

Vulnerabilidade no art.217-A do Código Penal

Maíra Batista de Lara¹

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 raptio (antigo Art. 219, do CP).

Esses crimes foram sofrendo modificações pontuais na medida em que

¹ 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.³

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.⁴

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.⁵

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

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

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

⁵ 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)

pelo direito penal. Função essa, legitimadora do uso da violência estatal para conter uma violência anterior.⁷ 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 secção 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)⁸

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 relativa⁹. Bitencourt, antes do advento da Lei nº 12.015/09, afirmava ser a presunção relativa evocando, inclusive, a possibilidade de ocorrência de erro de tipo¹⁰. 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

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

⁸ 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)

⁹ 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.

¹⁰ 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.¹³ 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

¹³ 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.

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)¹⁷ 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.¹⁸

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:

¹⁷ 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.

¹⁸ 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 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 consentimento²¹ 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.²²

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.

²¹ 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.

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

condições psíquicas de maturidade e de vivência presume-se um limite mínimo de idade.²⁵

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 vítima²⁶, 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.

²⁵ 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.

²⁶ JORIO, Israel Domingos. Op. Cit.

- 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 (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 (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.

