

ARTIGO

ENSAIO SOBRE BEM JURÍDICO, DEFICIENTES MENTAIS, ESTUPRO DE VULNERÁVEL E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: LEI 13.146/13 x LEI 13.718/2018. “IN MEMORIAM” AO MESTRE MARCELO LESSA BASTOS

Tiago De Lima Santos Reid¹

Já foi dito que o tempo cura todas as feridas. Não concordo. A ferida continua. Com o tempo, a mente se protege da insanidade cobrindo a ferida com cicatrizes, e a dor diminui, mas nunca desaparece.

Rose Kennedy

RESUMO:

As leis 13.146/13 e 13.718/18 trouxeram significativas mudanças no ordenamento jurídico, em especial no Direito e no Processo Penal. Certamente, as mudanças de perspectiva, possíveis controvérsias e as correntes apenas serão assimiladas pela doutrina e pela jurisprudência com o amadurecimento dos temas. Pretendendo contribuir para o debate, o presente trabalho apresentará faces das discussões e, naturalmente, conduzirá às suas conclusões: na parte penal, o estudo buscará a melhor interpretação do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, § 1 c/c § 5º, do CP), alinhando o âmbito de proibição aos fundamentos do Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE deficiência mental; estupro de vulnerável; Estatuto da Pessoa com Deficiência.

¹ Advogado. Professor de Direito Penal do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense. Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense. Especialista em Direito e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. E-mail: tiagoreid@hotmail.com.

1. **Ao mestre MARCELO LESSA BASTOS, “in memoriam”:**

Ainda enlutado pela precoce partida do Prof. MARCELO LESSA BASTOS, reuni forças para prestar esta singela homenagem.

Dono de uma personalidade única, MARCELO reuniu, ao longo de sua brevíssima passagem pelo mundo, muitos adjetivos. Para muitos, era irreverente; dedicado; implacável; impecável; duro; intransigível. Para mim, no entanto, era simplesmente “mestre”.

Conheci LESSA em 2009, nos bancos de Direito Penal da Faculdade de Direito de Campos. No final da graduação, MARCELO foi orientador da minha monografia, ocasião em que fez questão de enviá-lo para publicação em uma revista jurídica.

Ao final da graduação, MARCELO foi paraninfo da minha turma, tendo preferido discurso emocionado e emocionante².

Em 2014, MARCELO me indicou para ser assessor no MPRJ, onde permaneci até 2017, quando pedi exoneração para seguir caminho na advocacia criminal.

Em 2015, MARCELO me indicou para ser Professor de Direito Penal no Centro Universitário Fluminense (UNIFLU), antiga Faculdade de Direito de Campos, onde leciono até hoje.

Em 2018, quando escrevi meu primeiro livro, MARCELO foi responsável por escrever o prefácio, que até hoje me arranca lágrimas de emoção³.

Ainda em 2018, pedi para LESSA assumir a turma da minha namorada, LAURA, hoje minha esposa, em Processo Penal 1 no UNIFLU, porque gostaria que ela tivesse o privilégio que também tive. Assim, presenciei a repetição de uma história: LAURA tornou-se uma das suas alunas favoritas, sendo MARCELO seu orientador na monografia.

² O discurso pode ser acessado através do seguinte link:
<https://www.facebook.com/marcelo.lessabastos/posts/607972605953084>

³ <https://www.facebook.com/tdlsantosr/posts/1686660018038463>

Tínhamos, então, agora em conjunto, um amor fraternal pelo mestre MARCELO LESSA BASTOS, que chegou a nos dizer que “combinávamos muito” dada a dedicação nos estudos.

Em 2020, eu, MARCELO e alguns amigos gravamos um curso sobre o Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), cuja densidade teórica foi invejável e, *data venia*, incomparável⁴.

LESSA costumava dizer, com a irreverência que lhe era peculiar, que gostaria de advogar comigo quando se aposentasse. Nem mesmo no pior pesadelo imaginamos esse desfecho.

Em um segundo de distração, ainda me pego na vã esperança de lhe encontrar no UNIFLU. Nasceu em mim um lugar a se preencher do tamanho que representava. Em seu último suspiro, também fiquei órfão. Nunca mais serei o mesmo.

Na tentativa de compensar a reincidência da saudade, farei questão de pronunciar seu nome para aqueles que, por brutal e irreparável infelicidade do destino, não tiveram a honra de conhecê-lo.

Algumas semanas após sua partida, lembrei que, em 2018, ficamos de escrever um artigo juntos sobre o art. 217-A, § 5º, CP, quando da introdução da lei 13.718/2018.

Trocamos e-mail's, conversamos e traçamos as linhas do artigo. Havíamos combinado que você, MARCELO, escreveria a parte processual penal, enquanto eu escreveria a parte penal material.

O artigo nunca chegou a ser publicado, mas como nele há muitas das nossas conversas, pensei que esta seria uma maneira de homenageá-lo, MARCELO.

Devo toda minha carreira a você, mestre. Na tentativa de eternizar seu nome, anunciarei suas lições, seu modo de enxergar o ensino e sua mensagem. Eu prometo. Jamais te esquecerei. Enquanto eu viver, farei o que estiver ao meu alcance para que também ninguém o esqueça.

⁴ <https://www.facebook.com/marcelo.lessabastos/posts/2684664674950523>

Fica aqui uma singela homenagem do seu eterno aluno, escrita com emoção e muita saudade.

2. Introdução:

A expansão do Direito Penal⁵ tem sido objeto de constante preocupação dos processualistas penais⁶, que têm se socorrido do devido processo legal e da legalidade para conformá-la. Nada obstante a justa preocupação, parece-nos que o principal problema é anterior: refere-se à essência do Direito Penal.

De nada valeria garantir a imparcialidade, a inércia, a congruência entre a acusação e a sentença, a possibilidade recursal, a descrição analítica do crime ou uma justa dosimetria de pena se alguém “*é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível*”⁷.

O Direito Penal jamais alcançará qualquer dos seus objetivos democráticos enquanto seus preceitos forem simplesmente aplicados sob o manto da supremacia legislativa. Afinal, o sistema punitivo não é amálgama heterogêneo de elementos, senão possui uma racionalidade interna que torna suas manifestações dotadas de sentido, apto a diferenciar legalidade e legitimidade; arbítrio e razão.

Inaugura-se, portanto, a presente reflexão com a seguinte pergunta: Que comportamentos pode o Estado proibir? Qual é o valor que fundamenta a aplicação dos preceitos criminais?

3. Fundamentos do direito penal democrático: introduzindo a discussão sobre bens jurídico-penais⁸:

⁵ SILVA SANCHES, Jesús-María. **A expansão do direito penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. RT: São Paulo, Trad., Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 3ª Ed., 2013.

⁶ Por todos: LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 13. ed, 2016.

⁷ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Renovar: Rio de Janeiro. Tradução de Luís Greco, 2006, p. 75 e seguintes.

⁸ Historicamente, a discussão envolvendo a existência de “bens jurídicos-penais” como objeto de proteção das normas penais foi introduzida por Birnbaum em 1834. Entretanto, neste trabalho de pesquisa, verificou-se algumas contradições sobre o tema. De um lado, Roxin sustenta que Birnbaum possuía um objetivo antiliberal, pois sustentava, com a ideia do bem jurídico, a legitimidade de crimes contra a religião e a moralidade, divergindo, nesse ponto, de Feuerbach, segundo quem o direito penal deveria proteger direitos subjetivos (ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Marcial Pons: São Paulo, Trad. Alaor Leite, 2014). Por sua vez, Figueiredo Dias aduz que Birnbaum possuía um objetivo liberal: “*com ela abranger um conjunto de substratos, de conteúdo eminentemente liberal, que oferecessem base suficiente à punibilidade dos comportamentos que os ofendessem*”, de sorte que, ao contrário do que sustenta Roxin, não houve discussão com Feuerbach; ao contrário: “*daqui até a identificação tendencial da noção de bem jurídico com os direitos subjectivos fundamentais da pessoa individual – que já Feuerbach havia utilizado num contexto análogo e prenunciador – foi só um passo*” DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais**, Op. Cit., 4.1, § 17, p. 115.

Com frequência, o estudante depara-se com as seguintes assertivas: “o direito penal protege bens jurídicos essenciais ao convívio da sociedade”⁹, que constituiria sua “missão precípua, que fundamenta e confere legitimidade ao direito penal”¹⁰.

Abundantes em nossa doutrina¹¹, essas assertivas prejudicam a compreensão dos fundamentos do Direito Penal, porque pressupõem aquilo que deveriam explicar, estabelecendo um círculo vicioso: Afirma-se o bem jurídico-penal como única manifestação criminal legítima, porém não explica “o que são bens jurídicos-penais”, fazendo da definição um jogo retórico de palavras.

O mais grave é que, não raras as vezes, esses abertos conceitos transmitem a ideia de que os bens jurídicos-penais seriam criados ou deduzidos diretamente da legislação¹².

Ora, se de fato o bem jurídico-penal fosse criado pela lei, não haveria nenhuma outra fonte acima do direito legislado, que teria discricionariedade em ‘identificar’ seus bens essenciais sem qualquer controle possível, fomentando uma *autopoiese*¹³. Segundo Hassemer:

⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, parte geral**. Impetus: Niterói, v. 1, 8ª Ed., 2007, p.4.

¹⁰ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado, parte geral**. Método: Rio de Janeiro, v. 1, 10ª Ed., 2016, p. 10.

¹¹ Confira-se, a propósito, as seguintes passagens: “Com o direito penal, objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem suficientemente protegidos pelos demais ramos do direito” (GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, parte geral**. Impetus, Niterói, 8ª Ed, 2007, p. 04); “bem é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas. Todo valor reconhecido pelo Direito torna-se um bem jurídico” (JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal, parte geral**. Saraiva: São Paulo, 21ª Ed, 1998, p. 04); “A missão do direito penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos” (CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte geral**. Saraiva: São Paulo, 16ª Ed., 2012, p. 19); “valores ou interesses reconhecidos pelo direito e imprescindíveis à satisfação do indivíduo ou da sociedade” (MASSON, Cléber. **Direito penal, parte geral**. Forense: São Paulo, 10ª Ed., 2016, p. 09).

¹² Por todos: “a partir da escolha, o bem se transforma em bem jurídico. Dos mais simples aos mais complexos; dos inerentes à natureza humana às criações alternativas da vida moderna; dos ligados à dignidade humana aos vinculados a puros interesses materialistas; todos os bens jurídicos gozam do amparo do direito. Os mais relevantes e preciosos atingem a tutela do Direito Penal, sob a ótica da intervenção mínima” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Forense: São Paulo, 12ª Ed., 2016, p. 07.

¹³ “Um dos principais problemas enfrentados pelos juristas residia na punibilidade dos juízes que, durante o regime, aplicaram cegamente as leis formuladas à época. Ora, seguindo a lógica positivista, os juízes nazistas haviam exclusivamente aplicado as leis. No entanto, ao contrário de uma ordem jurídica perfeita, imaculada de valores metajurídicos, o resultado obtido exibiu um verdadeiro escárnio diante da mais desprezível aceitação de proporcionalidade, lealdade ou dignidade humana” HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais na**

“Quem não estiver disposto a reconhecer uma diferença entre lei (positiva) e Direito (justo), não consegue discutir o fenômeno, não consegue mesmo vislumbrar como a punibilidade possa ser fundamentada, não consegue sequer ver onde está o problema”¹⁴.

Logo, acima do direito legislado, deveria haver um direito ‘suprapositivo’, cujas bases poderiam servir como fundamento capaz de rejeitar a validade de ilícitos arbitrários manifestados em leis¹⁵.

De fato, nosso Tribunal Constitucional até hoje não reconheceu de maneira séria a necessidade de um bem jurídico-penal crítico e prévio à lei para fundamentar a existência de um tipo penal, aproximando-se, com sorte, do chamado conceito metódico¹⁶.

No entanto, parece haver uma feliz tendência jurisprudencial em reconhecer a necessidade de um bem jurídico-penal como condição da validade e incidência de um tipo¹⁷.

4. Controvérsias envolvendo o conceito de bem jurídico:

Quando se sustenta a existência de um “bem jurídico-penal” necessariamente anterior à legislação, faz-se necessário refletir sobre seu conteúdo, declarando positivamente o seu conceito, conteúdo, extensão e efeitos. Deve-se enfrentar, portanto, no mínimo três questionamentos:

1. Existe um conceito unitário de bem jurídico-penal?¹⁸ Isto é: Haveria algo comum nas infrações penais, sendo possível conectá-las a um denominador chamado “bem jurídico-

Alemanha do pós-guerra. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176133/000476736.pdf?sequence=3>. Acesso em: 23 de abril de 2015, p. 239

¹⁴ HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais**. Op. cit., p. 240.

¹⁵ HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais**. Op. cit., p. 242

¹⁶ Veja-se: “No crime de manter casa de prostituição, imputado aos Pacientes, os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade” (STF - HC: 104467 RS, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 08/02/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-044 DIVULG 04-03-2011 PUBLIC 09-03-2011 EMENT VOL-02477-01 PP-00057).

¹⁷ Confira-se: “O bem jurídico tutelado não é a moral pública mas sim a dignidade sexual como, aliás, o é em todos os crimes constantes do Título VI da Parte Especial do Código Penal, dentre os quais, o do artigo 229. E o sujeito passivo do delito não é a sociedade mas sim a pessoa explorada, vítima da exploração sexual” REsp 1.699.665-PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, por unanimidade, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018.

penal”? Seria possível, por exemplo, conduzir a um lugar comum infrações tão distintas como crimes de perigo abstrato (art. 33, 11.343/06) e crimes de dano (art. 121, CP)? Crimes relacionados ao “respeito aos mortos” (art. 209/212, CP) aos crimes contra gerações futuras (art. 25, da Lei 11.105/05)? Lesões contra indivíduos (art. 129, do CP) aos maus-tratos contra os animais (art. 32, 9.605/98)? Crimes com referência pessoal (art. 157, do CP) aos crimes contra bens da comunidade (art. 14, da Lei 10.826/03)?¹⁹

2. Sendo positiva a resposta anterior, ter-se-ia que enfrentar novo questionamento: o que qualificaria um “bem jurídico-penal”? Veja-se que *“essa afirmação faz surgir uma série de problemas, dentre os quais se destacam dois: primeiro, o de definição ou demarcação, que é de determinar o que é bem jurídico e qual o alcance do conceito; segundo, o de fundamentação, que é o de explicar de onde a teoria do bem jurídico deriva a sua autoridade”*?²⁰

3. E quanto à capacidade crítica? Poderia o legislador criminalizar um comportamento pelo simples fato de não desejar que seja praticado²¹? Seria, pois, o conceito de bem jurídico-penal informativo ou eventualmente poderia invalidar tipos penais que não obedecessem à sua conformação?²²

5. Tomada de posição: panorama sobre o “bem jurídico-penal crítico e liberal”:

Partindo de uma visão liberal do contrato social²³, tem-se que *“os habitantes de determinado território celebraram um acordo, no qual eles delegam a certos órgãos a garantia de sua convivência. Eles criam uma organização, o Estado, e*

¹⁸ Sustentando que não seria o objetivo do direito penal proteger bens jurídicos, confira: JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Manole: São Paulo, coleção estudos de direito penal, v. 6, Trad., Maurício Antônio Ribeiro Lopes, 2003, p. 3 e seguintes.

¹⁹ Defendendo que não: STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal, parte general: el hecho punible**. *Op. Cit.*, p. 115 e seguintes.

²⁰ GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Lumen juris: Rio de Janeiro, 2ª Edição, 2016, p. 4.

²¹ Em defesa da tese: STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal, parte general: el hecho punible**. Editorial Hammurabi: Buenos Aires, Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, 4ª Ed., 2005, § 6, 6,7 e 9, P. 115/117.

²² Panorama da discussão e pontos de vista em: ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito**. Traducción y notas de la 2.ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, Thompson Reuters: España; RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Nuevo sistema de derecho penal**. Ed. Trotta, Madrid, 2004; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. Parte geral, tomo I. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª Ed., 2007. GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Lumen juris: Rio de Janeiro, 2ª Edição, 2016.

²³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Direito constitucional, teoria, história e métodos de trabalho. Fórum: Belo Horizonte, 2ª Ed., 2014, p. 73.

*lhe conferem o direito de obter a proteção dos cidadãos através da emissão e execução de leis penais*²⁴.

Com efeito, “os limites da faculdade estatal de punir só podem resultar da finalidade que tem o direito penal no âmbito do ordenamento estatal”²⁵, de maneira que “como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica”²⁶.

Assim, seriam “chamados bens jurídicos todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade; e subsidiariedade significa a preferência a medidas sócio-políticas menos gravosas”²⁷.

Essa noção de bens jurídicos-penais vale para bens individuais ou da coletividade²⁸, conforme destaca o próprio Claus Roxin:

“Uma sociedade moderna também necessita, p. ex, de uma justiça que funcione e de uma moeda intacta. Daí resulta que, ao lado de bens jurídicos individuais, como vida, saúde, propriedade, patrimônio, também subsistem bens jurídicos da coletividade, como a administração da justiça e a moeda, de maneira que falsas declarações em Juízo e falsificações de moeda são legitimamente incriminadas”²⁹.

Muito além de uma ideia genérica ou um conceito inalcançável, compreender o Direito Penal como protetor de bens jurídicos nesta feição traz repercussões práticas significativas e claras^{30/31}:

²⁴ ROXIN, Claus. Estudos de direito penal, Op. Cit., p. 33.

²⁵ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**, Op. Cit., p. 32.

²⁶ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**, Op. Cit., p. 35.

²⁷ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**, Op. Cit., p. 35.

²⁸ “Roxin, pois, afirma que o bem jurídico não se limita a bens jurídicos individuais, abarcando também bens jurídicos da generalidade ou transindividuais. Contudo, faz a ressalva de que neste último caso o bem jurídico resguardado deve ter função social de promover o desenvolvimento individual do cidadão no meio coletivo, como exemplo um sistema monetário saudável. Dessa forma se justificaria a intervenção jurídico-penal” LIMA, Bárbara Carolina de Almeida Mendes. **Do perigo da expansão da norma jurídico-penal e a flexibilização dos princípios orientadores do Direito Penal: um estudo a partir da tentativa de criminalização de movimentos sociais no Brasil**, p. 6. Disponível em <http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a214.pdf>. Acesso em: 19/08/2018.

²⁹ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Op. Cit., p. 34/35.

³⁰ Análise em: ROXIN, Claus. **Novos Estudos de Direito Penal**. Op. Cit., p. 70 e seguintes.

³¹ Naturalmente, contudo, não há aqui uma pretensão matemática: “A noção de bem jurídico (seja ela embora, como já se vê, uma noção fulcral de toda a nossa disciplina) não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado. Há todavia um consenso relativamente cargo sobre o seu núcleo essencial” DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais**, Op. Cit., 4.1, § 16, p. 114.

“O conceito de bem jurídico que aqui se defende é também um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima. Ele se diferencia do assim denominado conceito metódico de bem jurídico, segundo o qual como nem jurídico unicamente se deve entender o fim das normas, a ratio legis. Este conceito de bem jurídico deve ser rechaçado, pois não aporta nada que vá mais além do reconhecido princípio de interpretação teleológica. (...) Em um Estado Democrático de Direito, do qual parto como ideia diretriz, este estado só pode consistir em um viver em comunidade de forma pacífica e livre, onde se respeitem os direitos humanos dos membros da sociedade. (...) A proteção de bens jurídicos não só governa a tarefa político-criminal do Direito Penal, mas também a sistemática da Teoria do Injusto. O Direito Penal protege, no marco do alcance de seus tipos penais, os bens jurídicos frente aos riscos não permitidos”³².

De um lado, portanto, legitimam-se tipos penais como o homicídio (art. 121, CP), o porte de arma sem autorização (artigo 14, da Lei 10.826/03), a associação criminosa (art. 288, CPP), o estupro (art. 213, CP), unindo-os ao denominador: assegurar o livre exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, com a consequente preservação do Estado Democrático.

De outro lado, no entanto, consegue-se apontar a ilegitimidade da criminalização de meras imoralidades (artigos 228, 229, 230, do Código Penal); questionar a violação da própria dignidade (art. 122, do Código Penal); bem como questionar normas simbólicas (art. 288-A, do Código Penal³³) e tipos penais fundados sobre *bens* de abstração impalpável³⁴, contornando claros limites ao poder punitivo do Estado.

Essas ideias estruturam o Direito Penal em valores democráticos; alinham seus preceitos aos fundamentos do Estado Democrático de Direito; contornam um poder punitivo útil e racional, cômico da sua função.

6. A dimensão teleológica dos tipos penais incriminadores e a teoria da imputação objetiva³⁵: o tipo além da mera causação

³² ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Traduzido por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20, **** e 61.

³³ QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal, parte especial**. Juspodivm: Salvador, 2ª Ed., 2015, p. 1065 e seguintes.

³⁴ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**, *Op. Cit.*, p. 36/53.

³⁵ Muito se produziu acerca da teoria da imputação objetiva, mas “sem a compreensão necessária sobre o assunto”. Consagrados manuais “edificaram a teoria da imputação objetiva como sendo uma teoria de imputação do resultado e outros, como uma teoria de relação de causalidade”, de sorte que “concluíram que a teoria seria de pouca serventia no Brasil, desconhecendo (ou confundindo) seus verdadeiros fundamentos e formas de aplicação”. (JAKOBS,

Competindo ao direito penal proteger bens jurídicos, deve-se reconhecer, por coerência, que a proibição veiculada na tipicidade incriminadora “*não esgota em si, mas porta uma finalidade intrínseca, consistente em evitar que os bens jurídicos sejam colocados em risco em circunstâncias socialmente desaprovadas*”³⁶:

“El bien jurídico no sólo es una categoría político-criminal, sino también dogmática, cuya afección resulta indispensable para la determinación del injusto; (...) Como todos los demás elementos típicos, la tipicidad de una acción concreta ha de ser establecida no solo sobre la base de la causalidad, sino en referencia de ese elemento referencial que es el bien jurídico protegido”³⁷.

Sendo o tipo penal dotado de sentido, foi necessário desenvolver uma teoria mais apurada acerca da adequação típica com o propósito de alinhá-la ao injusto³⁸, ou seja, compreender a adequação típica além da mera causação; além da mera realização do verbo típico; pois, em última análise, nem todo resultado naturalístico ofende os bens jurídicos.

Idealizaram-se, assim, pressupostos que pudessem filtrar a subsunção à parte objetiva do tipo, primeira referência para as demais valorações típicas³⁹. Logo, a parte objetiva do tipo enriqueceu; deixou de ser compreendida como mero “fazer” ou “não fazer”, segundo um simples raciocínio de eliminação hipotética, passando a estar alinhada ao sentido conferido ao

Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 5ª Ed., Trad., André Luís Callegari, prefácio à 2ª Edição, André Luís Callegari, p. 6). Veja-se, por exemplo, que alguns autores chegaram a sustentar que seu nome correto deveria ser “*teoria da não imputação objetiva*”(?), pois evita a “*imputação objetiva do resultado ou do comportamento do tipo penal a alguém*”(?) (GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, parte geral**. Op. Cit., p. 246); ou muito menos que a imputação objetiva visaria “*verificar se o sujeito deu causa ao resultado sob o ponto de vista físico, naturalístico, ou seja, se o evento pode ser atribuído à conduta, sob o prisma exclusivamente objetivo*” (CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte geral**. Saraiva: São Paulo, 16ª Ed., 2012, p. 200). *Data maxima venia*, essas afirmações revelam que, no fundo, não se compreendeu o verdadeiro problema por trás da teoria da imputação objetiva: o alcance e a subsunção do comportamento à parte objetiva do tipo. No mesmo sentido é a crítica de Luís Greco: GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 4ª Ed., 2014, p. 21/22.

³⁶ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Teoria da imputação objetiva, apontamentos críticos à luz do direito positivo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 45.

³⁷ RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Nuevo sistema de derecho penal**. Ed. Trotta, Madrid, 2004, p. 66 e 82.

³⁸ “O injusto determina o que é proibido sob ameaça de pena, que comportamento é, portanto, legal ou ilegal (...). O primeiro nível valor ativo tem por tarefa o controle de comportamentos: ele diz aos cidadãos o que, segundo as regras do direito penal, devem omitir e, em certos casos, fazer, combinando uma valoração com uma diretriz de comportamento” ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Renovar: Rio de Janeiro. Tradução de Luís Greco, 2006, p. 68.

³⁹ Sobre o tema: REID, Tiago de Lima Santos. **Ação, tipicidade e ilicitude em direito penal**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.º 62, 2016, p. 181/207.

bem jurídico e a resolver, desde o tipo objetivo, problemas de imputação sem recorrer à finalidade do agente⁴⁰.

Esse foi o propósito da teoria batizada de imputação (subsunção à parte) objetiva (do tipo):

“A imputação objetiva, ao considerar a ação típica uma realização de um risco não permitido dentro do alcance do tipo, estrutura o ilícito à luz da função do direito penal. Esta teoria utiliza-se de valorações constitutivas da ação típica, abstraindo de suas variadas manifestações ônticas”⁴¹.

Assim, a teoria da imputação objetiva transferiu o “ponto de gravidade” dos problemas de imputação da parte subjetiva para a parte objetiva do tipo, proclamando que a subsunção ao comportamento previsto na lei não consiste em uma adequação mecânica; automática; naturalística, mas deve estar conectada ao sistema de proteção do bem jurídico.

Concretamente, segundo esse sistema, a adequação ao tipo objetivo apenas ocorreria quando⁴² fosse criado um risco não permitido; ocorresse a concretização do risco não permitido no resultado; realização do resultado dentro do alcance do tipo:

“A teoria da imputação objetiva confere ao tipo objetivo uma importância muito maior do que ele até então tinha, tanto na concepção causal, como na final. Enquanto os finalistas consideram ação de matar unicamente o direcionamento consciente do curso causal no sentido da morte, de acordo com a concepção aqui defendida, toda causação objetivamente imputável de uma morte será uma ação de matar, e isto também quando

⁴⁰ Essas ideias representaram um enorme avanço no pensamento jurídico-penal, porque, historicamente, as teorias de natureza causal sustentavam que a parte objetiva do fato típico seria completada pela mera correspondência, segundo a teoria da equivalência dos antecedentes causais. Assim, por exemplo, quem fabricou uma arma usada em um crime teria dado causa a um crime de homicídio. Para fundamentar a óbvia irresponsabilidade penal, socorria-se de outros elementos, à época, presentes na culpabilidade. Contra esse sistema, surgiu o finalismo, mas o *“grande progresso que trouxe a teoria finalista da ação limita-se, porém, ao tipo subjetivo. Para a realização do tipo objetivo, considera ela suficiente a mera relação de causalidade, no sentido da teoria da equivalência”*. Continuava-se tentando resolver os problemas de imputação com a sobrecarga à parte subjetiva do tipo. Por exemplo: Imagine que um indivíduo compre e presenteie seu desafeto com uma passagem aérea na esperança que o avião caia; nesse cenário, sem qualquer interferência do comprador da passagem, o avião cai e o desafeto morre. Nesse caso, os finalistas tentaram resolver o problema de imputação aduzindo que o tipo objetivo (“matar alguém”) estaria preenchido, negando, porém, o dolo. Para tanto, afirmaram que o dolo pressupõe determinado domínio do fato (“antecipação biocibernética”), de forma que o exemplo dado cuidaria *“de não mais que um desejo, nunca de uma vontade direcionadora”* ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Op. cit., p. 115/116.

⁴¹ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Op. cit., p. 79.

⁴² Linhas mestras em: ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Op. cit., p. 104 e seguintes.

ela não for dolosa. O dolo não é algo que cria a ação de matar, mas algo que pode nela existir ou estar ausente. Enquanto os finalistas não consideram o homicídio culposos uma ação de matar — apesar de uma causação punível de uma morte —, para a teoria da imputação objetiva são justamente o homicídio, a lesão etc. culposos que constituem o protótipo da ação de homicídio ou de lesão. Só por causa disso, o ponto de gravidade do delito já se desloca para a face objetiva do tipo”⁴³.

Compreendida, portanto, *“como um filtro da tipicidade objetiva, resolve vários problemas dentro da teoria do delito e isso só não enxerga aquele que não tem disposição para uma correta leitura sobre suas bases e fundamentos”*⁴⁴.

7. Inserindo o problema: o Estupro de vulnerável e o Estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/15):

Visando proteger o bem jurídico da dignidade sexual, o legislador estabeleceu diversos níveis de tutela: protege-se a *“escolha e a liberdade sexual”* através do crime de estupro (art. 213, CP); protege-se a *“escolha consciente”* através da violação sexual mediante fraude (artigo 215, CP); protege-se de *“coações no trabalho”* através do assédio sexual (artigo 216-A, CP).

Além desses, o legislador brasileiro ainda estabeleceu uma proteção especial destinada aos vulneráveis⁴⁵: pontualizando a questão no art. 217-A, CP, entendeu-se que os menores de 14 anos (*“caput”*), os deficientes mentais (§ 1º) e aqueles que não podem exprimir sua vontade (§ 1º) devem ser especialmente protegidos, presumindo sua incapacidade absoluta para consentir validamente na prática do ato sexual.

Diz-se *“presumindo sua incapacidade absoluta”* porque a Lei 13.718/2018 acrescentou o § 5º ao art. 217-A, CP, determinando que *“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”*.

Procurou, pois, a legislação estabelecer uma espécie de *“presunção absoluta de vulnerabilidade”* em todas as espécies do estupro de vulnerável.

Nada obstante, essa redação faz nascer uma aparente contradição: O artigo 6º, da Lei 13.146/16 (Estatuto da Inclusão da Pessoa com Deficiência) garante aos deficientes mentais

⁴³ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. *Op. cit.*, p. 79.

⁴⁴ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 5ª Ed., Trad., André Luís Callegari, prefácio à 2ª Edição, André Luís Callegari, p. 6.

⁴⁵ Título VI; Capítulo II; Código Penal.

a capacidade para “*casar-se e constituir união estável*”, bem como “*exercer direitos sexuais e reprodutivos*”.

Logo, nada mais natural do que levantar o seguinte questionamento: Como é possível harmonizar a *presunção absoluta* de estupro de vulnerável dos deficientes mentais (artigo 217-A, § 1º c/c § 5º, do CP) com os *direitos* previstos no artigo 6º, da Lei 13.146/16 (Estatuto da Inclusão da Pessoa com Deficiência)?

A resolução do problema levantado está muito longe de qualquer simplicidade:

De um lado, partindo da premissa que a adequação ao tipo objetivo reclama a realização de um *risco não permitido*, não se pode crer que o exercício regular dos direitos previstos na Lei 13.146/16 poderia ensinar a prática de estupro de vulnerável.

Parece esdrúxulo pensar que, hipoteticamente, dois deficientes possam se casar, constituir família e, a pretexto de exercerem os direitos sexuais conferidos pela Lei 13146/16, possam estuprar e serem estuprados, ficando sujeitos às consequências penais (art. 225, CP).

De outro lado, no entanto, não se pode esvaziar completamente o tipo penal, considerando que, dependendo da natureza da doença mental, nem todos deficientes possuem “*capacidade de avaliação*”, podendo compreender, desejar e consentir na prática do ato sexual.

Pelo exposto, verifica-se que o problema vai além de sustentar que a Lei 13146/2016 prevalece ou é vencida pela *presunção* prevista artigo 217-A, § 5º, CP. Logo, pergunta-se: como deve ser feita a análise da adequação típica?

8. Estupro de vulnerável: sentido e alcance do tipo penal:

Ao descrever um comportamento típico, o legislador não positiva um modelo puramente teórico, mas parte do mundo concreto, de um fato reiterado das interações humanas, conferindo a essa demanda social uma solução penal. Afinal, “*o direito penal não cria condutas humanas, mas apenas as seleciona, atribuindo-lhes determinado valor*”⁴⁶:

“No momento da criação da regra jurídica, o legislador ao formular o modelo jurídico abstrato não paira nas alturas de uma construção meramente teórica, mas parte de dados de realidade, de um fato reiterado, de uma situação conflituosa real sobre a qual cabe impor uma solução justa. Assim, o legislador perscruta essa realidade relevante repetidamente ocorrida para definir quais os seus elementos básicos característicos. Desse modo, reproduzindo uma expressão de Engisch, o legislador caminha do real ao real por via do abstrato, ou seja, colhe da

⁴⁶ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Teoria do tipo penal**. Op. cit., p. 33.

realidade os dados com que constrói o modelo, o qual se amolda ao comportamento futuro, pela presença no fato concreto dos dados elementares invariáveis descritos na norma. (...) A estrutura normativa não brota de elucubração do legislador, mas nasce de uma tensão própria da tarefa de, a partir do real, do concreto, formular um paradigma, um modelo de ações previsíveis. No dizer de Mackinney, “o tipo constituído é uma simplificação do concreto”⁴⁷.

Portanto, quando o legislador tipificou o crime de estupro de vulnerável para a proteção dos deficientes (art. 217-A, § 1º, do CP), não estava exercendo um indesejável paternalismo⁴⁸, escolhendo arbitrariamente quem poderia e quem não poderia realizar comportamentos sexuais.

Na realidade, buscando proteger um bem jurídico-penal, a intervenção penal busca proteger um grupo especial, cuja proteção poderia ser justificada e legitimada perante um conceito crítico e racional de bem jurídico: buscou-se, a rigor, proteger os doentes mentais *que são vulneráveis*. Este é o bem jurídico protegido pelo tipo penal (art. 217-A, CP).

Sendo assim, a resolução para a “*vexata quaestio*” não encontrará resolução abstrata (se é lícito ou não realizar atos sexuais), mas na demonstração de violação ao bem jurídico protegido.

A afetação ao bem jurídico deverá ser instrumentalizada através da mencionada *teoria da imputação objetiva*, que buscará alinhar o âmbito de proibição (injusto típico) ao sistema de proteção de bens jurídicos⁴⁹. Dessa maneira, tem-se que apenas ocorrerá subsunção à parte objetiva do tipo de estupro de vulnerável com a criação de um risco proibido ao bem jurídico da vulnerabilidade.

Essa afirmação faz surgir uma pergunta: de que maneira ou com que material a teoria da imputação objetiva trabalharia para cumprir o seu propósito? Responde-se: Através da instrução criminal, que possuiria um sentido e objetivo especial: provar a *vulnerabilidade*, bem jurídico da tipicidade incriminadora.

Com efeito, a intervenção penal apenas alcançará seu objetivo quando comprovar, em concreto, que determinado deficiente mental necessita da tutela especial do Direito Penal, adequando-se à *vulnerabilidade*, elemento que conduziu o legislador à proteção do bem jurídico.

⁴⁷ REALE JUNIOR, Miguel. **A culpabilidade e o drama do Lord Jim**. Disponível em: www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_05_04341_04367.pdf. Acesso em: 15 de dezembro de 2013.

⁴⁸ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Op. Cit., p. 45.

⁴⁹ Remeto o leitor aos comentários sobre a teoria da imputação objetiva no capítulo anterior.

Ao contrário, meras realizações do verbo típico sem a *vulnerabilidade* não encontrarão adequação ao tipo objetivo, pois a teoria da imputação objetiva impediria seu aperfeiçoamento, ainda que, no plano naturalístico, fossem realizados seus elementos.

9. Síntese:

Ante o exposto, conclui-se a parte penal da seguinte maneira:

1. Na democracia, o Poder Punitivo deve estar sempre vinculado à proteção de bens jurídicos, conceituado criticamente como a preservação da organização Estatal; do pleno exercício dos direitos e das liberdades fundamentais; a coexistência e o livre desenvolvimento das pessoas, bem como os valores e demais pressupostos para a manutenção do Estado Democrático de Direito que não possam virtualmente ser defendidos por meios menos incisivos.

2. Cabendo ao Direito Penal proteger bens jurídicos-penais, a adequação típica aos modelos penais deve ser compreendida além da mera causação, ou seja, da realização dos seus elementos. Buscando alinhar o âmbito da proibição ao bem jurídico, a imputação à parte objetiva do tipo reclama a observância de determinados pressupostos: criação de um risco não permitido; a concretização do risco não permitido no resultado; a realização do resultado dentro do alcance do tipo.

3. O bem jurídico protegido pelo crime previsto no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal é a dignidade sexual dos vulneráveis; não um paternalismo desmedido contra os deficientes, que possuem direitos sexuais garantidos pelo novo Estatuto da Inclusão (Lei 13.146/16).

4. A mera realização do verbo e dos elementos do art. 217-A, § 1º, CP não enseja automaticamente na prática do crime de estupro de vulnerável, considerando que a teoria da imputação (à parte) objetiva (do tipo), alinhando a proibição ao bem jurídico, exige que seja prove a vulnerabilidade, bem jurídico protegido.

5. Havendo prova da vulnerabilidade, não há que se cogitar em exercício regular de um direito (Art. 6º, da Lei 13.146/16), mas perfeita imputação objetiva ao tipo penal incriminador.

6. Em sentido contrário, não havendo prova da vulnerabilidade, a hipótese deve ser compreendida como a realização de um *risco permitido*, considerando as prerrogativas conferidas pelo Art. 6º, da Lei 13.146/2016.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte geral**. Saraiva: São Paulo, 16ª Ed., 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. Parte geral, tomo I. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª Ed., 2007.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 4ª Ed., 2014.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Lumen juris: Rio de Janeiro, 2ª Edição, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, parte geral**. Impetus: Niterói, v. 1, 8ª Ed., 2007.

HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais na Alemanha no pós-guerra**. Trad., Carlos Eduardo Vasconcelos. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176133>. Acesso em 01/07/2017.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 5ª Ed., Trad., André Luís Callegari, prefácio à 2ª Edição, André Luís Callegari.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Manole: São Paulo, coleção estudos de direito penal, v. 6, Trad., Maurício Antônio Ribeiro Lopes, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 13. ed, 2016.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado, parte geral**. Método: Rio de Janeiro, v. 1, 10ª Ed., 2016.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Juspodivm: Salvador, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal, parte especial**. Juspodivm: Salvador, 2ª Ed., 2015.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Nuevo sistema de derecho penal**. Ed. Trotta, Madrid, 2004.

REID, Tiago de Lima Santos. **Ação, tipicidade e ilicitude em direito penal**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.º 62, 2016.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito**. Traducción y notas de la 2.^a edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, Thompson Reuters: España.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Renovar: Rio de Janeiro. Tradução de Luís Greco, 2006.

ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Marcial Pons: São Paulo, Trad. Alaor Leite, 2014.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Bases críticas do direito criminal**. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Teoria da imputação objetiva, apontamentos críticos à luz do direito positivo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Teoria do tipo penal**. São Paulo: Direito, 2001.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito constitucional, teoria, história e métodos de trabalho**. Fórum: Belo Horizonte, 2^a Ed., 2014.

SILVA SANCHES, Jesús-María. **A expansão do direito penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. RT: São Paulo, Trad., Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 3^a Ed., 2013.

STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal, parte general: el hecho punible**. Editorial Hammurabi: Buenos Aires, Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, 4^a Ed., 2005.

Superior Tribunal de Justiça, REsp 1480881 / PI, RECURSO ESPECIAL 2014/0207538-0, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento 26/08/2015, Data da Publicação/Fonte DJe 10/09/2015.