

SOBRE A VULNERABILIDADE ETÁRIA DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL E O NECESSÁRIO BINÔMIO LIBERDADE-RESPONSABILIDADE

ON THE VULNERABILITY BY AGE OF ARTICLE 217-A OF THE PENAL CODE AND THE NECESSARY BINOMIAL FREEDOM-RESPONSIBILITY

Rodrigo José dos Santos Amaral*

Data de recebimento: 08/02/2021

Data de aceite: 10/04/2021

Última versão do autor em: 11/04/2021

Resumo: O objeto do presente artigo é o conceito de vulnerabilidade por idade, contido no artigo 217-A, *caput* do Código Penal. Analisa-se a aparente contradição entre o marco etário da vulnerabilidade no estupro e os marcos etários presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente. Por fim, escrutina-se algumas soluções já adotadas na doutrina e na jurisprudência para, ao final, propor uma solução própria com base nas ideias que o conceito de vulnerabilidade é relacional e os conceitos de liberdade e responsabilidade possuem uma relação intrínseca.

Palavras-chave: estupro; vulnerabilidade; liberdade; responsabilidade; Estatuto da Criança e do Adolescente.

* Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública pela mesma instituição.

Abstract: The object of the present article is the concept of vulnerability by age, contained in the *caput* of article 217-A of the Penal Code. It seeks to analyze the apparent contradiction between the age of vulnerability in rape and age marks present in the Child and Adolescent Statute. Lastly, it scrutinizes some solutions already adopted in doctrine and case law to, in the end, propose a solution of its own based on the ideas that the concept of vulnerability is relational and the concepts of freedom and responsibility have an intrinsic relation.

Keywords: rape; vulnerability; freedom; responsibility; Child and Adolescent Statute.

Sumário: 1. Introdução; 2. A *ratio* da proibição e o conteúdo do injusto do estupro; 3. A incongruência normativa sobre a vulnerabilidade etária; 4. Algumas soluções já propostas; 5. Análise das soluções expostas; 6. A solução proposta: análise a partir do conceito de vulnerabilidade e do binômio liberdade-responsabilidade; 7. Conclusão; Referências.

1. Introdução

O delito de estupro de vulnerável foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em 2009, com o advento da Lei n.º 12.015, por meio do então novo artigo 217-A no Código Penal (CP). A redação do *caput* do artigo, que será o foco do presente estudo, determina que pratica o estupro de vulnerável quem pratica a conduta de “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

Pretendo, neste trabalho, apresentar critérios para uma correta subsunção dos casos de estupro de vulnerável nos quais o critério da vulnerabilidade é o etário, diante de fatores que considero importantes e serão expostos ao longo do texto. Para realizar isso, o seguinte trajeto será percorrido: primeiramente, expor por que o estupro, de uma forma geral, é proibido e realizar uma definição parcial do conteúdo do injusto no caso específico do estupro de vulnerável (item 1); apontar os aparentes problemas de natureza sistemático-normativa que o intérprete precisa considerar com a adoção da idade de catorze anos para o tipo do estupro de vulnerável (item 2); apresentar, sem pretensão de esgotamento, algumas soluções já propostas na doutrina e adotadas na jurisprudência no que tange à vulnerabilidade etária ou à presunção de violência contra o menor de catorze anos, contida no hoje revogado art.

224, CP (item 3); analisar os acertos e erros das soluções apresentadas (item 4); apresentar uma solução nova, tendo como base o conceito de vulnerabilidade e o binômio liberdade-responsabilidade (item 5).

2. A *ratio* da proibição e o conteúdo do injusto do estupro

A punibilidade do estupro, em sentido geral, está baseada no fato de que o seu autor viola a dignidade sexual da vítima¹, se se adotar o termo escolhido pelo legislador para o título VI do CP, ou a noção mais determinada de liberdade ou autodeterminação sexual. Isso porque, conforme já explicado anteriormente por Greco², em um Estado que permanece neutro sobre as diferentes noções de vida boa que seus cidadãos possam adotar, o conceito de dignidade só pode ser entendido em sentido *político* (em contrariedade a um sentido *perfeccionista*), que, em resumo, interpreta dignidade como *autonomia*, o que, no caso dos crimes sexuais, leva à noção de liberdade ou autodeterminação sexual.

Esse bem jurídico, não importando qual denominação o leitor opte por adotar, tem como fundamento o direito subjetivo³ que todo indivíduo possui sobre o próprio corpo. Assim, o estupro é injusto porque afeta a função de gozo do direito subjetivo da vítima ao seu próprio corpo e, mais especificamente, à sua autodeterminação sexual, o que, no que tange ao estupro do art. 213, CP, é feito por meio de coação (violência ou grave ameaça).

No caso do estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), a afetação ocorre em situações nas quais o legislador não visualizou capacidade de consentimento por parte da vítima⁴. Assim, optou-se justamente por limitar a função de gozo do direito subjetivo da vítima ao próprio corpo, descartando-se a

¹ Cf., por todos, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Dos crimes contra a dignidade sexual. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 643, que critica a vagueza da expressão.

² GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 431-457, 2011, p. 447.

³ Sobre os direitos subjetivos, cf. por todos, RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Trad. e org. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 32-35.

⁴ A *ratio* do tipo fica bastante clara a partir da leitura da última parte do seu parágrafo primeiro: “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”.

possibilidade de realização de ato sexual com pessoa considerada vulnerável, mesmo que com o consentimento dela, visando a preservar a vítima de uma escolha que não esteja baseada no equilíbrio de suas faculdades mentais.

É bem verdade que não há uma tal limitação propriamente dita em *todos* os casos de estupro de vulnerável, na medida em que, em alguns casos de vulnerabilidade, a vítima não tem nenhuma capacidade de manifestação de vontade, como são as hipóteses em que ela esteja dormindo ou desmaiada. Tendo em vista essa diferença, proponho aqui uma forma de classificação: quando a vítima não tem capacidade fática de realizar alguma manifestação de vontade, trata-se de *vulnerabilidade absoluta*, enquanto há *vulnerabilidade relativa* quando a vítima até possui capacidade de alguma manifestação de vontade, mas não possui um desejado equilíbrio mental (aqui, incluída a maturidade) para fazer uma escolha devidamente refletida no que tange à prática sexual⁵.

Assim, no estupro de vulnerável, a noção de autodeterminação sexual, perfeitamente aplicável na proteção da vítima em casos de vulnerabilidade absoluta, não é a mesma nos casos de vulnerabilidade relativa. Nestes, trata-se de um clássico exemplo de paternalismo moderado⁶ (*soft paternalism*)⁷ e impuro (*impure paternalism*)⁸ por parte do legislador, constituindo uma relativização do princípio geral segundo o qual não há lesão para quem consente (*volenti non fit injuria*)⁹⁻¹⁰. Con-

⁵ Abaixo, dissertarei mais sobre a questão da vulnerabilidade do art. 217-A, CP.

⁶ Aqui, estou utilizando a tradução de MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 100, segundo quem a modalidade de paternalismo moderada “é o ponto de vista que considera justificado o paternalismo quando for necessário determinar se a pessoa a ser atingida está agindo voluntária e conscientemente”.

⁷ “Soft paternalism is the view that the only conditions under which state paternalism is justified is when it is necessary to determine whether the person being interfered with is acting voluntarily and knowledgeably”. DWORKIN, Gerald. Paternalism. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

⁸ “In the case of impure paternalism the class of persons interfered with is larger than the class being protected”. *Ibidem*.

⁹ Sobre o princípio, cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 115, p. 255-290, 2015, p. 262.

¹⁰ No caso, trata-se de paternalismo (i) moderado, porque na fundamentação da intervenção estatal nos casos de vulnerabilidade relativa considera-se que a vítima não age de forma voluntária e/ou consciente e (ii) impuro, porque o grupo de pessoas

forme dito, nesses casos, a justificação da intervenção sobre a liberdade individual da vítima encontra-se no fato de que o legislador considera que essa não possui condições de consentir responsabilmente com o ato, seja por falta de maturidade (como é o caso do *caput* que regula a vulnerabilidade etária), seja por falta de cognição suficiente para isso (como são os casos do parágrafo primeiro, com exceção às situações de vulnerabilidade absoluta, em que não há consentimento)¹¹.

3. A incongruência normativa sobre a vulnerabilidade etária

O Código Penal, desde a sua redação original de 1940, proíbe a realização de ato sexual com pessoa menor de catorze anos. Na sua redação original, o hoje revogado artigo 224, alínea *a*, CP determinava a presunção de violência nos crimes sexuais quando a vítima fosse menor de catorze anos. Ou seja, não importava se havia ou não consentimento do menor, sempre haveria um dos crimes com violência descritos no Título VI do CP¹²⁻¹³.

A Lei n.º 12.015/2009 estabeleceu uma série de substanciais mudanças nos crimes sexuais previstos no Código Penal. Para o que aqui interessa, houve a total revogação do art. 224, CP, com a criação do atual art. 217-A, CP, que tipifica o delito de estupro de vulnerável e mantém

afetadas não é igual ao grupo das pessoas protegidas, haja vista que a proibição visa à eventual punição daquele que pratica ato libidinoso com a pessoa vulnerável.

¹¹ Até mesmo um autor como John Stuart Mill, ferrenho defensor das liberdades individuais, defendia a legitimidade de uma proteção paternalista de quem não tem condições de fazer escolhas responsáveis. Cf. MILL, John Stuart. *On Liberty*. Londres: Peguin, 2010, p. 17-18: “[w]e are not speaking of children, or of young persons below the age which the law may fix as that of manhood or womanhood. Those who are still in a state to require being taken care of by others, must be protected against their own actions as well as against external injury”.

¹² É preciso observar, entretanto, que parte considerável da doutrina e da jurisprudência da época entendia que a cláusula do antigo art. 224, CP estabelecia uma presunção relativa de violência, não absoluta. À época, entendia-se que se a vítima já possuía ampla experiência sexual prévia (o exemplo recorrente era o da vítima que se prostituía), ela já não detinha a *innocentia consilii* que fundamentaria a desconsideração de seu consentimento. Por todos, cf. o panorama de GOMES, Luiz Flávio. A presunção de violência nos crimes sexuais (ênfase crítico) – 1ª parte. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 158-181, 1996, p. 170-173.

¹³ Não pretendo entrar aqui, no mérito sobre a aparente inconstitucionalidade (ou, ao menos, ilegitimidade) de um dispositivo que manda presumir um estado de coisas em matéria penal, por duas razões: a uma, felizmente o art. 224, CP já está revogado, com um tipo penal específico que tutela os considerados vulneráveis; a duas, explorar mais o assunto resultaria em uma grande fuga do escopo deste artigo.

a tradição do Código em desconsiderar a vontade da vítima quando ela, dentre outras hipóteses, for menor de catorze anos.

Por outro lado, a Lei n.º 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), disciplina os denominados *atos infracionais*, que, segundo o seu art. 103, nada mais são que qualquer ato praticado por menores de dezoito anos descritos pela lei como crime ou contravenção penal. Assim, por exemplo, se um indivíduo de quinze anos mata alguém dolosamente, pratica um ato infracional análogo ao homicídio doloso descrito no art. 121, CP. Nesse contexto, o art. 112, ECA, estabelece que todo adolescente autor de ato infracional deverá ser submetido a uma das medidas descritas nos incisos do mesmo artigo. E como se diferencia criança de adolescente? O mesmo ECA dá a resposta por meio do seu art. 2º: crianças são os menores de doze anos, enquanto adolescentes são todos aqueles que possuem ao menos doze anos completos e que ainda não completaram dezoito anos. O legislador decidiu por excluir as crianças das medidas socioeducativas do art. 112, ECA, destinando a elas as medidas de proteção do art. 101, ECA.

Dessa forma, o legislador, do ponto de vista da *responsabilidade penal* pelos próprios atos, determinou, claramente, três classes de indivíduos sob o aspecto etário: (i) as crianças (menores de doze anos), que são absolutamente irresponsáveis; (ii) os adolescentes (entre doze anos completos e dezoito incompletos), que são parcialmente responsáveis, na medida em que não cometem crimes e, portanto, não estão sujeitos à pena, mas são suscetíveis a medidas socioeducativas em razão de atos infracionais; e (iii) os adultos (a partir de dezoito anos completos), que são os penalmente imputáveis e, portanto, suscetíveis de pena em sentido estrito.

Com esse panorama em vista, veja-se que o legislador criou um claro problema: considera-se que a pessoa entre doze anos completos e catorze incompletos tem responsabilidade suficiente para responder por seus atos, estando sujeita a medidas socioeducativas, mas não tem liberdade normativa suficiente para optar por participar de um ato sexual. Desse modo, cria-se uma estranha situação em que dois indivíduos dessa faixa etária, se praticam ato sexual consentido, são, ao mesmo tempo, autores e vítimas de atos infracionais análogos ao estupro de vulnerável do art. 217-A, CP. Na doutrina nacional, essa incongruência já foi observada¹⁴, havendo vozes que advogam por uma solução que relativize

¹⁴ Já nos anos 90, ou seja, antes das alterações trazidas pela Lei 12.015/2009, observava esse conflito normativo GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 166-167.

essa desconsideração absoluta da vontade da vítima adolescente entre doze anos completos e catorze incompletos, inclusive em relação a atos praticados com adultos¹⁵.

4. Algumas soluções já propostas

Diante do problema delineado, existem dois possíveis caminhos: o primeiro deles é ignorar o problema e continuar proibindo absolutamente que menores de catorze anos pratiquem atos sexuais; o segundo, buscar uma interpretação restritiva do tipo que tenha um satisfatório grau de coerência com o ordenamento jurídico e os ideais básicos de justiça. Veja-se que esse segundo caminho é permitido na medida em que o princípio da legalidade penal veda absolutamente interpretações que extrapolem os limites semânticos da norma penal, mas permite que se restrinja o âmbito de interpretação, por ser *in bonam partem*¹⁶.

A Jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem optado pela primeira via, considerando que, para a ocorrência de estupro de vulnerável, não é relevante o consentimento da vítima menor de catorze anos, sendo que alguns julgados, inclusive, têm adotado a expressão “presunção de vulnerabilidade”, provavelmente, segundo vejo, por influência da “presunção de violência”¹⁷ do hoje revogado art. 224, CP. No julgamento de um agravo regimental no REsp 1.830.026, a Sexta Turma do STJ decidiu que, nos casos de crimes sexuais cuja vítima tem idade inferior a catorze anos, “a vulnerabilidade é presumida, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima”¹⁸, orientação que foi seguida no julgamento

¹⁵ Segundo SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 655, essa posição “parece, hoje, se firmar na doutrina como sendo a melhor resposta”.

¹⁶ Sobre isso, ver ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. München: C. H. Beck, 2020, p. 222-224, § 5, Rn. 28-28a.

¹⁷ Sobre a presunção de violência, termo inserido na redação original do CP de 1940, assim falou a principal mente da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código: “Fiel a um tradicional critério jurídico-penal, que remonta a Carpsovio, o Código presume ou finge a violência, nos crimes sexuais, quando a vítima, por sua tenra idade ou morbidez mental, é incapaz de consentimento ou, pelo menos, de consentimento válido”. HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*, volume VIII: arts. 197 a 249. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 225. Crítico, GOMES, Luiz Flávio. Op. cit, p. 161, segundo quem uma tal presunção não seria compatível com o princípio da culpabilidade.

¹⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1.830.026*, Sexta Turma, Rel. Min. Néfi Cordeiro, DJe 03/12/2019.

do agravo regimental no AREsp 1.625.636, pela mesma Turma¹⁹. Já a Quinta Turma do STJ, no julgamento de um agravo regimental no AREsp 1.578.301, decidiu que o estupro de vulnerável ocorre “independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima”²⁰, em citação do que fora decidido pela Sexta Turma em um agravo regimental no AREsp 1.361.865²¹.

Na doutrina, conforme dito, há vezes propondo caminhos que buscam uma interpretação restritiva do tipo penal. Gomes, em artigo escrito nos anos 90, ou seja, quando o art. 224, CP, ainda era vigente, propôs que se analisasse caso a caso a maturidade da vítima menor de catorze anos, isto é, se ela era capaz de “compreender o sentido ético do ato” e somente em caso negativo o tipo seria imputável ao agente²². Para Gomes, a resposta para a questão da capacidade pode ser extraída do próprio ECA: todo adolescente (isto é, indivíduo com idade a partir de doze anos completos) possui capacidade de consentimento e, portanto, deve ter sua vontade considerada²³. Em outro trabalho anterior à Lei n.º 12.015/2009, Rassi propôs o que ele chamou de conceito de violência normativo: em vez de pensar em limitações com base na idade do indivíduo, dever-se-ia examinar o caso concreto, sendo típicas somente as condutas nas quais o consentimento da vítima estivesse viciado por uma situação de desvantagem ou se ela não tivesse capacidade suficiente para compreender a dimensão do ato praticado²⁴.

Após o advento da Lei n.º 12.015/2009, que afastou a presunção de violência do art. 224, CP, e criou o tipo penal do estupro de vulnerável do art. 217-A, CP, não cessaram as vozes favoráveis a uma expansão da consideração da vontade do menor. Para Silveira, a vulnerabilidade da

¹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 1.625.636*, Sexta Turma, Rel. Min. Saldanha Palheiro, DJe 28/09/2020.

²⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 1.578.301*, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 03/12/2019.

²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 1.361.865*, Sexta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 01/03/2019.

²² GOMES, Luiz Flávio. A presunção de violência nos crimes sexuais (enfoque crítico) – 2ª parte. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 169-196, 1996, p. 189-193.

²³ *Ibidem*, p. 194-195.

²⁴ RASSI, João Daniel. Novas perspectivas acerca da presunção de violência nos crimes sexuais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul*, v. 10, n. 11, p. 29-59, 2009, principalmente em p. 51 e ss.

vítima entre doze e catorze anos deve ser relativa, desconsiderando-se o seu consentimento somente nos casos de prostituição²⁵.

Em breve escrito posterior à Lei n.º 12.015/2009, Rassi aparentemente manteve a sua proposta supracitada, porém dando mais importância aos marcos instituídos pelo ECA, mas sem deixar claro se a sua proposta de interpretação restritiva seria destinada somente aos considerados adolescentes ou se, como da primeira vez, destinar-se-ia a qualquer indivíduo menor de catorze anos²⁶. Guimarães, citando Nucci e Estefam, propõe que a presunção de vulnerabilidade do adolescente entre doze anos completos e catorze incompletos seja relativa, sendo atípicos os casos em que o menor possui vida sexual ativa e consente com o ato libidinoso²⁷.

5. Análise das soluções expostas

Segundo vejo, todas as soluções expostas no tópico anterior, apesar de algumas aparentarem partir de uma intuição inicial correta, são, em alguma medida, insuficientes para solucionar o problema, de modo que uma nova solução precisa ser proposta. Com isso, primeiramente, irei enumerar as razões para a insuficiência das propostas acima para, em seguida, dissertar sobre a minha solução para o problema.

Primeiramente, a opção jurisprudencial dominante atual de desconsiderar em absoluto a vontade dos adolescentes entre doze anos completos e catorze incompletos, aparentemente, parte da correta intuição de que adultos e adolescentes (ao menos os de menor idade), geralmente, possuem condições psicológicas muito distintas e não é preciso uma complexa teoria científica para constatar isso. Todavia, nenhuma solução é dada nos casos de dupla punição por ato infracional de adolescentes considerados vulneráveis pelo art. 217-A, CP, que praticam ato sexual consentido entre si. Ademais, a própria presunção absoluta de vulnerabilidade do adolescente em relação ao adulto pode ser, em certos casos pontuais, questionada, de modo a aparentar ser uma solução equivocada.

²⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 656.

²⁶ RASSI, João Daniel. A vulnerabilidade sexual do menor. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 235, p. 6-7, 2012.

²⁷ GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte. Algumas questões problemáticas e outras nem tanto sobre a nova disciplina dos crimes sexuais. In: PEDRINHA, Roberta Duboc; FERNANDES, Márcia Adriana (orgs.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 974.

Por isso, os defensores de uma relativização da vulnerabilidade em determinados casos, mormente em se tratando de adolescentes segundo os termos do ECA, também partem de uma intuição correta. Não parece justo responsabilizar, em alguma medida, o indivíduo por seus atos a partir dos doze anos completos, inclusive por ato infracional análogo a crime sexual, e desconsiderar completamente o seu consentimento quando ele figurar no (às vezes aparente) polo passivo do delito sexual. Todavia, as soluções concretas analisadas acima apresentam algum tipo de problema, conforme aponto a seguir.

A solução de Gomes, por exemplo, em sempre analisar o consentimento dos adolescentes em matéria sexual ignora que um raciocínio sistemático, conforme ele mesmo propõe com base no ECA, não lhe respalda completamente. Isso porque o próprio sistema, conforme já aduzido acima, diferencia adolescentes de adultos sob o aspecto da responsabilidade pessoal, o que é, inclusive, a base do argumento do autor. Assim, tratar ambos como absolutamente iguais também não é uma medida sistematicamente de todo coerente, como pretende Gomes.

Mais estranha ainda é a primeira proposta de Rassi em relativizar a vulnerabilidade (à época, presunção de violência) até mesmo das crianças. Se os adolescentes são considerados somente parcialmente responsáveis, as crianças são consideradas absolutamente irresponsáveis pelo sistema jurídico. Ademais, a rejeição absoluta do autor a qualquer tipo de paternalismo não ficou devidamente fundamentada e tampouco possui respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. O legislador brasileiro, por meio do próprio ECA, estabeleceu uma série de medidas paternalistas que visam à proteção da criança e do adolescente, inclusive no que tange ao direito penal sexual, criando diversos tipos penais em que o consentimento da vítima é irrelevante²⁸. Sobre a criança e o adolescente não recai o princípio da autorresponsabilidade em sua plenitude, de modo que o legislador tem legitimidade para, em certos âmbitos, tratá-los de forma paternalista.

Conforme já apontei²⁹, nem mesmo John Stuart Mill, que era fortemente contrário ao uso de meios coercitivos para proteger quem consente com o ato, defendia essa margem ampla de liberdade aos que não tinham idade suficiente para ser considerados plenamente responsáveis. E, para prevenir erros de interpretação e eventuais réplicas de que eu

²⁸ Cf. os artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C, 241-D e 244-A do ECA.

²⁹ Cf. supra, nota de rodapé n.º 11.

estaria empregando um recurso à autoridade ao citar Mill, veja-se que o centro do meu argumento não é a posição do autor, mas sim a seguinte ideia: liberdade e responsabilidade devem caminhar juntas e, portanto, quem não é considerado plenamente responsável por seus próprios atos pode, na exata medida da mitigação de sua responsabilidade, ser tutelado de forma paternalista. Crianças, conforme dito, são absolutamente irresponsáveis sob o aspecto penal, de modo que não há nenhum óbice para desconsiderar o seu consentimento na interpretação do tipo penal que vise à sua proteção. Pelo contrário: um argumento sistemático deve favorecer uma proteção paternalista absoluta dos menores de doze anos.

A proposta de Silveira de considerar, em regra, o consentimento do adolescente, com a exceção dos casos de prostituição, tem a intuição correta de que é legítimo tratar jovens diferentemente de adultos, ao mesmo tempo que também é razoável, a partir de um pensamento sistemático, considerar, em alguma medida, a vontade do adolescente. Todavia, a tese tem uma contradição interna que, admito, é difícil de constatar a uma primeira vista: considera-se, como regra geral, que adolescentes podem plenamente consentir, assim como os adultos, mas, como exceção, não o podem nos casos de prostituição. Entretanto, não há estupro de vulnerável quando há relação sexual consensual na qual um maior de catorze anos se prostitui. Sendo assim, não fica bem elucidado por qual razão seria estupro de vulnerável a prática de ato libidinoso com o menor de catorze anos nos casos de prostituição ao mesmo tempo que isso não ocorreria para os maiores de catorze, sendo o argumento principal justamente que os indivíduos a partir de doze anos possuem o mesmo *status* de adolescente que aqueles maiores de catorze e menores de dezoito anos. Dessa forma, a exceção proposta por Silveira acaba por confessar que essas categorias de jovens não são tão iguais assim, o que contradiz o seu pressuposto inicial.

Por fim, o critério da vida sexual ativa nada mais é do que uma forma nova e menos agressiva de julgar a conduta da vítima. Simplesmente ter uma vida sexual ativa de nenhuma forma pode levar a uma conclusão necessária de que o adolescente tem a noção da dimensão do ato como se adulto fosse. Além disso, esse critério poderia levar a soluções estranhas. Por exemplo: suponha-se que um indivíduo de 40 anos pratique diversos atos sexuais consentidos com uma adolescente de 13 anos. Das primeiras vezes que isso ocorrer, pelo critério da vida sexual ativa, a adolescente não teria capacidade de consentimento e, portanto, o crime do art. 217-A, CP, seria imputável ao adulto. Todavia, em algum

momento dessa sequência de atos sexuais, ter-se-ia que considerar que a experiência sexual construída pela adolescente, em algum momento, tornaria atípica as condutas do adulto. Logo, seria um estranho caso de continuidade delitiva em que, simplesmente pelo fato de a vítima ter obtido experiência sexual com a continuidade, os atos posteriores tornar-se-iam atípicos. Ademais, a própria noção de vida sexual ativa é demasiadamente indeterminada: quantas vezes uma pessoa deve praticar ato sexual para ser possível considerar que a sua vida sexual é ativa? E se a pessoa teve diversas experiências sexuais prévias, mas todas ocorridas mediante algum tipo de abuso? Esse critério não parece nem lógico, nem determinado, nem justo para solucionar esse tipo de caso.

6. A solução proposta: análise a partir do conceito de vulnerabilidade e do binômio liberdade-responsabilidade

Diante dos problemas das teses acima avaliadas, um caminho necessário é a elaboração de uma nova solução para a questão da vulnerabilidade etária do art. 217-A, CP. Para chegar a uma solução adequada do problema, dois pontos são fundamentais: (i) determinar o que significa, propriamente, o conceito de vulnerabilidade do tipo penal em questão e (ii) a partir desse conceito, como interpretar o artigo a partir dos indivíduos que compõem o ato e seus diferentes graus de responsabilidade³⁰.

Segundo o seu sentido literal, vulnerável significa “que está sujeito a ser atacado ou criticado”³¹, “que tende a ser magoado, danificado ou derrotado; frágil”³², isto é, portanto, aquela parte que está suscetível de ser atacada, danificada, prejudicada etc. Pela própria lógica do tipo penal do art. 217-A, CP, esse significado simplesmente literal de “vulnerável” não resolve a questão, porque, a rigor, todo ser humano é, em alguma medida, vulnerável³³.

Esse conceito *absoluto* de vulnerabilidade não é aplicado nem pela linguagem do dia a dia, nem pelo tipo penal do estupro de vulnerável.

³⁰ Sobre esses graus de responsabilidade, cf. *supra*, item 2.

³¹ DICIONÁRIO MICHAELIS ONLINE. *Vulnerável*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=vulner%C3%A1vel>>. Acesso em 04 dez. 2020.

³² DICIO. *Significado de vulnerável*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/vulneravel/>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

³³ Nesse sentido, corretamente, GIORGIS, José Carlos Teixeira. Crimes sexuais e a pessoa vulnerável. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 20-34, 2010, p. 30-31.

O conceito de vulnerabilidade mais conhecido é *relativo, relacional*: são vulneráveis, segundo uma acepção “comum”, por exemplo, os imigrantes refugiados, os indivíduos em situação de rua, os enfermos mentais graves, entre outros. Que todo ser humano é, em alguma medida, vulnerável, não há dúvidas; todavia, há indivíduos que, pelas circunstâncias da vida, são mais vulneráveis que outros. É a essa situação especial e relacional de vulnerabilidade que normalmente as pessoas fazem referência, é a essa vulnerabilidade relacional voltada à prática de atos sexuais que o legislador faz referência na tipificação do estupro de vulnerável.

Dessa forma, a vítima do estupro de vulnerável, além da vulnerabilidade que ela ostenta simplesmente pela sua condição de ser humano, também possui uma especial condição de vulnerabilidade, que é aquela em relação ao autor do fato. Portanto, faz parte do conteúdo do injusto do estupro de vulnerável não só a condição de vulnerabilidade da vítima, *mas também o fato de que o autor detém condições psicológicas superiores* em relação a ela, o que faz com que ele abuse dos maiores poderes que tem por estar na posição de superior psicologicamente.

Quanto à questão da vulnerabilidade por idade, que é o tema deste trabalho, a tripartição de indivíduos com base em suas responsabilidades é o critério sistematicamente coerente para determinar o norte da adequada interpretação do tipo penal. No caso das crianças (menores de doze anos – art. 2º, ECA), por serem absolutamente irresponsáveis, partir-se-á da premissa de que o consentimento delas nunca será considerado. No caso de adolescentes (entre doze anos completos e dezoito incompletos – art. 2º, ECA), por serem relativamente responsáveis, poder-se-á, em determinadas hipóteses, considerar o seu consentimento e, em outras, desconsiderá-lo. Por fim, os adultos são plenamente responsáveis e, por isso, o seu consentimento deve sempre ser considerado.

Todavia, não é só a possibilidade de consentir que entra em cena, mas também a questão da *vulnerabilidade relacional* citada acima. Quanto a ela, tem-se a seguinte *regra de ouro*: como o tipo penal do estupro de vulnerável retira do polo passivo do *caput* todos aqueles maiores de catorze anos (portanto, são os que o CP considera que podem sempre consentir se outras hipóteses de vulnerabilidade não estiverem presentes), os indivíduos desse grupo sempre cometerão o delito de estupro de vulnerável (no caso dos imputáveis, isto é, os adultos) ou o ato infracional análogo a estupro de vulnerável (no caso dos adolescentes entre catorze anos completos e dezoito incompletos) quando no polo passivo figurar uma criança, em razão de essa ser absolutamente irresponsável

e, portanto, sempre vulnerável em relação a esses grupos de indivíduos, independentemente do consentimento da vítima.

Nos casos dos considerados vulneráveis adolescentes (entre doze anos completos e catorze incompletos), deve-se observar a já antiga crítica da doutrina exposta repetidamente acima quanto à dupla imputação de atos infracionais análogos a estupro de vulnerável. Em razão disso, pelo fato de o sistema jurídico brasileiro, por meio do ECA, ter igualado o *status* de responsabilidade de todos os indivíduos entre doze anos completos e dezoito incompletos, nenhum adolescente poderá praticar ato infracional análogo a estupro de vulnerável se o ato libidinoso em questão for consentido e no (suposto) polo passivo figurar um outro adolescente. Isso porque, em razão de os indivíduos, nessa hipótese, ostentarem o mesmo *status* de adolescentes e, portanto, de iguais, não há uma relação de superioridade psicológica, não havendo aquela *vulnerabilidade relacional* necessária para a constatação do injusto do estupro de vulnerável. Caso o ato libidinoso não seja consensual, haverá ato infracional análogo ao estupro do art. 213, CP, em razão de o injusto não ocorrer em razão da vulnerabilidade relacional, mas sim da coação física ou psicológica exercida pelo autor do fato.

Por fim, há a mais difícil constelação de casos, que é a dos atos libidinosos praticados por adultos com adolescentes menores de catorze anos. Aqui, a regra geral é pela imputação do adulto por estupro de vulnerável, pois há uma vulnerabilidade relacional psicológica do adolescente em relação ao adulto. Todavia, admito ao leitor que em algumas situações-limite tenho dúvidas quanto à existência de tal vulnerabilidade. Aqui, refiro-me à constelação de *jovens adultos*, isto é, aqueles indivíduos que não há muito tempo passaram à maioria penal. Isso porque é irreal imaginar que um indivíduo passa a ser mais maduro da noite para o dia, só porque a lei determinou que a partir de uma certa idade ele deve ser considerado mais responsável. De qualquer forma, para a constelação de casos de atos libidinosos entre jovens adultos e adolescentes menores de catorze anos, vejo a possibilidade de uma interpretação restritiva, de modo a possibilitar excepcionalmente a consideração do consentimento do adolescente como causa de exclusão da tipicidade. Entretanto, não tenho certeza, ainda, sobre qual seria o intervalo etário adequado para considerar alguém um jovem adulto. No caso da transição da infância para a adolescência, as diferenças de referenciais de idade do ECA e do art. 217-A, CP, permitem a determinação sistemática de um intervalo de transição (entre doze e catorze anos), o que, por outro lado, não parece haver para a transição da adolescência para a maioria penal.

Uma possível solução de referencial poderia ser obtida do art. 115, CP, que trata da redução do prazo prescricional: um dos grupos etários que recebe essa benesse é o dos menores de 21 anos à época dos fatos, o que só pode ter fundamento no fato de que, de alguma forma, sistematicamente, considera-se que até essa idade o jovem adulto está ainda numa fase de transição de maturidade psicológica. Dessa forma, talvez se possa considerar a possibilidade, em algumas situações, de não haver uma vulnerabilidade relacional do adolescente em relação a um adulto menor de 21 anos. Todavia, ainda não estou certo da correção dessa reflexão, na medida em que essa relação engloba duas pessoas em diferentes transições: da infância para a adolescência (vítima) e da juventude para a vida adulta (autor maior de 18 e menor de 21 anos).

De qualquer forma, nesses tipos de caso, eu vislumbro, ao menos, uma possibilidade de questionamento dessa vulnerabilidade, mas partindo, naturalmente, da premissa que, em situações normais, ela estará presente diante da grande diferença psicológica que é razoável esperar entre autor e vítima, em razão da discrepância de idade entre eles. A propósito, como o próprio tipo penal não fala de consentimento da vítima, não seria possível arguir uma violação do *in dubio pro reo*, pois, nesse caso, o próprio tipo penal presume a vulnerabilidade da vítima, só sendo possível o seu afastamento, portanto, diante de razões de fato e/ou de direito que embasem essa decisão. Essa questão do *in dubio pro reo*, de qualquer forma, é problema de direito probatório e, portanto, é um tema que apenas tangencia o mérito do presente trabalho, que versa sobre direito penal material.

7. Conclusão

A título de conclusão, tem-se o seguinte panorama das reflexões presentes neste trabalho:

1. Sob uma perspectiva global, o conteúdo do injusto do estupro é a violação do direito subjetivo da vítima ao seu próprio corpo, o que, no caso de delitos sexuais, equivale à sua autodeterminação sexual.

2. No caso do estupro de vulnerável, a violação direta à autodeterminação sexual, na forma de prática consentida, somente ocorre nos casos de vulnerabilidade absoluta. Nos casos de vulnerabilidade relativa, a questão fundamental não é o consentimento, mas o fato de

que a vítima, por sua condição de vulnerabilidade, deve ser tutelada de forma paternalista.

3. O conceito de vulnerabilidade do estupro de vulnerável é relativo e relacional e, portanto, o injusto só estará realizado quando for possível verificar que o autor se aproveitou da condição de vulnerável da vítima em relação a ele para praticar o ato libidinoso, abusando da sua condição de superior psicologicamente.

4. Os marcos etários do ECA, do art. 217-A, CP, e da maioria penal devem ser os parâmetros fundamentais para a constatação da vulnerabilidade relacional.

4.1. Quando se tratar de indivíduos que se encaixem em uma mesma classe etária, não haverá vulnerabilidade relacional, de modo que não há estupro de vulnerável no sentido do caput quando houver atos libidinosos nas seguintes relações: *criança x criança*; *vulnerável x vulnerável*; *adolescente x adolescente*.

4.2. Nos casos de *maior de catorze anos x criança*, sempre haverá vulnerabilidade relacional e, portanto, todo ato libidinoso, consentido ou não, será estupro de vulnerável.

4.3. Quando se tratar de casos de *adulto (maior de dezoito anos) x adolescente menor de catorze anos*, a regra é a existência de vulnerabilidade relacional e, portanto, da ocorrência de estupro de vulnerável independentemente da vontade do adolescente.

4.3.1. Os únicos casos em que ainda tenho dúvida se sempre há vulnerabilidade relacional são os que envolvam aqueles que eu denominei *jovens adultos*, que são aqueles indivíduos que não há muito fizeram a transição da adolescência para a maioria penal. Por não ser um conceito *prima facie* determinado, eu propus usar como base o art. 115, CP: *jovens adultos* são os maiores de 18 e menores de 21 anos. Para casos de *jovens adultos x adolescentes menores de catorze anos*, que são os casos que ainda tenho dúvidas, diante da falta de critérios claros, propus que se parta da presunção de vulnerabilidade do adolescente, mas permitindo eventual produção de prova sobre a inexistência de superioridade psicológica de um sobre o outro, que é a base do conceito de vulnerabilidade relacional.

Referências

DWORKIN, Gerald. Paternalism. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Crimes sexuais e a pessoa vulnerável. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 20-34, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. A presunção de violência nos crimes sexuais (enfoque crítico) – 1ª parte. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 158-181, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. A presunção de violência nos crimes sexuais (enfoque crítico) – 2ª parte. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 169-196, 1996.

GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 431-457, 2011.

GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte. Algumas questões problemáticas e outras nem tanto sobre a nova disciplina dos crimes sexuais. In: PEDRINHA, Roberta Duboc; FERNANDES, Márcia Adriana (orgs.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 969-983.

HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal, volume VIII: arts. 197 a 249*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 115, p. 255-290, 2015.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Londres: Peguin, 2010.

RASSI, João Daniel. A vulnerabilidade sexual do menor. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 235, p. 6-7, 2012.

RASSI, João Daniel. Novas perspectivas acerca da presunção de violência nos crimes sexuais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul*, v. 10, n. 11, p. 29-59, 2009.

RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Trad. e org. Alair Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. München: C. H. Beck, 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Dos crimes contra a dignidade sexual. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 642-681.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 1.361.865*, Sexta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 01/03/2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 1.578.301*, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 03/12/2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 1.625.636*, Sexta Turma, Rel. Min. Saldanha Palheiro, DJe 28/09/2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1.830.026*, Sexta Turma, Rel. Min. Néfi Cordeiro, DJe 03/12/2019.