAGOSO, op. cit., fl. 02.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

surja, no seio social, um ímpeto por reprimir, de forma mais grave, os respectivos responsáveis.

Esse ímpeto é potencializado pela atuação dos veículos de comunicação, que, ao longo dos anos, têm conferido cada vez mais enfoque à aplicação da jurisdição penal. Todos os dias, os noticiários divulgam informações sobre investigações e processos criminais, pouco importando o estágio em que se encontrem, gerando, assim, forte comoção na sociedade. A despeito de dados oficiais, cresce a sensação de medo e de impunidade. O sofrimento da vítima, estampado em matérias jornalísticas, incita indignação e revolta.

Temendo a barbárie, os cidadãos passam, então, a almejar soluções rápidas para os problemas que lhe são apresentados, que colocam em risco a harmonia do convívio social. Essa solução rápida, em geral, é a mesma: o incremento da repressão penal, externado, na maior parte das vezes, na majoração das penas aplicadas aos delitos previstos no ordenamento jurídico.

Como pontua a doutrina, “a emoção, que é o principal recurso dos meios de informação, acaba por afetar o discurso político e inspirar leis”¹⁴. Esse é um dos efeitos do o que se chama de *populismo penal*: “um fenômeno representado por um conjunto de práticas e discursos que traduzem e reivindicam endurecimento penal, com afetação das instituições que compõem o sistema criminal”¹⁵ – no caso, o Poder Legislativo.

Trata-se, sem dúvida, de discurso sedutor¹⁶, que promete a resolução de problemas graves, de maneira simples, aplacando o medo e atendendo aos

¹⁴ GARAPON, Antoine. O guardador de promessas. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 101, apud BOTTINO, Thiago. Prefácio. In: MENDES, André Pacheco Teixeira. Por que o legislador quer aumentar penas? Populismo penal na Câmara dos Deputados. Análise das Justificativas das proposições legislativas no período de 2006 a 2014 – Belo Horizonte, Del Rey, 2019.

¹⁵ MENDES, op. cit, p. 259.

¹⁶ Ibid, p. 65.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

anseios de justiça imediata. Esse discurso vincula-se a uma “*concepção penal que delega à pena e à criminalização uma forma bizarra de processo pedagógico*”¹⁷.

Ocorre que, na esteira do que costuma acontecer com soluções rápidas, em geral, o aumento da repressão penal não se mostra medida eficaz para alcançar o fim a que se destina, qual seja, o combate à prática de crimes. Esse raciocínio imediatista, na verdade, mostra-se raso e decorre, justamente, da falta de conhecimento especializado sobre a matéria: é um reflexo do senso comum.

Veja-se irretocável apontamento de BOTTINO, em obra de MENDES, destinada a analisar, justamente, a razão pela qual legisladores, com frequência, querem aumentar as penas de crimes:

“Os cidadãos não são estimulados pelos meios de comunicação a analisar criticamente os efeitos da intervenção violenta do Estado na esfera de liberdades individual nem o uso político do medo do crime para a legitimação de medidas autoritárias. Ao contrário, acostumam-se a enxergar a reação punitiva como única medida capaz de gerar alívio. A fixação na punição – e preferencialmente a punição imediata e especialmente intensa – desvia as atenções da população do debate sobre as verdadeiras causas da criminalidade e impede a busca de outras soluções mais eficientes e menos simbólicas”¹⁸.

Trazendo tais considerações para a análise da proposta de mudança legislativa, verifica-se, com todo respeito, ser esse o cenário em que o Projeto de Lei nº 5095/2020 está inserido. Como visto, está expressa, na *justificação* da proposta,

¹⁷ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p.84.

¹⁸ BOTTINO, Thiago. Prefácio. In: MENDES, André Pacheco Teixeira. *Por que o legislador quer aumentar penas? Populismo penal na Câmara dos Deputados. Análise das Justificativas das proposições legislativas no período de 2006 a 2014* – Belo Horizonte, Del Rey, 2019.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

a vinculação da majoração da pena pretendida com a “*repercussão do caso Mariana Ferrer*”¹⁹.

A alteração, portanto, não foi sugerida como um reflexo de estudos sobre os aspectos e a incidência do referido delito, as causas subjacentes à sua prática e os meios efetivos de combatê-lo, mas como resposta à comoção gerada pela absolvição de um acusado, amplamente divulgada pela mídia, responsável por inflar a sensação de impunidade no seio social.

Note-se que a Exma. Deputada Federal *Daniela do Waguinho*, autora do projeto, não possui formação jurídica. Segundo informações constantes do sistema da Câmara dos Deputados, sua especialização profissional é em pedagogia²⁰, de tal modo que se pode supor, respeitosamente, que não possua conhecimento aprofundado em matéria penal. Tal circunstância adquire relevância quando se leva em conta que sua proposta legislativa não foi amparada em estudos, pesquisas ou consultas a especialistas sobre o tema.

Embora faça referência, na justificação de seu Projeto de Lei, à alegada “*quantidade de casos atuais no Brasil em que os agentes se utilizam de álcool e drogas impossíveis de visualização pela vítima para a prática do crime de estupro*”, a Exma. Deputada Federal não apontou estudos, pesquisas ou dados estatísticos para embasar o pleito de endurecimento das penas do crime do artigo 217-A, do Código Penal. Como visto, no texto proposto, a única alusão concreta que se faz é à “*repercussão do caso Mariana Ferrer*”.

Diante de tais fatos, não parece inadequado concluir que o principal motor da proposta legislativa foi o senso comum, que não pode ser admitido

¹⁹ Fl. 01 da Justificação do Projeto de Lei nº 5095/2020, disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1940751&filename=Tramitacao-PL+5095/2020

²⁰ Informações divulgadas no site da Câmara dos Deputados, disponível em <https://www.camara.leg.br/deputados/204459/biografia>



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

como fundamento para a criação e alteração de tão sensível e complexa matéria quanto os mecanismos estatais de repressão penal.

Em que pese a provável nobreza de suas intenções, o legislador “*não deve recorrer à ferramenta penal quando o programa legislativo que prevê se mostrar (i) contingencial quanto à resposta ao problema, (ii) inútil quanto à produção dos efeitos esperados, (iii) desproporcional quanto ao atingimento da finalidade pretendida*”²¹. Isso porque a pena criminal não é um instrumento simples, aplicado ao acaso.

Sendo, como esclarecido, o mais gravoso instrumento de intervenção do Estado na vida dos cidadãos, sua aplicação deve ser orientada para atingimento de finalidades específicas, e de forma proporcional.

III.1. As finalidades da pena criminal: teorias retributivas, prevenção geral, prevenção especial e teorias unificadas.

O Direito Penal, enquanto ramo do saber jurídico, pode ser definido como o “*o sistema de normas que define crimes, comina penas e estabelece os princípios de sua aplicação*”²². A tutela jurídica a ele reservada se opera por meio de um “*mecanismo com o qual se ameaça com uma sanção jurídica (no caso, a pena criminal), a transgressão de um preceito, formulado para evitar dano ou perigo a um valor da vida social (bem jurídico)*”²³.

Sob essa perspectiva de controle social, as chamadas teorias da pena se vinculam à necessidade de legitimação desse mecanismo de tutela jurídica. Afinal, submeter os cidadãos à aplicação da sanção penal – repise-se, a mais gravosa

²¹ MENDES, op. cit., p. 258.

²² SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 423.

²³ FRAGOSO, op. cit., p. 03.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

forma de intervenção do Estado na esfera individual –, perpassa, necessariamente, pela análise dos fins a que se pretende chegar com a aplicação dessa sanção.

Deve-se ponderar, nessa análise, que, assim como evoluem os modelos de sociedade, “o Direito Penal também evolui, não só no plano geral, como também em cada um de seus conceitos fundamentais”²⁴. Dessa forma, ao longo dos anos, os estudiosos desenvolveram diferentes teorias sobre a finalidade subjacente à cominação e aplicação da pena criminal, de acordo com o período histórico e social em que estavam inseridos.

Tais teorias compõem os múltiplos “discursos de retribuição do crime e de prevenção geral e especial da criminalidade”²⁵. Sem pretensão de exaurir as inúmeras nuances e de abordar os complexos e diversos aspectos de cada um desses discursos, passa-se, abaixo, a um breve resumo da ideia central neles externada, para, a partir daí, buscar compreender, também sob esse enfoque, a inadequação da proposta legislativa sob análise.

A ideia de *retribuição* é a mais antiga, e talvez seja a mais intuitiva aos olhos do senso comum, dado que se assemelha, em sua essência, ao conceito de vingança. Para os adeptos das teorias retributivas – também chamadas de absolutas, em referência ao Estado Absolutista que lhes deu vida²⁶ – a aplicação da sanção penal volta-se “a imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime, necessária para realizar justiça ou reestabelecer o Direito”²⁷.

Tais teorias, portanto, vinculam os fins da pena à ideia de *expição* do mal cometido²⁸. Cuida-se, assim, de um mero castigo, necessário para a compensação da culpabilidade daquele que violou um valor social. Foi sob a perspectiva

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97.

²⁵ CIRINO, op. cit., p. 423.

²⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 88

²⁷ CIRINO, op. cit., p. 425.

²⁸ PRADO, op. cit., p. 892.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

retributiva que as bárbaras sanções corporais aplicadas aos apenados no Estado Absolutista foram legitimadas.

As teorias preventivas, por seu turno, foram desenvolvidas no período do Iluminismo, como consequência da valorização da razão, do progresso, das ciências e do homem em si mesmo. Tais teorias mudaram o enfoque conferido à finalidade da pena: para elas, a sanção penal não se destina à mera retribuição de um mal, ou ao exercício de vingança²⁹, mas se orientam em um ideal racional, qual seja, a “*necessidade de evitar a prática de delitos futuros*”³⁰, visando à preservação da harmonia social.

O que se pretenderia, portanto, não seria propriamente castigar o autor do delito, mas alcançar um fim mais amplo, de maior utilidade social: prevenir a futura prática de crimes. Nesse contexto, a pena deixa de ser concebida como instrumento de revanche, e passa a ser examinada sob uma perspectiva intimidatória. Tais teorias dividem-se em duas: a prevenção geral e a prevenção especial.

Para os adeptos da prevenção geral, a finalidade da pena é inibir a prática de infrações penais em todos os cidadãos da sociedade. De acordo com essa corrente, a cominação penal funcionaria como uma espécie de coação psicológica, que obstaría a prática de crimes, sob uma perspectiva generalizada.

A prevenção especial, por seu turno, também busca evitar a prática de delitos, mas, como se depreende de seus próprios termos, “*dirige-se ao delinquente em particular, objetivando que esse não volte a delinquir*”³¹. Cuida-se, assim, de uma prevenção direcionada, específica a quem já violou a norma penal e, por isso, teve de ser submetido à aplicação de pena. O foco da sanção não é castigá-lo, mas impedir que volte a delinquir.

²⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 107.

³⁰ PRADO, op. cit., p. 892.

³¹ BITENCOURT, op. cit., p. 110.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

Há, ainda, as chamadas teorias unificadas, também conhecidas como mistas ou ecléticas, que pretendem conjugar, em si, os aspectos inerentes às demais, agrupando em um conceito único os fins da pena³². Para seus adeptos, “*a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena*”.”³³.

No que se refere à legislação jurídico-penal brasileira, tem-se que o artigo 59, do Código Penal, ao descrever os parâmetros a serem observados pelo julgador quando da fixação da pena, dispõe que a sanção deve levar em conta “*a culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima*”, e ser estabelecida “*conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*”.

O legislador, portanto, faz expressa menção à vinculação da pena aplicada à necessidade de **prevenção dos delitos**, consagrando, assim, a finalidade preventiva da pena, tanto sob o aspecto geral³⁴, quanto sob o aspecto especial³⁵. Repele-se, portanto, a antiquada e atécnica ideia, oriunda do Estado Absolutista, de que a sanção penal se prestaria tão somente a um exercício de vingança.

O Projeto de Lei nº 5095/2020, como visto, pretende aumentar a pena cominada para o crime de *estupro de vulnerável*, de modo que sua análise perpassa pela compreensão dos fins a que se pretende buscar por meio dessa medida. Embora não se afirme, de forma expressa, quais seriam esses fins, na *justificação* da proposição, menciona-se que “*brutalidade dessa natureza, mostram a injustiça das penas previstas hoje, e merecem uma resposta desta Casa e uma punição mais condizente com a sua gravidade*”.

³² Ibid., p. 112.

³³ Ibid., p. 112.

³⁴ CIRINO, op. cit., p. 428.

³⁵ DELMANTO, Celso [et. al.] – 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 252.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

Como se vê, não há qualquer referência à necessidade de prevenção do delito. A proposta legal limita-se a ressaltar a brutalidade intrínseca à conduta tipificada, merecedora, na visão da Exma. Deputada Federal, de uma “*punição mais condizente com sua gravidade*”.

Dessa forma, ao que tudo indica, a Exma. Deputada Federal pretende, com seu projeto, potencializar uma função meramente retributiva da pena de reclusão, o que, por si só, já é capaz de denotar o anacronismo de sua proposta legislativa, em total descompasso com o desenvolvimento das ciências penais. Essa perspectiva puramente retributiva da pena, como visto, já foi superada, e é incompatível com o conceito de Estado Democrático de Direito.

Não fosse isso suficiente para demonstrar a impertinência do Projeto de Lei, fato é que nem mesmo sob esse prisma meramente retributivo o aumento buscado se justificaria. Isso porque, em comparação com outros delitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que o delito de *estupro de vulnerável*, descrito artigo 217-A, do Código Penal, já é duramente apenado.

III.2. Da necessária proporcionalidade entre as penas dos crimes descritos no ordenamento jurídico pátrio.

Além dos pontos expostos nos itens acima, o Projeto de Lei nº 5095/2020 não se justifica diante de mais um fator: a flagrante desproporcionalidade do aumento que se propõe, ao serem desconsideradas, em absoluto, as demais penas previstas no ordenamento jurídico penal para outros crimes de gravidade intrínseca elevada.

Como visto, o artigo 217-A, do Código Penal, prevê, atualmente, pena de reclusão de 08 (oito) a 15 (quinze) anos para a prática do crime de *estupro de vulnerável*, em sua modalidade simples. O Projeto de Lei nº 5095/2020, por



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

sua vez, pretende aumentar essa escala penal para 12 (doze) a 20 (vinte) anos de reclusão, de modo a igualar a pena do delito simples à da modalidade qualificada, descrita no §3º do mesmo dispositivo.

Na *justificação* da proposta legislativa, há referência à “*injustiça das penas previstas hoje*” para o crime de *estupro de vulnerável*. Todavia, o exame integrado das demais normas incriminadoras previstas no Código Penal expõe que tal afirmação não possui respaldo na legislação pátria.

Para se chegar a essa conclusão, basta analisar a escala penal cominada para o crime de homicídio, descrito no artigo 121, *caput*, do Código Penal: de 06 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão. A pena mínima prevista para tal crime, destinado a tutelar a vida, é dois anos menor que a pena mínima prevista, atualmente, para o crime de *estupro de vulnerável* – circunstância que não pode ser ignorada. Trata-se de diferença que reflete cerca de um terço da pena cominada.

Em comparação com os demais crimes contra a liberdade e dignidade sexual, por sua vez, a pena prevista para a modalidade simples do artigo 217, A, do Código Penal, também se sobressai.

Da forma como estabelecido na legislação atual, o crime de *estupro de vulnerável*, em sua modalidade simples, já possui pena máxima substancialmente maior do que a do estupro qualificado pela lesão corporal grave, descrito no artigo 213, §1º, do Código Penal, que é de 08 (oito) a 12 (doze) anos. Caso o aumento pretendido pela proposta legislativa fosse levado a efeito, a pena máxima do *estupro de vulnerável* simples, de 20 (vinte) anos, seria o dobro da prevista para a conduta de estupro prevista no *caput*, do artigo 213, do Código Penal.

Chama atenção, também, o fato de que as penas hoje previstas para o crime do artigo 217-A, do Código Penal, em sua modalidade simples, são sensivelmente maiores do que as previstas para outros crimes de gravidade severa, que



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

também atingem vulneráveis. A pena mínima do artigo 217-A, do Código Penal, é o dobro da cominada para o delito de *favorecimento à prostituição de crianças e adolescentes*, descrito no artigo 218-B, do Código Penal. É, ainda, quatro vezes maior que a do crime de *violação sexual mediante fraude*, descrito no artigo 215, do Código Penal.

Para facilitar a visualização do quanto exposto, veja-se, abaixo, breve quadro comparativo de penas de alguns delitos sexuais:

Crime	Atuais penas previstas no Código Penal Brasileiro
Estupro de vulnerável (art. 217-A, do Código Penal)	Reclusão, de 08 (oito) a 15 (quinze) anos.
Estupro qualificado pela lesão corporal grave (art. 213, §1º, do Código Penal)	Reclusão, de 08 (oito) a 12 (doze) anos.
Favorecimento à prostituição de criança e adolescente (art. 218-B, do Código Penal)	Reclusão, de 04 (quatro) a 10 (dez) anos.
Violação sexual mediante fraude (art. 215, do Código Penal)	Reclusão, de 02 (dois) a 06 (seis) anos.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (21) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

Empreendida uma análise mais ampla dos crimes previstos na legislação penal, resta nítido, sob um parâmetro comparativo, que o crime de *estupro de vulnerável*, da forma como previsto hoje, **já é duramente apenado pelo legislador**. O aumento de pena almejado no Projeto de Lei nº 5095/2020, portanto, não se mostra recomendável, até mesmo sob a perspectiva meramente retributiva. Caso fosse levado a efeito, geraria uma inaceitável desproporcionalidade entre as penas previstas no Código Penal.

Relembre-se, por oportuno, que a codificação das legislações foi orientada pela finalidade de sistematizar as normas fundamentais referentes aos ramos do Direito em um único diploma legal, de maneira organizada e harmônica. O Código Penal, portanto, enquanto diploma legal, deve ser analisado como um conjunto das normas que o compõem. A isso equivale dizer que não se devem propor alterações pontuais em seus dispositivos sem, antes, empreender uma análise do todo.

O aumento pontual da pena do crime de *estupro de vulnerável*, assim, além de descabido por outras razões, seria responsável por ocasionar uma inaceitável desproporção entre as penas cominadas para os crimes previstos no Código Penal, maculando o seu caráter sistemático. Essa desproporção se verificaria, inclusive, entre as disposições do próprio artigo 217-A, do Código Penal, na medida em que a pena do crime na modalidade simples seria a mesma do que o da qualificada pela lesão corporal grave, o que esvaziaria o sentido da existência da última.

Dessa forma, também por essa razão, o Projeto de Lei nº 5095/2020 não merece ser acolhido pela I. Casa Legislativa.

IV. Conclusão.

Conforme exposto ao longo do presente parecer, o Projeto de Lei nº 5095/2020, de autoria da Exma. Deputada Federal *Daniela do Waguinho*, foi



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030

Tels.: (51) 2240-3921 / 2240-3173

www.iabnacional.org.br

iab@iabnacional.org.br

apresentado à I. Mesa Diretora da Câmara dos Deputados como uma resposta contingencial a um evento específico – a repercussão do caso “*Mariana Ferrer*”.

Pautada no senso comum e desvinculada de pesquisas e estudos científicos, a proposta volta-se, apenas, a atender a uma finalidade meramente retributiva da pena, de forma assistemática, emotiva e desproporcional. Dessa forma, resta nítida sua impertinência, razão pela qual não merece ser acolhido pela I. Casa Legislativa.

De São Paulo para o Rio de Janeiro, 19 de abril de 2021

Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo