

# Vulnerabilidade no art.217-A do Código Penal

---

Maíra Batista de Lara<sup>1</sup>

## Resumo

O presente artigo aborda, especialmente, o tipo do estupro de vulnerável após a alteração promovida no Capítulo VI, do Código Penal, pela Lei nº 12.015/09. Tal alteração objetivou aumentar o âmbito de proteção para salvaguardar as crianças e adolescentes. A principal questão levantada diz respeito à supressão da presunção de violência e a utilização do conceito de vulnerabilidade. O trabalho apresenta outra abordagem para este conceito, por meio de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico onde pretende demonstrar que os menores de 14 e maiores de 12 anos, por vezes, possuem capacidade de discernimento. Por fim, propõe que o termo “vulnerável” do tipo previsto no Art. 217-A, do Código Penal (C.P.) seja considerado um elemento normativo do tipo.

**Palavras-chave:** Crimes contra dignidade sexual; adolescente; consentimento; vulnerabilidade; relativização do tipo de estupro de vulnerável.

## Abstract

This article discusses, in particular, the type of vulnerable rape after the change made in Chapter VI of the Penal Code, the Law No. 12.015/09. Such changes aimed to increase the scope of protection to safeguard children and adolescents. The main issue raised concerns the suppression of the presumption of violence and the use of the concept of vulnerability. The paper presents another approach to this concept by means of a systematic interpretation of the law is intended to demonstrate that the under 14 and over 12, sometimes have the capacity for discernment. Finally, it proposes that the term “vulnerable” of the type referred to in Article 217-A, CP, is considered a type normative element.

**Keywords:** Crimes against sexual dignity; teenager; consent; vulnerability; relativize the type of vulnerable rape.

## Introdução

Os crimes sexuais, historicamente, apresentam delicadas questões em torno de sua tipificação. Tais crimes possuem intensa vinculação com a moral cristã, o que implica certo tabu no tocante a conceitos a eles relacionados. Podem-se destacar no ordenamento brasileiro termos como: “mulher honesta”, “defloramento”, o próprio tipo do Art. 217, do CP, que sob a epígrafe de “sedução” criminalizava a conduta de “seduzir mulher virgem (...)” ou o crime de corrupção de menores (revogado pelo Art. 218, do CP) e de rapto (antigo Art. 219, do CP).

Esses crimes foram sofrendo modificações pontuais na medida em que

---

<sup>1</sup> Advogada e mestranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da UERJ.



mais severo (*ultima ratio*) do ordenamento jurídico deve ater-se a tutelar os bens jurídicos mais caros à sociedade. Em razão disto, um filtro constitucional deve ser feito para a análise de quais bens jurídicos devem ser amparados penalmente.

Acompanhando as transformações sociais, percebe-se que não é mais adequada a interpretação que visa à tutela do comportamento sexual. A preocupação central do Estado Democrático de Direito volta-se para a dignidade da pessoa humana, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, essa pode ser assim definida:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>3</sup>

Ou seja, como bem destacou o professor Renato de Mello Jorge Silveira a dignidade sexual é uma das facetas que engloba a dignidade da pessoa humana. Razão pela qual é posta a cuidado.

Entretanto, em que pese à intenção de avanço advindo com a modificação do título para a tutela penal de bem jurídico constitucionalmente protegido a designação de dignidade sexual ainda representa, para alguns doutrinadores, uma análise moral dos crimes sexuais. Posto que, não cabe ao direito avaliar a dignidade ou indignidade de determinada conduta sexual, na medida em que essa é uma perspectiva subjetiva. O plano jurídico deve ater-se a existência de autodeterminação para o ato sexual, em outras palavras, se há liberdade ou se há alguma coação, violência ou grave ameaça.<sup>4</sup>

Neste sentido defende-se que a denominação mais adequada ao título VI do Código Penal seria: “Dos crimes contra a liberdade sexual”. Porque a manifestação consciente de vontade, ou seja, a possibilidade de livre escolha do momento, do lugar e do parceiro para o ato sexual exclui a hipótese de crime.<sup>5</sup>

Adiante nas alterações promovidas pela Lei nº 12.015/09 é possível destacar que o artigo do atentado violento ao pudor foi revogado e a conduta descrita no tipo foi incorporada ao tipo do estupro (novo Art. 213, do CP). Assim também o Art. 216 (antigo crime de atentado violento ao pudor mediante fraude) foi

<sup>3</sup> SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, p.60, 2006.

<sup>4</sup> FRANCO, Alberto Silva. Apud Delmanto. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, p.691, 2010.

<sup>5</sup> Parte da doutrina defende que a denominação “crimes contra a dignidade sexual” foi escolhida em virtude da manutenção no mesmo título dos crimes de ato obsceno (art.233, do CP) e escrito ou objeto obsceno (art.234, do CP)

fundido ao Art. 215 (anteriormente denominado posse sexual mediante fraude) num novo tipo sob a rubrica “violação sexual mediante fraude”. Ou seja, as condutas de conjunção carnal e outros atos libidinosos foram colocados em um crime único, isto é, devem-se interpretar estas alterações por meio do princípio da continuidade normativa típica.

Dentre as demais alterações promovidas deve-se destacar a criação do capítulo “Dos Crimes Sexuais contra vulneral” e da alteração no Capítulo V “Do lenocínio e do tráfico de Pessoa para o fim de Prostituição ou outra forma de exploração sexual”. Essas evidenciam uma mudança no âmbito de proteção da norma, que no lugar de preocupar-se com a moralidade e pudor público visa proteger contra a exploração sexual de mulheres, crianças e adolescentes.

Cabe salientar que o projeto de lei que culminou na Lei nº 12.015/09 foi apresentado após a criação de uma comissão parlamentar mista de inquérito com o objetivo de perquirir a exploração sexual infantil (requerimento nº02/2003 – CN “com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil”). A Deputada Federal à época, Ministra Maria do Rosário foi a relatora da comissão que teve ainda como presidente a Senadora Patrícia Saboya Gomes e como vice-presidente Eduardo Azeredo.

No relatório final da Comissão, sob a pretensão de permitir maior proteção às crianças e adolescentes, foi destacada a necessidade de modificação da legislação penal, mas não só desta, como também do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e do Código de Processo Penal (CPP). As alterações recomendadas são justificadas constitucionalmente (Art. 227, §4º, da CF). Assim, assevera o relatório:

Sobre a legislação penal reinante pairam concepções características de época de exercício autoritário de poder - a primeira metade dos anos 40 - e de padrão insuficiente de repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sociais, **seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida. Trata-se de reivindicação antiga dos grupos e entidades que lidam com a temática, sob o argumento de que a norma penal, além de desatualizada quanto a termos e enfoques, não atende a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento de sua sexualidade, em especial quando tais crimes são dirigidos contra crianças e adolescentes, resultando, nesse caso, no descumprimento do mandamento constitucional contido no Art. 227, § 4º, de que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.** (grifos nosso)<sup>6</sup>

Observa-se neste ponto, até mesmo pelo mandado de criminalização constitucional, a justificação da proposta embasada na função protetiva exercida

<sup>6</sup> Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=56335> (acessado em 20 de setembro de 2013).

pelo direito penal. Função essa, legitimadora do uso da violência estatal para conter uma violência anterior.<sup>7</sup> Ou seja, a intervenção penal faz-se necessária para resguardar os bens jurídicos mais caros à sociedade.

Neste sentido, verifica-se que a opção de retirar do sistema jurídico o debate acerca da presunção de violência, então prevista no Art. 224, do CP, evidencia a escolha legislativa por restringir o espaço de arbítrio judicial em situações concretas. Logo, a criminalização não poderia ser afastada (posto a gravidade da conduta) de qualquer modo quando a vítima tivesse idade menor de 14 anos. Em entrevista realizada com a Ministra Maria do Rosário a respeito da revisão do julgado da 3ª seção do STJ no caso da acusação da prática de estupro contra 3 (três) meninas de 12 anos, assim se manifestou a ministra:

A mudança no Código Penal foi feita porque já percebíamos nos **tribunais uma tendência a relativizar a condição infantil**. Mas a legislação anterior a 2009 já amparava o vulnerável. **O que nós fizemos em 2009, criando o tipo penal de estupro de vulnerável, é não deixar mais a decisão para interpretações**, explicou. (grifos nosso)<sup>8</sup>

O Art. 224 do Código Penal, vigente anteriormente, preceituava dentro das “Disposições Gerais” do capítulo IV a chamada presunção de violência. O referido artigo continha três alíneas as quais preconizavam que deveria ser presumida a violência nos casos em que a vítima: (a) não é maior de 14 anos; (b) é alienada ou débil mental e o agente conhecia esta circunstância; e (c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Neste cenário, diante de alguns casos concretos, especialmente nos casos de presunção de violência para os menores de 14 anos iniciou-se um debate acerca da possibilidade da presunção legal ser considerada relativa<sup>9</sup>. Bitencourt, antes do advento da Lei nº 12.015/09, afirmava ser a presunção relativa evocando, inclusive, a possibilidade de ocorrência de erro de tipo<sup>10</sup>. A jurisprudência dos tribunais por vezes verificando o caso em concreto afastava a presunção de violência.

Nestas situações eram consideradas as provas favoráveis ao réu como, por exemplo, a incapacidade de se aferir a idade da vítima. Nota-se que a presunção

<sup>7</sup> PIRES, Álvaro P. *A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos*. Novos Estudos CEBRAP N.º 68, p.39-60, março 2004.

<sup>8</sup> LIMA, Luciana. *Para Maria do Rosário, decisão do STJ impede que direitos da criança sejam fragilizados*. Agência Brasil. Brasília. Agosto de 2012. Disponibilizado em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-08-10/para-maria-do-rosario-decisao-do-stj-impede-que-direitos-da-crianca-sejam-fragilizados> (acessado em 20/09/2013)

<sup>9</sup> Parte da doutrina considerava que a previsão de presunção absoluta seria inconstitucional, haja vista que a Constituição da República assegura como direito fundamental o princípio da não culpabilidade. Razão pela qual não poderia existir no ordenamento ficção jurídica que presumisse culpa.

<sup>10</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial 4*. São Paulo. 3. ed. Saraiva: 2008. p.49.



## O conceito de vulnerabilidade

Nota-se que ao criar a denominação de vulnerável para o Capítulo II do Título VI do Código Penal, o legislador não estabeleceu um critério único para a aplicação do conceito. Assim, a depender do crime poderá ser considerado vulnerável o menor de 18 anos, tal como ocorre com o disposto no Art. 218-B, do CP. Ou, no caso do Art. 217-A (e também do Art. 218 e Art. 218-A), do CP, serão vulneráveis os menores de 14 anos e as pessoas equiparadas.

São vulneráveis por equiparação: os enfermos e doentes mentais que não possuam o necessário discernimento para a prática do ato e as pessoas que por qualquer outra causa não possam oferecer resistência. Dentro desta técnica legislativa há espaço para inserção de situações de embriaguez, ou sob efeito de substâncias entorpecentes, em coma, sob efeito de hipnose, dentre outras. Nota-se que para balizar a amplitude prevista neste parágrafo único faz-se necessário uma análise casuística e a produção de perícia.

Logo, vislumbra-se legalmente uma polissemia no termo vulnerabilidade. Assim, a semelhança dos diversos sujeitos passíveis de enquadrarem-se na situação de vulnerabilidade é preciso perceber as diversas formas que esta se reverte. Para melhor compreensão é possível se verificar a vulnerabilidade (“fragilidade”) a partir dos aspectos sociais, econômicos, familiares ou situacionais de cada ofendido.

Dito isto a vulnerabilidade pode ser, de acordo com João Daniel Rossi, compreendida partindo-se de duas acepções distintas: por um lado como capacidade de compreensão e por outro como vício de consentimento.<sup>13</sup> Considerando esta distinção a vulnerabilidade presente no Art. 217 – A, do CP, amolda-se ao aspecto de vulnerabilidade como capacidade de compreensão, como já exposto anteriormente, essa vulnerabilidade parte da “*innocentia consilii*”.

Entretanto, e sobre isso se debruça parte da doutrina, qual seria o grau de vulnerabilidade existente nos adolescentes entre 12 e 14 anos? Visto que, em uma análise sistemática, as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) admitem certa capacidade de compreensão para os maiores de 12 anos na medida em que lhes permite a imposição de sanções (no caso medidas socioeducativas).

Neste sentido, o professor Bitencourt desenvolve uma importante distinção também no âmbito da vulnerabilidade, admitindo a hipótese de vulnerabilidade relativa, nos termos de um duplo juízo de cognição. De início, deve-se compreender que presunção absoluta de vulnerabilidade é distinta de vulnerabilidade absoluta.

Para ele, haveria uma análise anterior a respeito da presunção absoluta ou relativa (ainda que implícita) da vulnerabilidade, ao passo que há também hipóteses de vulnerabilidade relativa ou absoluta. Diante deste cenário prossegue a questão da avaliação da presunção absoluta ou relativa ser anterior a análise do

<sup>13</sup> RASSI, João Daniel. *A questão da vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro*. São Paulo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.92, p.61-93, set.-out.2011, ano 19.

grau, intensidade ou extensão da vulnerabilidade. Assim, o professor Bitencourt<sup>14</sup> admite que possa ocorrer a conjugação de presunção relativa com a vulnerabilidade em seu grau máximo ou o inverso. Assim, considerando individualmente podem existir pessoas com maior grau de vulnerabilidade do que outras, ainda que submetidas à mesma presunção de vulnerabilidade.

Partindo de tais premissas é indicativo que o grau ou intensidade da vulnerabilidade irá demonstrar a real necessidade de reprimenda mais elevada como ocorre no tipo de estupro de vulnerável, no qual as penas (mínima de 8 anos e máxima de 15 anos) são mais graves em comparação ao tipo de estupro (Art. 213, do CP), além de ser considerado crime hediondo. (Art. 1º, Capítulo VI, da Lei 8.072/90).

Analisando-se o disposto no Art. 217-A, nota-se que não há nenhum tipo de violência própria ou imprópria tampouco *vis corporalis* ou *vis compulsiva* prevista para que seja configurada prática de estupro de vulnerável. Portanto, a aparente disparidade entre conduta e sanção só se justifica perante a importância do bem jurídico tutelado. Assim, para o grupo caracterizado como vulnerável o especial cuidado surge da possibilidade do ato sexual ser traumático e causar graves prejuízos ao desenvolvimento do indivíduo na perspectiva da sua sexualidade.

Ocorre que dependendo da situação em concreto pode o ofendido não apresentar um grau extremo de vulnerabilidade em que pese o preenchimento dos requisitos do tipo. Diante destas dificuldades que somente podem ser conhecidas na prática e objetivando respeitar os princípios do direito penal e a própria coesão do ordenamento jurídico à luz da Constituição da República caberia o afastamento do tipo previsto no Art. 217-A.

Portanto, é possível imaginar situação (não incomum) em que um jovem casal de namorados mantém relações sexuais sendo que a moça possui 13 anos enquanto o rapaz possui 18 anos<sup>15</sup>. Em uma análise de legalidade há na hipótese o estupro de vulnerável<sup>16</sup>, entretanto, não se vislumbra na situação apresentada, na qual existe uma relação de afeto, qualquer exploração ou violência que justifique a imposição de tão grave reprimenda. Situação diversa ocorre quando há um abuso sexual, ocasionado por temor, ou algum constrangimento que evidencie a lesão à liberdade, o adequado desenvolvimento sexual e a integridade psíquica do menor.

<sup>14</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *O conceito de vulnerabilidade e violência implícita*. Revista consultor jurídico. Jun de 2012, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cez-ar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita> (acessado dia 30 de setembro de 2013)

<sup>15</sup> JORIO, Israel Domingos. *Vulnerabilidade relativa, sim!*. Boletim do IBCCRIM. nº236, p.8-9, julho, 2012.

<sup>16</sup> Para exemplo concreto ver: processo nº 0412861-28.2012.8.19.0001 (réu João Victor Lana de Mendonça), que tramita perante o tribunal do Rio de Janeiro e atualmente encontra-se em grau de recurso, disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2012.001.364360-1&acessoIP=internet&tipoUsuario=> (acessado dia 27 de setembro de 2013)



Assim, para que haja (ou não) o enquadramento como vulnerável, importante também observar que além da situação fática a condição pessoal da suposta vítima. Neste sentido, em razão de mudanças sociais alterações comportamentais, e até fisiológicas, se consolidaram e, atualmente, os adolescentes estão ingressando na puberdade mais cedo, o que leva ao desenvolvimento corporal precoce e aparência de maior idade.

Antes do advento da Lei nº 12.015/09, quando havia a não aplicação do disposto no Art. 224, “a”, do CP, em verdade, eram considerados, na maioria das vezes, esses aspectos supramencionados. Este fator social não pode ser dissociado do direito, contudo, deve ser analisado cuidadosamente.

O aspecto que não deve ser confundido nestes casos é justamente a consideração feita a partir da experiência sexual do menor. Isto é, partir da ponderação se o adolescente é ou não corrompido, prostituído ou já iniciado sexualmente não basta para o afastamento da presunção de violência (nos casos de condutas realizadas antes da alteração legislativa) e tampouco para o não enquadramento como vulnerável.

O caso largamente propalado decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>17</sup> no tocante a configuração de estupro de três adolescentes, por exemplo, chamou mais atenção pelos termos nos quais a atipicidade foi declarada. Neste caso, julgado em março de 2012, o qual o número do processo não foi divulgado em razão do sigilo processual, uma análise superficial conduziu o interlocutor a um dos dois extremos: condenar veementemente a decisão da 3ª Seção do STJ ou considerá-la digna de aplausos.<sup>18</sup>

Inicialmente, é importante destacar que o fato foi praticado antes da alteração legislativa de 2009, portanto foi afastada a aplicação do Art. 224, do CP (já revogado). No acórdão da 3ª Seção a Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura afirmou que não poderia haver condenação no caso do bem jurídico tutelado pela norma penal não ter sido violado.

A Ministra destacou que não se poderia ignorar que o direito deve acompanhar as alterações sociais e, portanto que não poderia ser usado o direito penal em fatos como este que se apresentou, posto que a própria natureza das coisas afastou a prática do injusto:

<sup>17</sup> Diversas organizações defensoras dos Direitos Humanos e dos direitos da Criança e Adolescente, incluindo a própria Organização das Nações Unidas (ONU) e a Secretaria Especial da Presidência da República criticaram a decisão.

<sup>18</sup> Inicialmente o caso foi julgado pela 5ª Turma que entendeu pela condenação, reformando as decisões favoráveis obtidas em primeiro grau e no Tribunal local, no entanto, a defesa apresentou embargos de divergência o que levou o caso para julgamento na 3ª seção. Por maioria dos votos o entendimento que prevaleceu foi da relatividade da presunção de violência. Contudo diante da repercussão negativa desta decisão o STJ recuou e por motivo técnico – intempestividade do recurso da defesa - desconsiderou a decisão anteriormente tomada.

O direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais (...) Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado – a liberdade sexual –, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo<sup>19</sup>

A questão ora apreciada neste julgado se mantém relevante na medida em que a alteração legislativa – de presunção de inocência para o conceito de vulnerabilidade – não é capaz de suprimir tais realidades. Ou seja, ainda que a intenção legislativa tenha sido sufocar as discussões em torno da relatividade da presunção elas seguem diante dos casos de estupro de vulnerável, posto que a iniciação sexual de menores de 14 anos é uma questão fática.

A decisão da 3ª Seção, do STJ em que pese ter sido reformada e o entendimento retrocedido para a condenação do réu provocou maior alarde ao se fundar no fato das menores “já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data”. Parece claro, neste caso particular que as vítimas consentiram com o ato, porém, a situação de prostituição impõe a reflexão em outros termos.

Diante disto, o que não pode ser ignorado é que o contexto de prostituição é um cenário de vulnerabilidade no qual as menores estão inseridas. Em razão deste aspecto central caberia à proteção da dignidade sexual das vítimas, independente do aspecto etário, visto que a prostituição em si representa uma diminuta oportunidade de escolha de qualquer indivíduo, especialmente de adolescentes.<sup>20</sup>

Portanto, em que pese a mãe de uma das vítimas no caso afirmar que a filha “enforcava aula” [sic] para ficar na praça e se prostituir em troca de dinheiro. O que deve ser considerado não é a capacidade para o consentimento, porém, como proteger os menores de serem impulsionados para a situação de prostituição.

Tal questão, não poderá ser efetivada com o mero agravamento do tipo do estupro para as situações de vulnerabilidade. A aplicação do direito penal acaba por selecionar indivíduos, há uma escolha sobre qual conduta terá persecução penal, alguns poucos casos chegam até o poder judiciário. Ainda que ocorra a condenação desses casos não é possível afirmar que o objetivo de prevenção geral será concretizado.

<sup>19</sup> Superior Tribunal de Justiça. Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175) (acessado em 1º de outubro de 2013)

<sup>20</sup> CARVALHO, Giselene Mendes de. CHAGAS, Edmar José. O STJ e a polêmica em torno do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro. Boletim do IBCCRIM, nº236, p.8-9, julho/2012

## O consentimento como causa excludente da tipicidade

Nos delitos sexuais a discordância da vítima é o ponto central da construção das figuras típicas, a falta de anuência do ofendido é o que define a ocorrência do injusto. Dito de outra forma o consentimento<sup>21</sup> figura nos crimes sexuais como causa excludente da tipicidade, porque em casos de figuras típicas conformadas a partir da contrariedade em relação à vontade do sujeito passivo (*invito laeso*), na medida em que há a expressão da vontade cessa a ideia de crime.

Ou seja, a partir do momento em que há anuência para a prática do ato sexual este deixa de ser um ato criminalizado, em que pese não haver previsão legal expressa para a aquiescência. Entretanto, para que o consentimento gere o efeito da atipicidade é imprescindível verificar a forma pela qual este se deu. Para ser considerado válido o consentimento deve pautar-se pela liberdade de ação e capacidade de compreensão do ato.

Assim, haverá consentimento válido e eficaz quando, inicialmente, for manifestado pelo próprio sujeito envolvido no ato sexual. Este consentimento deve ser livre e idôneo, isto é, isento de fraude ou qualquer vício e coação que maculem a vontade. Ademais, exige-se que a concordância se dê previamente ao ato e que a pessoa ao anuir tenha consciência e discernimento da dimensão do ato praticado.<sup>22</sup>

No caso do preceito do Art. 217-A será desconsiderada exatamente essa capacidade de consentir com as práticas sexuais para os indivíduos abrangidos pelo aspecto da vulnerabilidade. Como dito anteriormente, o legislador no ano de 1940 ao estabelecer o critério etário para a presunção de violência baseou-se na *innocentia consilii*, logo sua preocupação era salvaguardar menores que não tinham plena consciência da prática sexual e tampouco alcançariam a amplitude de seus atos.

<sup>21</sup> Os professores Zaffaroni e Pierangeli em seu livro *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol.1, Revista dos Tribunais, 7. ed. São Paulo: 2007 sob a perspectiva da tipicidade conglobante, diferenciam os conceitos de consentimento e acordo. Em sua visão o acordo seria a causa de exclusão da Tipicidade, assim afirmam: “Acordo é uma forma de aquiescência que configura uma causa de atipicidade, mas que deve ser cuidadosamente diferenciada do consentimento, que só pode ser um limite a alguma causa de justificação. O acordo é precisamente o exercício da disponibilidade que o bem jurídico implica, de modo que, por maior que seja a aparência de tipicidade que tenha a conduta, jamais o tipo pode proibir uma conduta para a qual o titular do bem jurídico tenha prestado sua conformidade (...)” p.478. Em sentido contrário, a esta perspectiva dualista, os professores Carlos Eduardo Japiassú e Artur Gueiros, *Curso de direito Penal*, Rio de Janeiro: Elsevier, 1. ed., p 2011: “Esta classificação do consentimento, no entanto, recebe críticas por não se basear em um critério distintivo idôneo, podendo produzir soluções arbitrárias do ponto de vista dogmático, principalmente em relação à necessidade de manifestação de vontade do consciente, que seria exigível apenas nos casos de consentimento-justificação.

Neste sentido, o consentimento é considerado apenas como causa de exclusão da tipicidade. Acordo e consentimento devem ter o mesmo tratamento dogmático, sendo desnecessária mesmo a utilização de tal nomenclatura.” p.220.

<sup>22</sup> PIERGANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido na teoria do delito. 3. ed. São Paulo: RT, p.243, 2001.

## O critério etário estabelecido para a caracterização de vulnerável

O critério etário estabelecido para fixar a idade na qual o consentimento pode ser considerado válido foi alterado no código de 1940, como visto anteriormente, para uma melhor adequação aos parâmetros sociais da época. As alterações promovidas no código penal pela Lei nº 12.015/09, ao pretexto de proporcionar maior proteção aos menores de 18 anos manteve o limite etário então estabelecido no revogado, Art. 224, alínea a, do CP. No entanto tal critério aparece distanciado da realidade social.

De início, destaca-se que os critérios cronológicos são, por vezes, estabelecidos por “convencionalidade”. Posto que, é difícil sustentar objetivamente em qual momento o indivíduo adquire discernimento suficiente para se autodeterminar. É delicado, por exemplo, verificar uma grande diferença de maturidade ou de construção da personalidade em casos de práticas de delitos por um adolescente que completou 18 anos no dia anterior ao fato criminoso.

Assim, observa-se que no âmbito internacional a Organização das Nações Unidas (ONU) ao criar a Convenção de Direitos da Criança, de 1989, assevera em seu Art. 1º que todo o ser humano menor de 18 anos é considerado criança para todos os efeitos de proteção internacional.<sup>23</sup> Ainda no plano internacional há o reconhecimento pela Organização Mundial de Saúde (OMS) do alargamento do período de vida definido como adolescência.

396

Esta organização indica que a adolescência compreende o período de 10 até os 19 anos, 11 meses e 29 dias. Observa-se que as mudanças nestes parâmetros etários são um fenômeno complexo que abrangem transformações sociais, psicológicas, culturais e biológicas (como por exemplo, a antecipação do início da puberdade com o surgimento da Menarca).<sup>24</sup>

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) fixa em seu Art. 2º, para caracterização de criança, a idade de zero até 12 anos incompletos e a partir dos 12 anos até os 18 o indivíduo será considerado adolescente. Todos estes marcos etários fundamentam-se em critérios biológicos e sociais com o fim de estabelecer uma maior proteção para os seres humanos em formação.

Neste cenário, faz-se referência também ao padrão etário adotado pelo ordenamento pátrio ao fixar a idade núbil de 16 anos, como preconiza o Art. 1.517, do Código Civil (C.C.), o que demonstra, em certa medida, o reconhecimento da capacidade do livre exercício da autonomia sexual. Ou seja, o próprio Estado reconhece que em virtude de desenvolvimento fisiológico e aptidão para a procriação e diante da dificuldade de se aferir individualmente as

<sup>23</sup> ONU, Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em: [http://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf) (acessado no dia 3 de outubro de 2013)

<sup>24</sup> RANÑA, Wagner. Os desafios de adolescência. *Revista Viver, Mente e Cérebro*. Ano XIV, nº155, p.42-47, dezembro de 2005.

condições psíquicas de maturidade e de vivência presume-se um limite mínimo de idade.<sup>25</sup>

Diante disto, não é possível verificar a ocorrência de crime de estupro partindo-se isoladamente do elemento do tipo referente à idade de 14 anos. Isto porque este elemento não deve ser considerado em caráter absoluto, mas sim como um componente normativo do tipo, justamente por existir concretamente distinções entre os jovens que transpassam aspectos biológicos. Ou seja, a faixa etária deve ser valorada nos casos específicos haja vista o ECA conferir uma relativa capacidade de compreensão para os maiores de 12 anos.

Afirma-se, portanto que não há uma vulnerabilidade absoluta dos maiores de 12 e menores de 14 anos exigindo-se em uma análise casuística para a aferição da existência ou não da vulnerabilidade. Dentre os aspectos relevantes para a configuração do delito tem-se a caracterização do abuso, proveniente do desequilíbrio entre as partes envolvidas no ato sexual e a existência de temor, coação, aproveitamento do menor como instrumento de satisfação da lascívia do agente ativo do crime.

A existência destes outros elementos demonstra que a liberdade e autonomia sexual do menor estão sendo tolhidas e por isso o saudável desenvolvimento de sua sexualidade será prejudicado (os traumas psíquicos advindos de tais abusos são por vezes irreparáveis).

Fato que não pode deixar de ser considerado é que a situação de vulnerabilidade pode ser caracterizada pela idade da vítima<sup>26</sup>, contudo, não será sempre seu elemento fundante. Quando se pensa em criança o elemento idade é primordial haja vista que não é admitido para os menores de 12 anos a atribuição de qualquer responsabilidade, ou capacidade de entender determinadas condutas. Entretanto, na faixa etária dos maiores de 12 e menores de 14 anos, o que se defende é que este elemento etário foi definido de forma convencional. Ou seja, houve uma repetição da idade estabelecida originariamente no Código Penal.

Portanto, considerando que o ECA reconhece a relativa capacidade de entendimento para os adolescentes, lhes atribuindo medidas socioeducativas pela prática de ato infracional, infere-se que a situação dos maiores de 12 anos é diferenciada. Analisando aspectos biológicos (como a antecipação da puberdade) e aspectos sociais (o número de informações disponíveis) afasta-se a vulnerabilidade baseada na *innocentia consilii* para alguns adolescentes. Assim para a caracterização, no caso concreto, do tipo do estupro de vulnerável é necessário pautar-se em outros critérios, precipuamente, a exploração sexual ou o abuso sexual. Estes critérios por si só afastam qualquer consentimento.

<sup>25</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol.VI. Ed. Saraiva, São Paulo, 2007. p.35. Destaca-se que o casamento é hipótese de emancipação legal prevista no art. 5º, parágrafo único, II, do CC.

<sup>26</sup> JORIO, Israel Domingos. Op. Cit.

## Conclusão

O presente artigo objetivou apresentar de forma crítica que o conceito de vulnerabilidade para os menores de 14 anos e maiores de 12 não pode ser absoluto. O próprio legislador já na década de 40 admitia a necessidade de atualização da norma para adequá-la a realidade social. Atualmente, em que pese à intenção positiva do conceito de vulnerabilidade, no lugar da presunção de violência, qual seja, viabilizar a maior proteção possível para os menores, esta acabou por promover grandes distorções.

Não serão todos os menores de 14 anos que se enquadram no estereótipo pensado para a norma penal. Como é comum ao direito, há uma tentativa de criar padrões para que o tipo penal possa respeitar o princípio da taxatividade. Entretanto, considerando o nível de abstração inerente às normas a perfeita adequação destas ao conflito concreto, com frequência, significa agregar outros elementos. Por tal razão, tem-se que o conceito de vulnerável deve ser analisado como um elemento normativo do tipo, ou seja, que exige uma valoração por parte do julgador.

Soma-se a este entendimento a existência no ordenamento pátrio de previsão de atribuições de responsabilidade para menores, como ocorre no ECA, ao prever a atribuição de medida socioeducativa para os adolescentes. Ademais, considerando que a intenção dos legisladores em 2009 foi aumentar a proteção da criança e do adolescente o enfoque deve ser para as situações de exploração sexual e abuso sexual, as quais são verdadeiramente danosas e retiram do menor sua liberdade.

Logo, criminalizar casos nos quais jovens vivenciam situações de maior afeto e intimidade no desenvolvimento da sexualidade não está ampliando a proteção deles e sim contribuindo para o aumento da cifra negra e reafirmação da seletividade inerente ao sistema penal. Isto é, os crimes sexuais em geral ocorrem no âmbito privado, o que por si só dificulta a persecução penal; e em especial o Art.217-A, por não prever nenhuma violência, dificilmente chegará às instâncias formais. Isso frustra a proteção almejada para as crianças e adolescentes.

## Referências bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial* 4. 3. ed. São Paulo. Saraiva: 2008.
- \_\_\_\_\_. *O conceito de vulnerabilidade e violência implícita*. Revista consultor jurídico. Jun de 2012, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita> (acessado dia 30 de setembro de 2013)
- BRASIL. Código Penal, decreto-lei nº 2.848 de 1940.
- CARVALHO, Giselene Mendes de. CHAGAS, Edmar José. O STJ e a polêmica em torno do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro. Boletim do IBCCRIM, nº236, p.8-9, julho/2012
- CONGRESSO NACIONAL. Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, criada pelo Requerimento nº 02 de 2003- CN. Poder Legislativo, Brasília, julho de 2004.

- Disponível em <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=56335&tp=1>> (acessado em 20 de setembro de 2013)
- FRANCO, Alberto Silva. Apud Delmanto. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Japiassú. *Curso de direito Penal*, 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol.VI. Ed. Saraiva, São Paulo, 2007. p.35. Destaca-se que o casamento é hipótese de emancipação legal prevista no art.5º, parágrafo único, II, do CC.
- JORIO, Israel Domingos. *Vulnerabilidade Relativa, Sim!* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 236, p.8-9, julho/2012.
- LIMA, Luciana. *Para Maria do Rosário, decisão do STJ impede que direitos da criança sejam fragilizados*. Agência Brasil. Brasília. Agosto de 2012. Disponibilizado em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-08-10/para-maria-do-rosario-decisao-do-stj-impede-que-direitos-da-crianca-sejam-fragilizados> (acessado em 20/09/2013)
- ONU, Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em: [http://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf) (acessado no dia 3 de outubro de 2013)
- PIERANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido na teoria do delito. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.
- PIRES, Álvaro P. *A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos*. Novos Estudos CEBRAP N.º 68, p. 39-60, março 2004.
- PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal: parte especial*, vol.II. 10 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais:2011.
- RANÑA, Wagner. Os desafios de adolescência. *Revista Viver, Mente e Cérebro*. Ano XIV, nº155, p.42-47, dezembro de 2005.
- RASSI, João Daniel. *A questão da vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 19, vol.92, p.61-93, set.-out, 2011.
- SARLET, Ingo W. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Por um novo Direito Penal Sexual: A moral e a questão da honestidade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 9, nº33, p.133-158, jan.-mar.2001.
- Superior Tribunal de Justiça. Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175) (acessado em 1º de outubro de 2013)
- ZAFFARONI, Raul E.; PIERANGELI J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol.1, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

