

Estupro de Vulnerável: A importância da relativização do artigo 217- A do Código Penal

ROSA, Camila Marqueti¹

MADRID, Fernanda de Matos Lima²

RESUMO

Este artigo relata sobre um equívoco causado pelo legislador, onde determinadas pessoas são protegidas e assim tem seu direito à liberdade impedido. O assunto discutido é o Estupro de Vulnerável um crime inserido poucos anos atrás no ordenamento jurídico e tem previsão legal no artigo 217-A do Código Penal, onde ao mesmo tempo em que protege tira direitos do ser humano. Esta previsão legal é muito importante para os vulneráveis, mas há muito que se discutir, pois não são todos considerados vulneráveis, há divisões no que se refere à vulnerabilidade, e em cada caso concreto podemos extrair situações diferentes em que muitas vezes o sujeito ativo não tenha dolo, não sendo justa sua condenação, principalmente quando há consentimento das pessoas protegidas no caput e no parágrafo primeiro deste artigo. São muitas as injustiças causadas por um dispositivo legal que generaliza, como neste caso que necessita de uma relativização para que seja sanado o erro, para que pessoas inocentes não sejam condenadas injustamente e sejam prejudicadas em sua vida em coletividade. Através de pesquisas na internet e em livros podemos tomar conhecimento sobre este crime e formular teorias para termos uma solução para que nenhum direito seja impedido.

Palavras- Chave: Estupro de Vulnerável. Proteção. Injustiças. Direitos. Relativização.

ABSTRACT

This article reports on a misunderstanding caused by the legislature, where certain people are protected and so has their right to freedom preventing. The subject discussed is the Rape of Vulnerable a crime that was inserted does many years in the legal system and has legal provision in 217-A of the Criminal Code article, where at the same time protecting strip rights of human beings. This legal provision is very important for vulnerable, but there is much to discuss, they are not all considered vulnerable, there are divisions in terms of vulnerability, and in each case we can draw different situations where often the active subject has no guile, not being fair condemnation, especially when there

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

² Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Professora de Direito Penal do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Advogada criminalista.

is consent of the persons protected in the caput and the first paragraph of this article. There are many injustices caused by a legal device that generalizes, as in this case you need a relativization to be remedied the error, so that innocent people are not convicted unfairly and are impaired in their life in the community. Through research on the internet and in books can take knowledge of this crime and formulate theories to have a solution for that no right is prevented.

Key Words: Rape Vulnerable. Protection. Injustice. Rights. Relativization.

1. INTRODUÇÃO

O tema deste artigo foi escolhido devido ao equívoco causado pelo legislador no artigo 217-A do Código Penal que prevê o crime de Estupro de Vulnerável. Quando se fala em estupro, as pessoas ficam indignadas como uma pessoa teve coragem de cometer este delito, principalmente quando se diz respeito de vítima vulnerável, sabemos que ocorre com muita frequência este crime e deve sim ter uma proteção específica para estas pessoas, mas às vezes o sujeito ativo não teve o dolo e o sujeito passivo não é totalmente vulnerável, podendo fazer suas escolhas livremente.

O objetivo deste artigo é mostrar a importância da relativização da vulnerabilidade do artigo 217-A do Código Penal e dentre os principais métodos de pesquisa que existem, o adotado nesse trabalho foi o método hipotético-dedutivo, e a técnica de pesquisa adotada foi a bibliográfica.

Primeiramente temos que saber que os costumes passaram por uma evolução, influenciando no que diz respeito aos que são protegidos pelo legislador por este crime, como vamos ver ao passar dos anos tudo foi mudando.

Logo após devemos saber tudo sobre este crime para entendermos o erro causado pelo legislador. Assim começaremos pelo surgimento deste crime no ordenamento jurídico, veremos suas ações nucleares, e quem são os sujeitos ativo e passivo. Num segundo momento, é necessário saber quem são os considerados vulneráveis, e os que são protegidos pelo artigo 217-A do Código Penal e os que não são considerados protegidos.

Não podemos deixar de falar sobre o dolo do sujeito ativo e o bem jurídico tutelado, o direito a liberdade do sujeito passivo e sua autodeterminação sexual, é neste momento que vamos começar a perceber

onde esta o grande equívoco provocado pelo legislador, e conseqüentemente as injustiças causadas.

Entendendo um pouco sobre o Estupro de Vulnerável, podemos analisar a importância da proteção aos que são totalmente vulneráveis, porque totalmente vulneráveis? Porque como vamos poder analisar ao decorrer dos tópicos a vulnerabilidade pode ser dividida em duas e veremos a importância da relativização do artigo 217 – A do Código Penal, ao que tange o previsto no caput e em seu parágrafo primeiro e para finalizar teremos a conclusão que podemos chegar e as referências bibliográficas.

2. EVOLUÇÃO DOS COSTUMES

Antigamente os costumes eram diferentes, de acordo com que nossos familiares relatam hoje, principalmente no que tange a vida sexual do ser humano, eram mais resguardados, os pais não instruíam os filhos, assim as crianças quando chegavam à adolescência não tinha conhecimentos certos sobre sexualidade, muitos nem sabiam que existia, perante esta situação que se encontravam eram vulneráveis, não tinham como saber o que estavam fazendo.

Os anos foram se passando e os costumes foram mudando, decorrente da grande influência dos meios de comunicação e da tecnologia na vida das pessoas. Os que eram vulneráveis não eram mais totalmente vulneráveis, pela razão dos pais estarem abertos em darem mais informações, as escolas passaram a ensinar o que é manter relação sexual, em outros termos mais informais o que é sexo, e os novos meios de comunicação trazia explícito o que era sexualidade.

Esta evolução dos costumes influencia no critério objetivo do caput do artigo 217- A do Código Penal, visto que a maioria dos menores de catorze anos nos dias atuais são bem mais instruídos, tendo discernimento necessário para seus atos. Como também ocorrem com os enfermos e o doente mental que no passado não havia tratamentos nem como saber o grau de sua vulnerabilidade, mas com o avanço da tecnologia é possível através de exames médicos constatarem se estas pessoas enfermas e doentes mentais possam ter capacidade de discernir, e assim não serem totalmente vulneráveis.

Com todas as inovações existentes até o século XXI o legislador deveria alterar as normas de acordo com a evolução dos costumes, com isso o menor de catorze anos com experiência e instruções e que tem uma vida sexualmente ativa não deveria ser considerado totalmente vulnerável, pois devido suas origens, o modo de criação e os ensinamentos não deve ter sua liberdade sexual impedida. Muitos desses menores de catorze anos já namoram, mantém relação sexual alguns com o consentimento dos pais, assim não devem ter esta proteção prevista neste artigo, pois não deveria ser vítimas de estupro de vulnerável.

André Estefam no mesmo sentido diz (2009, p.59):

Pode haver indivíduos que, apesar de não terem atingido a idade citada, possuam consciência e maturidade sexual, justamente por esta razão, entendemos que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considera-lo), admitindo prova em contrario, notadamente quando se tratar de adolescentes (indivíduos com 12 anos já completos)

Segundo o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) é considerado criança quem tem até doze anos de idade incompletos, e considerado adolescente dos doze anos de idade aos dezoito anos.

Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. 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.

Este termo incompleto é para mencionar o menor de doze anos, este sim deve ser considerado vulnerável pela sua idade, em razão de ser apenas uma criança e não tem ainda muita noção dos perigos que correm já o maior de doze anos e o menor de catorze anos possuem conhecimento necessário para realização dos seus atos.

Ao modo que as gerações vão passando, e vão evoluindo a lei não pode ficar desatualizada e querer proteger quem necessariamente não precisa de proteção e muito menos estabelecer punições injustas. O artigo 217-A do Código Penal foi incluído no ano de 2009, não faz tanto tempo assim, por este motivo já devia ser atualizado em relação ao vulnerável e não ter este equívoco, em considerar que todos são totalmente vulneráveis.

3. O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Antes da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 não existia o crime de estupro de vulnerável, existia apenas o crime de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal e mais uma norma de extensão o artigo 224 do Código Penal que fazia uma presunção de violência. O estupro de vulnerável foi incluído ao ordenamento jurídico por esta lei.

Após o surgimento desta lei a previsão do artigo 217- A do Código Penal se tornou um crime autônomo, não possuindo mais uma norma de extensão ao artigo 224 do Código Penal que se tornou revogado por esta lei, não existindo mais a presunção de violência para o crime de estupro.

Assim no dia 07 de agosto de 2009 com a lei 12.015 foi incluído o Crime de Estupro de Vulnerável no Código Penal Brasileiro previsto no artigo 217-A:

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.

A redação trazida por esta lei acrescentou o crime de estupro de vulnerável no rol taxativo dos crimes hediondos, passando a ser considerado um crime gravíssimo com medidas penais diferentes, sendo mais rigorosas do que as medidas penais dos crimes considerados comuns. Assim este crime tem previsão legal também no artigo 1º da Lei 8.072 de 25 de julho de 1990:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal, consumados ou tentados:

VI – estupro de vulnerável.

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, mas o sujeito passivo é apenas o vulnerável previsto no caput e no parágrafo primeiro do artigo 217- A.

Em relação aos sujeitos a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt menciona que (2010, p. 94): “O crime de estupro de vulnerável também pode ocorrer em relação à hétero ou homossexual (homem com homem e mulher com mulher)”.

A ação nuclear prevista neste crime é o verbo ter ou praticar, temos esta diferença, pois o estupro de vulnerável não tem como meio necessário para sua prática à violência ou a grave ameaça. Se no caso em concreto ocorrer à violência responde pelo estupro de vulnerável mais a lesão corporal, no mesmo ocorre com a grave ameaça.

4. OS CONSIDERADOS VULNERÁVEIS

Para um conceito mais amplo, vulnerável é qualquer pessoa considerada em situação de fragilidade e perigo, onde fica desprotegida sem ter como reagir pelo motivo de não ter força ou por não saber o que esta ocorrendo.

Significado do Minidicionário da Língua Portuguesa para a palavra vulnerável (1993, p.573): “1.Que pode ser vulnerado.2.Diz-se do ponto pelo qual alguém ou algo pode ser atacado”.

Para André Estefam são considerados vulneráveis (2009, p.61):

São vulneráveis as pessoas que não têm, por qualquer causa, capacidade de resistir. A elasticidade do termo utilizado na norma importa em que a origem da incapacidade pode ou não ter sido provocada pelo agente.

São muitos os conceitos para vulnerável, como concluímos as pessoas que se classificam como vulneráveis são: as idosas que pelo fato de sua idade não consegue se movimentar com facilidade precisando de auxílio de muletas, andadores e até mesmo uma terceira pessoa segurando, ou por ter perdido a memória e não ter nenhum discernimento, ou seja, as pessoas idosas que possuem limitações; crianças que são frágeis e não sabem os perigos que correm pela sua inocência, e alguns adolescentes que não são

instruídos de forma correta; mulheres grávidas que pelo fato da gravidez pode ficar debilitadas principalmente com uma gravidez de risco; pessoas enfermas; pessoas com doenças mentais que não tem noção nenhuma sobre seus atos; os não alfabetizados e não instruídos pela falta de conhecimento se tornam vulneráveis; e pessoas que em determinadas situações não pode por circunstâncias alheias opor resistência.

5. OS CONSIDERADOS PROTEGIDOS PELO ARTIGO 217- A DO CÓDIGO PENAL E OS NÃO PROTEGIDOS

O legislador entendeu que algumas pessoas tem uma fragilidade podendo ser pela idade ou por outros fatores que devem ter um reforço na segurança e assim elencou como vulnerável no caput do artigo 217-A do Código Penal o menor de catorze anos e em seu parágrafo primeiro quem por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato ou não possa oferecer resistência.

Por um critério objetivo temos o menor de catorze anos, caracterizado pela faixa etária, onde tendo até essa idade é considerado vulnerável e tem proteção prevista no artigo 217- A do Código Penal e se for maior de catorze anos é protegido pela qualificadora, presente no parágrafo primeiro do artigo 213 do Código Penal: “213,§1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos”.

Como se pode observar a doutrina de Fabio Agne Fayet (2011, p.83):

Por isso, pode-se entender que o sujeito completa os catorze anos à zero hora do dia de seu aniversário. A partir daí estará vivendo seu primeiro dia com catorze anos (catorze anos e algumas horas de vida...). Logicamente, será maior de catorze anos, e, portanto, protegido pela qualificadora. Até à zero hora do dia de seu aniversário de catorze anos, o sujeito é menor de catorze anos, porquanto tenha 13 anos 11 meses 29 dias e algumas horas, e, portanto, menor de catorze anos, a vítima é considerada vulnerável e está amparada pela norma do art.217-A.

Os protegidos por enfermidade ou doença mental, se utilizam de um critério de biopsicologia, no qual não basta apenas a doença mental que é a causa biológica, tem que afetar o discernimento desta pessoa, porque há

pessoas com uma causa biológica, mas como são controladas com remédios e fazem o tratamento correto, conseguem discernir o que fazem.

O final do parágrafo primeiro diz que “pessoa por qualquer outra causa não possa oferecer resistência”, o legislador nos dá um sentido amplo, tendo que ser comprovado no caso em concreto se no momento da prática do ato sexual a vítima tinha ou não como oferecer resistência.

Existe causa temporária ou duradora para se oferecer ou não a resistência, como por exemplo, a embriaguez completa podendo ser forçada pelo sujeito ativo para tirar proveito da fragilidade da vítima e a sedação completa onde o sujeito ativo intencionalmente causa para praticar o crime. Nesses casos, a vítima por um determinado tempo não tem como oferecer resistência se tornando imediatamente vulnerável e tendo proteção legal neste artigo, por isso é necessário a análise do caso em concreto devido a esta abrangência feita pelo legislador.

No mesmo sentido Fabio Agne Fayte diz ser considerado estupro de vulnerável e assim tendo proteção deste artigo, mesmo que a vítima seja maior de dezoito anos (2011, p.103):

Assim o sujeito ativo, maior de dezoito anos, entorpece por meio de qualquer estupefaciente outro sujeito, também maior de dezoito anos, a ponto de este último perder o discernimento necessário para avaliar a prática dos atos sexuais propostos, que vem a efetivamente se consumir, haverá crime de estupro de vulnerável, mesmo a vítima sendo maior de dezoito anos, em função de ter obtido os atos libidinoso por meio de artifício que dificulte ou impossibilite a resistência da vítima.

A pessoa que se embriaga por diversão numa festa e o sujeito ativo tira proveito da situação já existente, deveria ser considerada vulnerável desde que o sujeito ativo esteja consciente de seus atos para tirar vantagem, assim esta vítima mesmo sendo a causadora de sua própria embriaguez seria protegida pelo artigo 217- A do Código Penal, mas no caso de ambos estarem embriagados completamente, ambos se tornam vulneráveis, tendo que analisar o caso em concreto mais a fundo para saber se houve ou não intenção de proveito, não tendo a intenção de proveito não há como ser protegido, mesmo estando sem discernimento, pois ambos causaram sua própria embriaguez.

Para Guilherme de Souza Nucci não há em que se pensar em estupro (2009, p.41):

Entretanto, caso a vítima entregue – se conscientemente ao estado de embriaguez completa para divertir – se e venha a ter relações sexuais com terceiro, embriagado ou não, em local público, e, após a relação caia em si e não tenha gostado da situação em que se encontra, não há que se pensar em estupro.

Em algumas situações analisadas há motivo sim para ter a proteção do artigo 217- A do Código Penal, como as decorrentes da abrangência que o legislador fez, tendo como exemplo o caso de embriaguez, assim como outras situações podem ocorrer em nosso dia a dia e de acordo com o texto de lei as pessoas vulneráveis podem ter essa proteção prevista, mas há situações que fica difícil alcançar esta proteção.

6. SUJEITO ATIVO SEM O DOLO

O dolo é a vontade de praticar algo, a pessoa faz porque quer alguma coisa ou quer que ocorra uma determinada situação, portanto uma pessoa que não tem dolo em um crime penal, não quer prejudicar e nem tirar vantagem ilícita de outra pessoa, muito menos de um vulnerável.

Não existe a culpabilidade no crime de estupro de vulnerável, pois o elemento subjetivo do tipo é o dolo, ou seja, o sujeito ativo tem que querer que a prática do ato sexual ocorra de forma em que o sujeito passivo não queira, tendo um crime material onde sua consumação necessita da conduta mais o resultado que é a prática de conjugação carnal ou ato libidinoso. André Estefam menciona sobre o tipo subjetivo que (2009, p.66): “O delito é punido exclusivamente na forma dolosa. Exige-se, destarte, a voluntariedade e a consciência, aí incluindo, o conhecimento da condição de vulnerabilidade do ofendido”.

E o sujeito ativo que tem a vontade de manter relação sexual com um vulnerável, mas este considerado vulnerável seja pela sua idade, enfermidade ou doença mental quer manter a relação sexual, sabe o que esta fazendo, pela sua vulnerabilidade não ser absoluta, ou seja, ambos os sujeitos querem que o ato libidinoso e a prática de conjugação carnal ocorram. Este

sujeito ativo mesmo estando sem o dolo de praticar o estupro, realmente cometeu o crime de estupro de vulnerável?

Esta é uma questão em se pensar muito, pois o sujeito ativo que gostaria de namorar com uma pessoa protegida pelo artigo 217- A do Código Penal, mesmo que este protegido tenha a plena consciência de seus atos é justo ser considerado vítima de estupro caso mantenham relação sexual? E o sujeito ativo estando sem o dolo tem que cumprir pena, por ter supostamente cometido um crime gravíssimo?

Existem diversas situações a serem analisadas, e para as situações que tem ausência do dolo e possuem apenas a vontade e o consentimento de ambos para se relacionarem sexualmente, não deveria existir o estupro de vulnerável, assim não ocorreriam injustiças com nenhum dos sujeitos.

7. O BEM JURÍDICO TUTELADO

O bem jurídico tutelado pelo artigo 217- A do Código Penal é a dignidade sexual do ser humano, além de proteger também o desenvolvimento sexual sadio do adolescente, do menor até catorze anos.

Renato Marcão e Plínio Gentil dizem sobre o bem jurídico tutelado pelo disposto no artigo 217- A do Código Penal (2001, p.187):

Tutela-se, de maneira ampla, a dignidade sexual da pessoa vulnerável e não mais a sua liberdade sexual, na medida em que, estando nessa condição, à vítima é considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter sexual. Pode-se dizer que, especificamente, o bem tutelado é a própria vulnerabilidade, no campo sexual, das pessoas tidas por vítimas do delito.

A lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 alterou o Título VI do Código Penal que era “dos crimes contra os costumes” para “dos crimes contra a dignidade sexual”, visando proteger a dignidade sexual do ser humano.

Tutelando apenas a dignidade sexual da pessoa vulnerável é estar protegendo algo e ao mesmo tempo impedindo outro, ou seja, protegendo apenas a dignidade sexual e deixando de lado outro direito fundamental à liberdade da pessoa, restringindo assim suas vontades.

7.1 DO DIREITO À LIBERDADE

Liberdade é poder fazer o que temos vontade, temos a liberdade de locomoção, a liberdade sexual de determinarmos quem toca em nosso corpo e com quem vamos manter relação sexual, temos também a liberdade de opinião e expressão onde podemos tomar decisões, e poder falar o que pensamos desde que não ofenda ao próximo e nem fere ninguém e muito menos coloque a coletividade em risco.

Significado da palavra Liberdade no Minidicionário da Língua Portuguesa (1993, p.334): “1.Faculdade de cada um se decidir ou agir segundo a própria determinação. 2.Estado ou condição de Homem livre”.

A liberdade tem previsão constitucional no artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Com o direito à liberdade tolhida, as pessoas consideradas vulneráveis não podem mesmo com seu consentimento manter relações sexuais, pois seria vítima de estupro de vulnerável.

Temos um direito à liberdade, mas temos que ter consciência que às vezes há restrições para este direito, para que não afete a vida em sociedade, mas neste caso não estaria ferindo ninguém, pois se a pessoa aceita a manter relação sexual, esta consentindo, desde que não seja menor de doze anos, não prejudica ninguém e nem coloca em risco a sociedade, desta forma devia ser valido o consentimento da pessoa que não é absolutamente vulnerável.

O legislador do Código Penal brasileiro em relação aos crimes contra a dignidade sexual quer punir as pessoas que viola a liberdade sexual do próximo, tirando sua dignidade sexual como ser humano. Todos nos possuímos esta liberdade onde podemos escolher com quem queremos nos relacionar, desta forma o legislador puniu qualquer violação a esta liberdade

como no crime de estupro, onde fere a liberdade sexual, já que a vítima não tem escolha é forçada a manter a conjunção carnal ou ato libidinoso com quem não deseja.

Uma coisa é o legislador punir estas pessoas que viola a liberdade sexual da outra, onde realmente é necessária a punição, mas outra coisa é impedir esta liberdade sexual dos que são considerados vulneráveis e não podem ter uma vida sexual ativa, desse modo seria vítima de estupro de vulnerável, mesmo tendo consentimento de seus atos.

Temos alguns posicionamentos a respeito da liberdade sexual como único bem jurídico penal tutelado nos crimes sexuais, como menciona Alessandra Orcesi e João Daniel Rassi (2010, p.53):

A liberdade sexual tem sido o bem jurídico aventado pela doutrina moderna como sendo o único digno de tutela nos crimes sexuais, por não apresentar qualquer conotação moral. Nesse sentido, tem manifestado a doutrina de Portugal e Espanha, por exemplo, onde ocorreram recentes alterações legislativas na tutela sexual. No Brasil, referida concepção tem ganhado adeptos.

O legislador quer tanto punir quem fere esta liberdade, mas não percebe que acabou tirando a liberdade sexual de determinadas pessoas que consentem, desta maneira deveria tutelar-se também a liberdade sexual, além da dignidade sexual e o desenvolvimento sexual sadio do menor de catorze anos.

7.2 AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

A autodeterminação conforme concluímos significa determinarmos algo sobre nos mesmos, ou seja, autodeterminação sexual é determinar que o ato sexual aconteça com nos mesmos, por exemplo, decidir, que a relação sexual ocorra.

Do mesmo modo que o legislador tira a liberdade sexual das pessoas ao proteger apenas sua dignidade sexual, ele tira também a autodeterminação sexual, onde a pessoa não pode decidir algo sobre si mesmo. Logo a pessoa que for protegida pelo artigo 217-A do Código Penal, consentindo, decidir que outra pessoa mantenha relação sexual com ela, será

vítima de estupro de vulnerável e conseqüentemente esta outra pessoa será condenada.

A autodeterminação sexual de cada pessoa é muito importante, e não pode ser impedida pelo fato do legislador proteger apenas a dignidade sexual, uma maneira de mudar isso é fazer conforme Renato de Mello Jorge Silveira diz (2008, p.167):

No que concerne ao Direito Penal sexual, a dignidade da pessoa humana deveria se caracterizar pela necessidade de autodeterminação de uma pessoa poder escolher sua disponibilidade sexual.

A liberdade sexual e a autodeterminação sexual como podemos concluir são muito importantes para a vida das pessoas e deveriam estar ligadas e serem protegidas como menciona Renato de Mello Jorge Silveira (2008, p.171):

A lei penal portuguesa, segundo a qual se protegem, sucessivamente, a liberdade sexual e a autodeterminação sexual, ou, melhor colocando, de modo amplo e genérico, a liberdade de autodeterminação sexual, considerando-se que uma pode se mostrar incompleta sem a outra. Este sim talvez o mais ideal mote de proteção: a liberdade de autodeterminação sexual.

O legislador deveria tutelar como bem jurídico do artigo 217-A do Código Penal a dignidade sexual, a liberdade sexual e a autodeterminação sexual, assim evitaria equívocos e condenações injustas.

8. DA IMPORTÂNCIA DA RELATIVIZAÇÃO

O legislador ao fazer o artigo 217- A cometeu um grande erro, tirando a liberdade sexual de todos os considerados vulneráveis pelo caput e parágrafo primeiro deste artigo, porque existem pessoas que são totalmente vulneráveis onde realmente precisam de toda segurança possível, mas existem também as pessoas que não são totalmente vulneráveis possuindo ciência de seus atos e sabendo o que é certo ou errado.

Podemos então dividir a vulnerabilidade em absoluta e relativa, sendo a primeira prevista pelo legislador no artigo 217- A do Código Penal.

Conforme concluímos o vulnerável absoluto é o sujeito que não tem capacidade nenhuma para discernir as coisas ao seu redor devido a sua idade, enfermidade ou doença mental, sendo muito frágil e desprotegido não podendo oferecer resistência.

O vulnerável relativo é o sujeito que pode ser considerado vulnerável por ser menor de catorze anos, mas possui instruções suficientes e um desenvolvimento mais avançado do que outros da mesma idade fazendo com que não seja totalmente vulnerável. André Estefam faz menção a este conceito relativo (2009, p.65): “a vulnerabilidade é um conceito relativo, admitindo prova em contrario (isto é, a demonstração de que o parceiro tinha plena consciência e maturidade sexual)”.

Qual a diferença de ser considerado vulnerável com 13 (treze) anos e 11 (onze) meses e 29 (vinte e nove) dias de idade e não ser considerado vulnerável quando tiver 14 (catorze) anos e 1 (um) minuto de idade, algumas horas de vida a mais influenciam no discernimento da pessoa?

André Estefam diz sobre a injustiça causada por este critério objetivo (2009, p.60):

Não se pode ignorar, outrossim, a injustiça que importa a adoção de um critério rígido, seja ele qual for. Qual a substancial diferença entre praticar um ato sexual com alguém, mediante consento, um dia antes de seu 14º aniversário e fazê-lo no dia seguinte? A interpretar a legislação sem o influxo de uma visão constitucional e vinculada ao bem jurídico tutelado, a diferença seria essa: no primeiro caso, o agente ficará sujeito a pena de reclusão de no mínimo de 8 anos, e, no outro, o fato será penalmente atípico.

Tendo catorze anos completos ou incompletos não poderia influenciar na questão da vulnerabilidade, pelo fato desse menor muitas vezes já ter um conhecimento sexual, ou ter uma vida sexualmente ativa, não tendo que ser protegido por este artigo, sendo um dos principais motivos para relativização, pois este critério de idade com a evolução dos costumes não tem coerência, pois não tem como afirmar que quem possui catorze anos incompletos não tenha nenhum conhecimento sobre sexualidade, se é ou não absolutamente vulnerável, sendo que nas escolas os professores ensinam sobre este assunto, muitos pais informam seus filhos, na mídia e em qualquer

lugar a sexualidade esta explícita, hoje em dia é muito difícil saber até onde vai o discernimento do menor de catorze anos.

Se pararmos para pensar e analisar diversas situações corriqueiras, podemos ver quantas injustiças podem ser cometidas, principalmente por um equívoco previsto em lei. Se por exemplo, um(a) garoto(a) menor de catorze anos com experiência necessária começa a namorar porque ama o outro(a) garoto(a), ambos decidem manter atos libidinosos e cojunção carnal, pois sabem discernir o que é manter relação sexual, pelo fato do menor tem uma vida sexual ativa, é realmente justo que este garoto(a) que praticou ato sexual com o menor de catorze anos seja condenado por cometer crime de estupro vulnerável? Não se pode considerar justo uma pessoa ser punido desde que a outra pessoa consentiu, pois este menor de catorze anos não é absolutamente vulnerável quis que acontecesse, não foi forçada, nem se sente violada sexualmente.

Pode ser vulnerável relativo também à pessoa que tem uma enfermidade e doença mental, às vezes o grau desta vulnerabilidade seja muito pequeno, ou seja, a pessoa possui sim uma doença mental ou enfermidade não sendo tão grave podendo discernir as coisas e saber o que quer para si. Só porque a pessoa esta enferma significa que ela não tem desejos, vontades e sentimentos amorosos, não se podem tirar este direito de ninguém, a pessoa com grau pequeno de doença mental também tem interesses próprios.

No mesmo sentido Alessandra Orcessi e João Daniel Rassi (2010, p.104):

Pela nova sistemática, se aquele portador de enfermidade ou deficiência mental tiver discernimento para prática do ato, seu consentimento será válido, não havendo qualquer ofensa a sua liberdade sexual. Diferentemente do que ocorria na revogada lei, acolheu o legislador a postura de que o doente tem liberdade sexual e, dependendo do caso, poderá exercê-la desde que tenha discernimento para consentir, caso em que não haverá abuso sexual.

Outro exemplo e da pessoa que possui certa doença mental, mas esta doença não afeta totalmente seu discernimento, ela possui instruções necessárias para poder ter controle de seus atos, esta pessoa começa a manter relações sexuais porque quer, devido aos sentimentos que tem pela a outra pessoa, esta pessoa sem querer tirar proveito nenhum acabou

cometendo crime de estupro de vulnerável, não sendo justa sua condenação, afinal ambos queriam.

São muitos os exemplos que podem ser citados e inúmeras as situações que podem ocorrer, por isso da importância da relativização do artigo 217-A do Código Penal, por haver situações em que a condenação é injusta devido o que esta previsto em lei, o legislador prevê apenas a existência do vulnerável absoluto, e considerando que todos os vulneráveis descritos não possuem o discernimento necessário para a prática do ato, mas como podemos observar em muitos casos não é isso que ocorre, porque o vulnerável pode ser relativo e não podendo assim ter seus direitos fundamentais impedidos.

CONCLUSÃO

Após entendermos o que é estupro de vulnerável o crime previsto no artigo 217-A do Código Penal, e saber quem são os protegidos por este artigo e também os que não são, podemos analisar duas coisas importantes, primeiramente que o legislador agiu corretamente em proteger a dignidade sexual dos considerados vulneráveis pelo fato de sua fragilidade e falta de discernimento, mas deveria também proteger a liberdade sexual e a autodeterminação sexual, e secundariamente o equívoco cometido pelo legislador.

O desenvolvimento sexual do menor de catorze anos tem que ser de forma saudável, e não deve ser corrompido por atos sexuais contra sua vontade ou por meio de violência gerando traumas. Muitas vezes esse menor não tem discernimento sobre o que é manter relação sexual, este menor sem conhecimentos deve ser protegido por este artigo, mas deveria ser provado no caso em concreto, para não ocorrer injustiças, uma vez que há menores de catorze anos que já possuem uma vida sexualmente ativa, ou tem os conhecimentos necessários para o ato.

O mesmo ocorre com quem tem enfermidade ou deficiência mental, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, deve se analisar cada situação antes da condenação, visto que existem diversos

graus de enfermidade e deficiência mental, e não oferecer resistência abrange diversas ocorrências devendo ser investigadas caso a caso.

O legislador ao mesmo tempo em que protege estas pessoas que ele considera vulneráveis, tira um direito delas, impede a liberdade sexual das que não são totalmente vulneráveis, assim como tira sua autodeterminação sexual, cometendo uma grande injustiça, como podemos ver a vulnerabilidade se divide em absoluta ou relativa. O legislador tem que proteger sim, mas de uma forma que faça esta distinção entre esses vulneráveis, para não impedir nenhum direito.

A lei deve seguir a evolução dos costumes, tanto para o critério de idade quanto para as pessoas enfermas e com deficiência mental, pois ao passar dos anos muitas coisas mudaram com as tecnologias, e isso não pode passar despercebido devido às consequências que podem gerar, sendo uma delas um dispositivo legal que impede um direito fundamental, como neste caso a liberdade.

Para corrigir este equívoco do legislador deveria observar cada caso em concreto, ter investigações aprofundadas, interrogar várias testemunhas, provar se o sujeito ativo tem dolo ou não, se o menor de catorze anos não tem nenhum conhecimento sobre relações sexuais, ou se teve consentimento para que o ato ocorresse e no caso do parágrafo primeiro deste artigo se necessário pedir laudos médicos para saber o grau de discernimento da pessoa com deficiência mental e enferma.

Conclui se que é muito importante que este artigo que prevê o crime de estupro de vulnerável seja relativizado, para que nenhum direito seja impedido e que ninguém inocente seja acusado por este crime hediondo, passando ser injustamente um criminoso perante a sociedade em que vive, sendo prejudicado em diversas áreas de sua vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

_____. **LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

_____. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: volume 4 : parte especial - 4. Ed.** Editora Saraiva, 2010.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais:comentários à Lei n. 12.015/2009.**São Paulo: Saraiva, 1ª edição 2009, 2ª tiragem 2010.

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro.** Editora livraria do advogado, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda.**Minidicionário da língua portuguesa.3. ed.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

GRECO, Alessandra Orcessi Pedro e RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual.** Editora atlas, 2010.

MARCÃO, Renato e GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual. Comentários ao título VI do Código Penal.** Editora saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge.**Crimes sexuais : bases críticas para a reforma do direito penal sexual.** Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2008.