

ANÁLISE DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL À LUZ DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

ANALYSIS OF ARTICLE 217-A OF THE PENAL CODE UNDER THE CONSTITUTIONAL HERMENEUTIC

Roberto Arroio Farinazzo Junior¹

RESUMO: o presente feito tem por finalidade primordial averiguar a (im)possibilidade de relativização da presunção de vulnerabilidade aplicável aos menores de quatorze anos, prevista no artigo 217-A do Código Penal, que prevê o crime de Estupro de Vulnerável. Para tanto, preliminarmente, examinar-se-á o momento histórico da origem da Lei 12.015/09, a fim de compreender os motivos determinantes pelos quais o legislador pátrio criminalizou a conduta prevista no tipo penal supramencionado. Posteriormente, por meio de recursos oriundos da hermenêutica constitucional, buscar-se-á meios de compatibilização entre o conteúdo previsto no artigo 217-A do Código Penal e o bloco de constitucionalidade, mantendo-se a vigência e a eficácia da norma penal, pelo que se chama de interpretação conforme a Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: RELATIVIZAÇÃO; PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE; HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT: This is done to determine the primary purpose (im) possibility of relativization of vulnerability presumption applicable to children under fourteen, under Article 217 of the Penal Code, which provides for the crime of Rape Vulnerable . Therefore, initially, will examine the historical moment of the origin of Law 12.015/09, in order to understand the determinants why the paternal legislature criminalized conduct provided in the aforementioned criminal offense. Later, through proceeds from the constitutional hermeneutics, search will be compatible media between content provided for in Article 217 of the Penal Code and the constitutionality block,

¹ Bacharel em Direito pela UNIFEV – Centro Universitário de Votuporanga. Pós-graduado em Direito Penal, Processo Penal e Constitucional pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Advogado criminalista.

maintaining the validity and the effectiveness of criminal law, the what is called the interpretation according to the Constitution.

KEYWORDS: RELATIVITY; VULNERABILITY DEEMED; HERMENEUTICS CONSTITUTIONAL.

INTRODUÇÃO

Partindo-se da premissa de que o Código Penal gerou (e ainda gera), por décadas, controvérsia acerca da possibilidade, ou não, de relativizar a vulnerabilidade prevista no crime de estupro com vítima menor de quatorze anos, a discussão presente no aludido resumo mostra-se apta a tentar resolver referido conflito doutrinário e jurisprudencial, eis que traz à tona os malefícios causados por uma interpretação exclusivamente gramatical do artigo 217-A do diploma penal, a qual afronta diversos princípios penais constitucionais, que serão mencionados no decorrer deste trabalho científico.

Isso porque a mencionada interpretação meramente gramatical dá passos rumo à presunção absoluta de vulnerabilidade, criminalizando a conduta de “*ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos*” (Art. 217-A, CP), independentemente de consentimento do menor, tampouco de sua experiência sexual.

Vale ressaltar, ainda, que o respectivo resumo não visa estimular a revogação do dispositivo penal em análise, haja vista sua importância no combate ao abuso sexual infantil.

Ao contrário disto, o objetivo principal é propor sua manutenção no ordenamento jurídico, mas, em contrapartida, interpretá-lo conforme a Constituição Federal, utilizando-se o alicerce principiológico advindo do Direito Penal, Constitucional e da Hermenêutica.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA VULNERABILIDADE: PROTECIONISMO OU SIMBOLISMO PENAL?

No período de transição entre os Séculos XX e XXI, o Brasil – assim como o mundo inteiro – vivenciou o crescimento exponencial de abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes. Inclusive, diversos processos foram objeto de largas repercussões midiáticas, como no caso de Michael Jackson, acusado diversas vezes por abuso sexual infantil.

Nessa esteira, a sociedade, fortemente influenciada pela mídia nacional e internacional, passou a exigir maior repressão ao combate à pedofilia e demais crimes de abuso sexual infantil.

Nasce, neste contexto, a Lei n. 12.015/09, com o objetivo de oferecer forte proteção à liberdade e dignidade sexual, sobretudo de crianças e adolescentes, materializada pela criação do crime de Estupro de Vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal.

Infelizmente, como já mencionado, referida lei nasceu em meio a intensas pressões sociais e midiáticas, que exigiam rigor na punição de criminosos sexuais. Surge, assim, o que se convencionou chamar de “Direito Penal Simbólico”, com caráter emergencial, feito às pressas, com pouco (ou nenhum) filtro constitucional.

Desse modo, ao se criar o artigo 217-A (Estupro de Vulnerável), na leviana tentativa de responder aos anseios sociais, o legislador incorreu em completo simbolismo penal, porquanto, ao menos gramaticalmente, instalou uma presunção absoluta de vulnerabilidade ao menor de quatorze anos, impossibilitando qualquer prova no sentido de que o menor, no caso concreto, possui discernimento para a prática de atos libidinosos.

Com isso, enquanto, por um lado, o legislador obedeceu a certos anseios sociais, por outro, ele certamente tapou seus olhos frente à realidade social contemporânea, ignorando a evolução da sociedade. Afinal, o Direito, sobretudo em âmbito penal, jamais pode ser fossilizado por normas absolutas, que impedem a dinâmica social. Assim, não é possível mensurar, em caráter estático, qual a idade mínima para ter (ou não) discernimento para a prática de atos sexuais.

Este, inclusive, é o entendimento do Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Guilherme de Souza Nucci, que preceitua:

[...] 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 absoluta -, 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. [...] (2009, p. 37-38).

Se não bastasse tal impossibilidade sociológica, o legislador penal também transcendeu a barreira do impossível jurídico, afrontando diversos princípios e regras constitucionais.

E, para piorar, faz-se mister ressaltar que o artigo 217-A encontra-se em total dissonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a idade de doze anos para a criança tornar-se adolescente, já se presumindo, portanto, logo nessa idade, um mínimo razoável de discernimento. Trata-se, pois, de antinomia gritante.

Aliás, com isso também facilmente se vê outro contrassenso gerado pela presunção absoluta de vulnerabilidade, porquanto dois adolescentes de doze ou treze anos que praticam atos libidinosos, reciprocamente, incorrerão em ato infracional equivalente a estupro de vulnerável, considerado crime hediondo. Podendo ambos, portanto, serem responsabilizados pela medida socioeducativa de internação.

2 DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

Em relação às barreiras jurídicas que o artigo 217-A se depara, dentre outros, encontram-se os seguintes princípios penais constitucionais: a) princípio da presunção de inocência, b) princípio da responsabilidade penal subjetiva, c) princípio da ofensividade ou lesividade, d) princípio da ampla defesa e do contraditório.

De acordo com a presunção de inocência, princípio basilar de um Estado Democrático de Direito, *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”* (art. 5º, LVII, CF).

Entretanto, ao presumir a violência no ato sexual, decorrente da absoluta vulnerabilidade do menor de quatorze anos, o legislador penal, ao invés de estimular o princípio constitucional da presunção de inocência, desencadeou verdadeira presunção de culpabilidade ao sujeito que pratica atos libidinosos com menor de quatorze anos.

Com isso, inclusive, a lei penal também violou o princípio da responsabilidade penal subjetiva, a qual demanda comprovação, por parte da acusação, de dolo ou culpa na conduta do agente.

Destarte, se o bem juridicamente tutelado pelo artigo 217-A é a dignidade sexual do menor de quatorze anos, não poderia o legislador presumir que toda e qualquer prática libidinosa com este menor tem o condão, intencional, de violar a aludida dignidade sexual.

Por conseguinte, também é preciso mencionar que a presunção absoluta de vulnerabilidade afronta, igualmente, o princípio da ofensividade ou lesividade. Isso porque, segundo tal princípio, com fundamento no garantismo penal de Luigi Ferrajoli, é vedado haver crime sem lesão, ou perigo concreto de lesão, ao bem jurídico alheio (*nullum crimen sine iniura*).

Portanto, ao se averiguar o caso concreto, poder-se-á constatar que a conduta de praticar ato sexual com menor de quatorze anos não necessariamente violará a dignidade sexual do menor, como pode ocorrer, por exemplo, no caso do rapaz de dezoito anos que se apaixona por uma adolescente de treze, com comprovada maturidade, e que com ela pretende se casar e constituir família, sendo a prática de atos sexuais uma consequência lógica.

No exemplo supramencionado, nota-se que a dignidade da menor fora mantida, não havendo qualquer violação ao referido bem jurídico, motivo pelo qual, mais uma vez, a presunção absoluta de sua vulnerabilidade se mostra teratológica, por total afronta ao princípio da ofensividade ou lesividade.

Por fim, sabendo-se que a presunção *juris et de jure* (absoluta) não admite prova em contrário, resta evidente, notadamente na seara penal, que tal presunção direta acarreta violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, haja vista a impossibilidade de comprovar, de acordo com o caso concreto, a capacidade cognitiva e volitiva do menor de quatorze anos.

Entretanto, vale salientar que tais princípios somente serão violados caso haja interpretação literal do dispositivo penal em análise, porquanto referida interpretação gera presunção absoluta - transgressora dos princípios penais constitucionais supramencionados. Cabe, então, interpretar referido artigo à luz da hermenêutica constitucional, favorecendo a interpretação conforme e, por conseguinte, prezando-se a força normativa da Constituição.

Afinal, como ensina Canotilho: “na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição, contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental” (1993, p. 229).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O efetivo problema (ou solução) não se encontra no corpo do artigo 217-A, mas sim no modo de interpretá-lo. Daí a imprescindibilidade da utilização da hermenêutica constitucional, possibilitando a manutenção deste dispositivo penal, desde que visto à luz da *interpretação conforme*, visando-se respeitar o princípio da força normativa da Constituição.

Desse modo, tendo em vista que o rigor emanado do artigo 217-A é necessário ao combate do abuso sexual infantil, o melhor caminho será mantê-lo no ordenamento jurídico, mas, em contrapartida, respeitando os limites impostos pela Constituição Federal.

Para tanto, é forçoso concluir que a relativização do conceito de vulnerável, conforme o caso concreto, será o melhor meio de adequação constitucional do crime previsto no artigo 217-A do Código Penal.

REFERÊNCIAS

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: RT, 2009.