

**V CONGRESSO NACIONAL DA
FEPODI**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1º Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

A532

Anais do V Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ UFMS

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: FEPODI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-396-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Ética, Ciência e Cultura Jurídica.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ética. 3. Ciência. V Congresso Nacional da FEPODI (5. : 2017 : Campo Grande - MS).

CDU: 34



V CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

Apresentação

Apresentamos os Anais do V Congresso Nacional da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito, uma publicação que reúne artigos criteriosamente selecionados por avaliadores e apresentados no evento que aconteceu em Campo Grande (MS) nos dias 19 e 20 de abril de 2017, com apoio fundamental do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Variadas problemáticas jurídicas foram discutidas durante o evento, com a participação de docentes e discentes de Programas de Pós-Graduação em Direito e áreas afins, representando diversos estados brasileiros. Em seu formato, com espaço para debates no âmbito dos 17 grupos temáticos coordenados por docentes de diversos programas de pós-graduação, o evento buscou estimular a reflexão crítica acerca dos trabalhos apresentados oralmente pelos pesquisadores.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos da FEPODI, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Estamos orgulhosos com a realização do V Congresso da FEPODI e com a possibilidade de oferecer aos pesquisadores de todo o país mais uma publicação científica, que representa o compromisso da FEPODI com o desenvolvimento e a visibilidade da pesquisa e com busca pela qualidade da produção na área do direito.

Campo Grande, outono de 2017.

Profa. Dra. Livia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do V Congresso da FEPODI

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UFMS

Prof. Yuri Nathan da Costa Lannes

Presidente da FEPODI

**A SUPERACÃO DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL:
UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE E ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

**THE OVERCOMING OF ABSOLUTE PRESUMPTION IN THE RAPE OF
VULNERABLE: AN ANALYSIS UNDER THE PRISM OF THE STATUS OF
CHILDREN AND ADOLESCENTS AND THE STATUTE OF THE DISABLED
PERSON**

**Karine Cordazzo
Edison França Lange Junior**

Resumo

A superação do entendimento acerca da presunção absoluta de vulnerabilidade no estupro de vulnerável tem como reflexo a inconstitucionalidade do artigo 217-A do Código Penal. Fundamenta-se tal entendimento na colisão frontal ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que retira a liberdade sexual dos indivíduos, assim como repercute na malfadada responsabilidade penal objetiva. Nesse sentido, busca-se evidenciar como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, contribuíram de maneira significativa para que o entendimento acerca da presunção absoluta de vulnerabilidade fosse superado, possibilitando assim, a aplicação da tese da relativização.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável, Relativização, Superação de entendimento

Abstract/Resumen/Résumé

The overcoming of the understanding about the absolute presumption in the rape of vulnerable has as a reflex of the unconstitutionality of article 217-A of the Penal Code. This is based on a frontal collision with the principle of the dignity of the human person, it removes the sexual freedom and repercussions on ill-fated objective criminal responsibility. The aim is to highlight how the Statute of the Child and Adolescent and the Statute of the Person with Disabilities, contributed to overcoming the understanding about the absolute presumption of vulnerability was overcome, thus enabling, the application of the relativization thesis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rape of vulnerable, Relativization, Overcoming of understanding

Introdução

Durante muito tempo doutrina e jurisprudência divergiram acerca da denominada presunção de violência, contida no artigo 224 do Código Penal, que presumia a violência ou a grave ameaça sempre que a vítima não fosse maior de quatorze anos, fosse alienada ou débil mental – o agente deveria conhecer esta circunstância –, e aquela que não pudesse por qualquer outra causa oferecer resistência. Sucede que, em razão da controvérsia instaurada acerca da constitucionalidade da norma relativa à presunção de violência, a tese da relativização ganhou e força e espaço, afinal, a aplicação da presunção absoluta representava patente afronta a preceitos constitucionalmente¹ assegurados, especialmente no que toca aos direitos do réu, que em verdade, é inocente até sentença penal condenatória transitada em julgado².

De tal sorte, a referida norma foi sepultada com o advento da Lei 12.015 de 2009, que entre outras alterações, inseriu o artigo 217-A no Código Penal, tipificando de forma autônoma a figura do estupro de vulnerável. No entanto, a discussão que antes pairava sob a presunção de violência – se absoluta ou relativa –, agora estaria pautada no prisma da vulnerabilidade. Logicamente, em não muito tempo, restou claro que a norma evidenciou flagrante incompatibilidade com os avanços sociais, já que dispunha que qualquer ato de cunho sexual, praticado contra as vítimas arroladas texto legal – independente de violência ou grave ameaça –, estaria insculpida na precisão penal do estupro de vulnerável, sem exceções.

Apesar da preponderância dos tribunais superiores em adotar a tese da presunção absoluta de vulnerabilidade, foi através do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069 de 1990 – e do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146 de 2015 – que contribuíram para que esta visão fosse superada, ou seja, a presunção absoluta já não era mais compatível com preceitos estabelecidos pelo ordenamento pátrio, sequer se adequava ao princípio da dignidade humana, o que resultou na possibilidade de se aplicação da tese da relativização no estupro de vulnerável.

¹ Art. 5, LVII CF: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

² Atualmente é possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância, não ofendendo, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o aclamado princípio da presunção de inocência - HC 126.292.

A Lei 12.015 de 2009

Historicamente, a redação original do Código Penal, editado em 07 de dezembro de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848), refletia em relação aos crimes sexuais um maior pudor quanto aos costumes, ou seja, as normas eram editadas de acordo com as necessidades ou conveniências sociais, de forma que os delitos previstos no diploma penal, buscavam proteger, antes de mais nada, um mínimo ético, relacionado à sexualidade exigida dos indivíduos. Nesse prisma, a Lei 12.015 de 2009 promoveu alterações substanciais no título VI do Código Penal, substituindo a retrógrada expressão, “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual”, o que demonstrou, notadamente, ser muito mais adequada à realidade social.

A essência da antiga disposição buscava proteger apenas os bons costumes e não a dignidade sexual, entretanto, em razão da consagração das garantias constitucionais, juntamente com os avanços sociais, este entendimento foi superado, afinal, não era mais suficiente ponderar apenas sobre os costumes, mas sim, houve a necessidade de ser tutelada a dignidade, o desenvolvimento e a liberdade sexual dos indivíduos. Nesse sentido, Nucci (2003, p. 641) esclarece que o diploma penal *já estava a merecer uma reforma, levando em consideração a dignidade da pessoa humana e não somente os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvessem adotar como corretos e morais.*

Análise do Artigo 217-A do Código Penal

Ao lançar mão do conceito de vulnerabilidade, com a inserção do artigo 217-A do Código Penal³, quis o legislador reafirmar o caráter absoluto da norma, preconizando que independentemente da relação ter se manifestado mediante violência ou grave ameaça, a conduta do agente que mantivesse relação sexual ou qualquer ato de cunho libidinoso com menores de quatorze anos, com enfermos ou doentes mentais ou com aqueles que, por qualquer outra causa, não pudessem oferecer resistência, estaria inculpada na precisão penal do artigo 217-A, uma vez que o consentimento destes indivíduos não seria válido.

³ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. § 2º (VETADO) § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

No que tange à figura dos menores de quatorze anos, é necessário levantar alguns apontamentos acerca da possibilidade destes indivíduos emitirem consentimento válido para a prática sexual. Explico. Se houver prova do consentimento válido exarado pelo adolescente, juntamente com a ausência de qualquer indício de violência ou grave ameaça, referido fato não poderia incidir na descrição penal relativa ao estupro de vulnerável, pois representaria verdadeira responsabilização objetiva do suposto ofensor. Ora, é temeroso afirmar de forma absoluta e desmedida que nos dias atuais, um adolescente, menor de quatorze anos, tenha total desconhecimento acerca do que seja um ato sexual ou atos afins, ou até mesmo, que seria um indivíduo totalmente vulnerável e desprotegido. Muito pelo contrário, desde a vigência do revogado artigo 224 do Código Penal, muitos doutrinadores entendem que não é correta a aplicação da presunção absoluta de vulnerabilidade, pugnando por uma interpretação menos restritiva diante daqueles indivíduos cuja idade seja inferior a quatorze anos. Bem salienta Nucci (2014, p. 928), que a tutela do direito penal no campo dos crimes sexuais, *deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos)*. Este seria o consectário lógico extraído do sistema normativo⁴.

Sendo assim, mesmo não sendo razoável continuar adotando um critério etário – que no caso do Código Penal, estaria estagnado na idade de quatorze anos –, incompatível, sobretudo, com os avanços sociais, com o acesso à informação, com a precoce maturidade dos adolescentes e, conseqüentemente, com a liberdade sexual, é dominante o entendimento quanto à aplicação da presunção absoluta da vulnerabilidade.

Nesse ponto, ressalta-se que o debate quanto à relativização da presunção de vulnerabilidade ultrapassa o âmbito doutrinário e se estende à seara jurisprudencial. Inegavelmente, a corrente que defende a aplicação irrestrita da norma, ou seja, aplicabilidade

⁴ Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual. (NUCCI, 2009, p. 37)

da presunção absoluta ainda é muito forte. No entanto, há esparsos julgados em que se entende pela relativização da vulnerabilidade dos menores de quatorze anos, quando ausente indícios de violência ou grave ameaça, somando-se ao consentimento válido emitido por destes, o que representa prestígio à liberdade sexual e à dignidade da pessoa humana. Neste sentido, TJRS, ACR, 70055863096/RS⁵.

Assim, o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ainda é no sentido de que, quando a vítima do delito de estupro de vulnerável não for maior de quatorze anos, a presunção de vulnerabilidade é absoluta⁶, sendo irrelevante considerar os demais fatores que poderiam repercutir no caso concreto, como por exemplo, eventual consentimento da vítima e ausência de violência ou grave ameaça, o que representa clara afronta aos preceitos constitucionais e incompatibilidade com os avanços sociais.

A superação da presunção absoluta de vulnerabilidade segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência

A superação do entendimento acerca da presunção absoluta da vulnerabilidade no estupro de vulnerável ocorreu, notadamente, em razão dos preceitos fixados pelo Estatuto da

⁵ APELAÇÃO CRIME. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE ENTRE 12 E 14 ANOS. RELATIVIZAÇÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. APELO PROVIDO. Os elementos de convicção existentes no caderno processual evidenciam a ocorrência de relação sexual consentida entre o acusado, de 20 anos, e a ofendida, com idade entre 12 e 13 anos. Ausência de indicativos de que a adolescente tenha sido coagida à prática do referido ato. Indemonstradas a fragilidade ou incapacidade mental da jovem para consentir. Necessidade de relativização da presunção de vulnerabilidade que recai sobre a mesma. Precedentes no sentido de que o critério etário adotado pelo legislador infraconstitucional não mais se considera absoluto, sobretudo diante dos avanços sociais, da universalização do acesso à informação e, conseqüentemente, da obtenção de maturidade e capacidade de discernimento pelos adolescentes. Liberdade da jovem mulher para decidir sobre questões envolvendo sua sexualidade que não pode ser desconsiderada. Inaplicabilidade de tais ponderações aos casos de limitação por doença mental ou às crianças cuja maturidade só se dará com o passar dos anos. Sentença condenatória reformada ao efeito de absolver o réu por atipicidade da conduta, nos termos do artigo 386, inciso III, do CPP. APELAÇÃO PROVIDA. (TJ-RS - ACR: 70055863096 RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Data de Julgamento: 28/05/2014, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: 09/07/2014)

⁶DIREITO PENAL. CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). TEMA 918. Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos; o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (REsp 1.480.881-PI, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/8/2015, DJe 10/9/2015)

[...]A aquiescência da adolescente ou mesmo o fato de a ofendida já ter mantido relações sexuais não tem relevância jurídico-penal (REsp 953.805/RS, Rei. Min. Rogerio Schietii Cruz, Sexta Turma, DJe 10/03/2014).

Criança e do Adolescente e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que contribuíram para que a relativização fosse repensada e aplicada em determinadas situações.

O Estatuto da criança e do adolescente, Lei 8.069/1990⁷, estabelece a necessidade de diferenciar a criança do adolescente. Sendo assim, a referência dada pelo ECA acerca da idade da criança e a idade do adolescente é fundamental para a interpretação do artigo 217-A do Código Penal. Ou seja, se a relação sexual for mantida com uma criança – menor de 12 anos – não é possível sustentar a tese a respeito da relativização, afinal, doutrina e jurisprudência convergem no sentido da aplicação da presunção absoluta nestes casos, afinal, qualquer ato de cunho sexual afetaria o desenvolvimento e a personalidade da criança, por conseguinte, jamais poderia ser emitido consentimento válido. É o que se depreende do atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, HC 347.195/RS, Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro⁸. Entretanto, quando se tratar de relação sexual mantida com adolescentes, ou seja, maiores de doze anos, a tese da relativização deveria preponderar. Em verdade, estar-se-ia aplicando analogicamente o que preceitua o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que prevê a possibilidade da adoção de medidas socioeducativas aos adolescentes quando do cometimento de atos infracionais.

Neste prisma, se o ECA, que sustenta a proteção integral das crianças e dos adolescentes, dispõe que é plenamente possível a aplicação de medidas socioeducativas caso os adolescentes cometam atos infracionais, é reflexo do entendimento de que estes indivíduos teriam pleno discernimento e aptidão necessários para entender o caráter ilícito de seus atos. Seria ilógico então, conferir aos adolescentes capacidade de entender que determinada conduta é ilícita, e de outro lado suprimir e subjugar sua capacidade de entendimento acerca dos atos sexuais que eventualmente venha a praticar, simplesmente por serem taxados como vulneráveis de forma absoluta pelo Código Penal.

⁷ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

⁸ HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REQUISITOS PARA A CONSTRICÇÃO. GRAVIDADE DO DELITO. ACUSADO VIZINHO DA OFENDIDA, QUE POSSUIA APROXIMADAMENTE 8 ANOS DE IDADE. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. ASSEGURAMENTO DA SEGURANÇA FÍSICA E PSÍQUICA DA VÍTIMA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS, POR SI SÓS, NÃO IMPEDEM A MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. 3. Na hipótese, as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias demonstraram a necessidade da medida extrema, notadamente quando descrevem que o paciente praticou ato libidinoso com uma criança de aproximadamente 8 anos, valendo-se da sua proximidade familiar para o abuso, como vizinho da vítima. 4. Ademais, a vítima deixou claro, ao depor perante a autoridade policial, que havia sido abusada sexualmente pelo paciente, o que foi corroborado pelo depoimento da genitora acerca dos fatos. 5. Justifica-se a medida constritiva da liberdade, a bem da ordem pública, diante da periculosidade acentuada do paciente e para assegurar a segurança física e psíquica da vítima. (HC 347.195/RS, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

Esta interpretação, quanto à possibilidade de relativização da presunção absoluta de vulnerabilidade dos menores de quatorze anos, vai de encontro também aos preceitos fixados pela Lei 13.146 de 2015, ou seja, o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Referido estatuto inovou a ordem jurídica, conferindo uma série de direitos e instituindo diversas alterações, notadamente, no direito civil, alterando substancialmente o artigo 3º do Código Civil, para estabelecer que as pessoas portadoras de deficiência não seriam mais consideradas absolutamente incapazes, mas sim plenamente capazes de exercer todos os atos da vida civil.

Sucedem que, as alterações promovidas pela Lei 13.146/2015, atingiram reflexamente a configuração do crime de estupro de vulnerável, mais precisamente a modalidade fixada no § 1º do artigo 217-A do Código Penal⁹. De acordo com o diploma penal, os portadores de deficiência – ou como a retrógrada redação os denomina, os enfermos ou deficientes mentais – seriam totalmente incapazes de exercer livremente sua vida sexual, já que qualquer relação sexual ou ato de cunho libidinoso mantidos com estes indivíduos estaria sujeita à aplicação do § 1º do artigo 217-A, ou seja, configurar-se-ia o estupro de vulnerável.

Nesse diapasão, é possível notar que a disposição exarada pelo diploma penal afronta claramente a essência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que prevê no artigo 6º, inciso II, a possibilidade dos portadores de deficiência exercerem livremente *direitos sexuais e reprodutivos*¹⁰ sem serem taxados como absolutamente vulneráveis. Em que pese a lamentável tendência do Código Penal em manter os portadores de deficiência sob o manto da tutela absoluta, a análise dos casos em que estes figurarem como possíveis vítimas de crimes sexuais, notadamente o estupro, deveria comportar relativização. Se for demonstrada a capacidade de discernimento e consentimento com o ato sexual, somada à comprovação da ausência de violência ou grave ameaça, a presunção absoluta de vulnerabilidade não teria fundamento para aplicação, pois, sequer haveria lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Nesse sentido, não há óbice para que os portadores de deficiência sejam privados de manterem uma vida sexual plenamente sadia, sob o insubsistente fundamento de serem absolutamente vulneráveis, muito pelo contrário, quando conferido o direito a estes indivíduos em determinarem-se livremente acerca de vida sexual, prestigia-se, antes de mais

⁹§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

¹⁰Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
II - exercer direitos sexuais e reprodutivos. (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015)

nada, a liberdade sexual e consagra-se a dignidade da pessoa humana¹¹, *assegurando e promovendo, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania*¹².

Inconstitucionalidade do artigo 217-A do Código Penal

A constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVII, dispõe claramente que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*, ou seja, estabelece a garantia do estado de inocência ou da presunção de não-culpabilidade, princípio basilar do ordenamento pátrio. Segundo Távora (2011, p.53), *somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta acusação*. Inegavelmente, referido ensinamento converge plenamente com outra garantia fundamental, o princípio do *in dubio pro reo*, que sobressalta a prerrogativa da absolvição do acusado quando não houver elementos suficientes que comprovem a autoria e a materialidade do crime. Ou seja, *a dúvida sempre deve militar em favor do acusado, ou seja, na ponderação entre o direito de punir do Estado e o status libertatis do acusado, este deve prevalecer, logicamente*. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 76)

Em que pese as garantias judiciais constitucionalmente asseguradas ao suposto ofensor, a norma que insta proteger absolutamente a dignidade sexual dos vulneráveis, inegavelmente tem preponderado sob às garantias do acusado. Esta afirmação encontra fundamento na rigidez exasperada da norma que pune o estupro de vulnerável, uma vez que opta por presumir a vulnerabilidade sempre que qualquer ato de cunho sexual – com ou sem violência –, for praticado em face dos sujeitos referidos artigo 217-A do Código Penal. Bastando, portanto, a mera ocorrência da situação fática para a privação da liberdade do suposto ofensor, – ontologicamente, esta visão está atrelada à premissa de que os indivíduos protegidos pela norma penal não podem emitir consentimento valido para a prática sexual, em hipótese alguma –.

¹¹ Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é o princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido. (PIOVESAN, 2007, p. 31)

¹² Art. 1º. É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015)

Assim, embora tenha sido extirpado do ordenamento jurídico o revogado artigo 224 do Código Penal, que tratava da presunção de violência, acaba que o disposto no artigo 217-A do mesmo diploma, reproduziu implicitamente o que ditava o revogado dispositivo, acentuando o caráter da presunção absoluta, agora pautado sob o prisma da vulnerabilidade. Nesse sentido, tem-se que a inserção da tipicidade penal própria do estupro de vulnerável apresentada no artigo 217-A do Código Penal, não converge com as transformações culturais e sociais, ou seja, ao vedar comportamentos socialmente aceitos, o direito se distancia cada vez mais da realidade, pois, presumir em caráter absoluto, que a liberdade sexual daqueles indivíduos previsto no texto legal, seria violada em todo e qualquer caso, sem exceção, é inegavelmente, patente violação ao preceito basilar da dignidade da pessoa humana.

Nesta toada, é importante frisar que à luz da *ultima ratio*, o direito penal somente deve ser aplicado quando da ocorrência de situações jurídicas extremas, ou seja, onde de fato seja necessária sua proteção. No entanto, em relação às práticas sexuais experimentadas pelos sujeitos protegidos pelo artigo 217-A do Código penal, quando verificado o consentimento válido dos mesmos e a ausência de violência ou grave ameaça, não há que se falar em lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Ademais, ao proteger de maneira irrestrita e desmedida os vulneráveis, a referida norma acaba por responsabilizar objetivamente o suposto ofensor. A previsão da responsabilidade penal objetiva¹³ contraria preceitos fundamentais, sob a ótica do suposto ofensor, colide diretamente com princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, já que o agente estaria fadado à uma condenação precoce, em virtude da impossibilidade de produção de prova em sentido contrário. Por outro lado, fere também a dignidade da pessoa humana, na medida em que retira dos indivíduos previstos na norma penal, a possibilidade de decidirem livremente acerca de sua vida sexual.

Desta forma, proibir de forma genérica e manter o conceito de absoluta vulnerabilidade aos que possuem orientação necessária para decidir livremente sobre os seus atos sexuais, não parece ir de encontro com a garantia fundamental da dignidade da pessoa humana. Com pesar, estabiliza-se assim o direito penal, uma vez que não acompanha a evolução social e as transformações culturais que notoriamente movimentam a sociedade.

¹³ Neste sentido, antiga, mas valiosa jurisprudência do STJ acerca da responsabilidade penal objetiva: RESP - PENAL - ESTUPRO - PRESUNÇÃO DE VIOLENCIA - o direito penal moderno e direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. [...] Fato não se presume. Existe, ou não existe. O direito penal da culpa e inconciliável com presunções de fato. [...] Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. [...] (REsp 46.424/RO, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 14/06/1994, DJ 08/08/1994, p. 19576)

Conclusão

Ao lançar mão do conceito de vulnerabilidade, quis o legislador reafirmar o caráter absoluto da norma, preconizando que independentemente da relação sexual ter se manifestado mediante violência ou grave ameaça, a conduta do agente que mantivesse qualquer ato de cunho sexual com os indivíduos previstos no artigo 217-A do Código penal – menores de quatorze anos, portadores de deficiência e aquelas pessoas que por qualquer outra causa não possam oferecer resistência –, estaria insculpida na precisão penal do estupro de vulnerável – em razão da suposta ausência de aptidão para emitir consentimento válido para a prática do ato –.

Destarte, esta previsão de responsabilização penal objetiva contraria preceitos fundamentais. Sob a ótica do suposto ofensor, colide frontalmente com o princípio da presunção de inocência, já que o mesmo estaria fadado a uma condenação antes mesmo de se analisarem as circunstâncias que poderiam repercutir no caso concreto. De outro lado, fere a dignidade da pessoa humana, na medida em que retira dos indivíduos protegidos pela norma a possibilidade de decidirem livremente acerca de sua sexualidade. Nesse sentido, presumir a vulnerabilidade como absoluta é, não apenas condenar injustamente e sem qualquer meio de defesa o suposto agressor, como também limitar arbitrariamente o exercício da liberdade sexual.

Sendo assim, é importante frisar que, ausente qualquer indício de violência ou grave ameaça e havendo consentimento válido, defende-se exaustivamente a possibilidade de ocorrer a relativização da presunção absoluta de vulnerabilidade no estupro de vulnerável, sob o fundamento da inconstitucionalidade do artigo 217-A do Código Penal. Ademais, justifica-se tal posição, em razão da impossibilidade de ocorre a responsabilização penal objetiva e da necessidade de se garantir o direito à liberdade sexual, que em ambos os casos, são amparados fundamentalmente pelo manto da dignidade da pessoa humana, demonstrando assim, a inegável superação do entendimento quanto à aplicação da presunção absoluta.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas. 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: Comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: Parte especial: artigos 184 a 288**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual Penal**. 5. ed. Jus Podivm. 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: Jus Podvim, 2014.