Thiago Filippo: Periculosidade importa em crime de perigo abstrato

O crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal, tem provocado polêmica intensa quanto à vulnerabilidade das vítimas abarcadas pelo dispositivo, principalmente no que concerne ao critério etário, previsto no *caput*, que proibiu a prática de qualquer ato libidinoso com pessoas menores de 14 anos.

Anteriormente à entrada em vigor da Lei 12.015/2009, que conferiu a redação ao citado artigo, muito se discutia a respeito da natureza da presunção de violência que constava do artigo 224 do CP, se absoluta ou relativa, isto é, se haveria margem legal para se produzir prova de que, consoante as circunstâncias do caso, a vítima não poderia ser considerada incapaz de dar o seu consentimento.

Intencionalmente, a alteração legislativa deixou de fazer qualquer alusão a *presunções* e, em termos mais taxativos, proscreveu a prática de atos sexuais com vulneráveis, assim entendidos os menores de 14 anos; aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenham o necessário discernimento para a prática desse ato; e aqueles que, por qualquer causa, não possam oferecer resistência.

A celeuma fica mais por conta do critério etário, conforme dissemos, porque os demais, por remeterem a elementos normativos (*"deficiência mental", "necessário discernimento", "qualquer causa", "resistência"*) dão margem para a produção de provas, demandando juízo de valor. Entretanto, a idade é critério bem objetivo, preenchido com a simples juntada da certidão de nascimento da vítima, restringindo-se as possibilidades de defesa do acusado, já que, ao menos pela letra da lei, não poderá demonstrar qualquer ausência de vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos.

Ponderamos, no entanto, que como ocorre para todos os casos, sempre poderá haver a exclusão do dolo ou da culpabilidade, respectivamente, se o acusado demonstrar que agiu sob o erro de tipo invencível ou erro de proibição inevitável, desde que demonstrados os requisitos legais (arts. 20 e 21 do CP). Ilustrativamente, nos Estados Unidos, os crimes de estupro de vulnerável (*"statutory rape"*) normalmente não admitem prova de que o sujeito de fato desconhecia, ou não tinha razões para conhecer, a idade da vítima, já que eles são entendidos como *crimes de estrita responsabilidade* (*"strict liability crimes"*), dispensando-se a demonstração da *vontade de cometer o crime* (*mens rea* ou *guilty mind*), já que, para eles, o dolo envolve a consciência da ilicitude.[1]

Pois bem. Sob outro prisma, sob a égide da lei em vigor, passou a haver decisões que deixaram de punir pessoas que mantiveram relações sexuais com menores de 14 anos, diante das peculiaridades de cada caso.[2] Aparentemente, todavia, o Superior Tribunal de Justiça colocou uma *pá de cal* sobre a questão, no julgamento do REsp. 1.480.881-PI, rel. Min. SCHIETTI CRUZ, decidido sob o rito de recursos repetitivos (art. 543-C, CPC), ao fixar a seguinte tese representativa da controvérsia: *"Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime."**[3]*

No entanto, apesar dos termos da tese de jurisprudência soarem peremptórios, apenas *aparentemente* sepultou os questionamentos acerca da configuração desse delito, já que o próprio Ministro relator do

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

acórdão esclareceu o seguinte: *"**É de se admitir, no terreno do debate lateral, a possibilidade de que, em hipóteses muito excepcionais – como o do casal de namorados que mantêm, desde a infância e adolescência de ambos, relacionamento amoroso, resultando em convivência estável após o rapaz completar 18 anos – em que, a depender das peculiaridades do caso, o direito penal não encontra solução proporcional para responder a situações que tais."***

Portanto, nem mesmo a fixação da tese pelo STJ apagou a chama das discussões acerca da tipicidade de certas condutas, calhando então a discussão a respeito dos fundamentos e parâmetros pelos quais serão admitidas essas hipóteses excepcionais de atipicidade das condutas.

Acreditamos que o ponto de partida para o enfretamento da questão redunde na classificação do crime de estupro de vulnerável como delito de lesão ou de perigo. Sabemos que os primeiros se consumam com a efetiva lesão ou bem jurídico tutelado pela norma penal, ao passo que os segundos contentam-se com a mera exposição desse bem a uma situação de perigo, demonstrada em cada caso (crimes de perigo concreto) ou abstratamente prevista pelo tipo (crimes de perigo abstrato).[4]

Com o devido respeito à posição que sustenta ser o estupro de vulnerável um crime de dano, por ser evidente que a prática de atos libidinosos com vítimas vulneráveis acarreta a estas abalos psicológicos e outras consequências graves,[5] parece ser inegável que o crime do art. 217-A do CP consuma-se *independentemente de prova dessas consequências*, sendo incabível, portanto, classificá-lo como tal. Ao revés, a proibição da prática sexual com as pessoas ali elencadas fundamenta-se justamente na *presunção* desses abalos psicológicos. Se presunção de periculosidade *ex ante* existe, trata-se de crime de perigo abstrato, cuja consumação independe da produção efetiva desses danos.

Apesar de alguns autores sustentarem que os crimes de perigo abstrato não se conformam ao Estado Democrático de Direito,[6] temos que nenhuma incompatibilidade há entre o crime de estupro de vulnerável, enquanto delito de perigo abstrato, com o Texto Constitucional, diante da envergadura do interesse em jogo, já que se trata de proteger a sexualidade de pessoas absolutamente indefesas, principalmente crianças e adolescentes, sujeitos para os quais a Constituição dedicou *proteção especial*, dada à condição peculiar de *sujeitos em formação*, nos termos de seu art. 227.

Ocorre, todavia, que ao contrário do que possa fazer crer uma leitura apressada da decisão do STJ, o crime do art. 217-A do CP não pode ser considerado como delito de mera conduta, já que, mesmo para os crimes de perigo abstrato, deve existir *periculosidade da ação*, um *risco* como pressuposto do injusto típico.[7]

Isto significa dizer que todas as condutas absolutamente inócuas a lesar o bem jurídico protegido — ainda que abstratamente — não poderão ser consideradas materialmente típicas, não se cogitando de seu desvalor, ainda que formalmente se subsumam ao tipo penal incriminador. Se assim não fosse, tomemos como exemplo um casal de namorados de 13 anos que foi flagrado na prática de beijos lascivos ou outro ato libidinoso. A imposição de medidas socioeducativas a ambos seria medida razoável? Quais critérios fundamentariam a exclusão dessa responsabilidade?

Sob essa perspectiva, portanto, deve ser entendida a ressalva do voto relator do citado recurso especial, ao fazer alusão, de maneira periférica, a certas situações excepcionalíssimas, cuja resposta aflitiva do direito penal seja realmente desproporcional. Portanto, ainda que tenha se tratado de argumento *obter dictum*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

, a decisão do STJ não fechou as portas para o juízo de valor (prognose) que deve ser feito necessariamente pelo juiz, para verificar, ainda que abstratamente, a existência de perigo ao bem jurídico (dignidade sexual), devendo afastar punições relativamente a condutas absolutamente inócuas, que não podem ser criteriosamente estabelecidas no plano abstrato, mas, pelo contrário, dependem das vicissitudes de cada caso.

Ainda assim, alguns parâmetros podem nortear o julgador, a saber: (1) pouca diferença etária entre os parceiros;[8] (2) idade da vítima;[9] (3) relacionamento de namoro conhecido pelos pais e sociedade em geral[10] etc. A combinação desses e outros elementos pode fornecer algumas balizas para o intérprete concluir pela ausência de perigo ao bem jurídico.

Com isso, sob nossa ótica, diante dos elementos da norma penal, a discussão atual não reside mais no atributo da *vulnerabilidade*, se absoluta ou relativa, como antes se fazia com a *presunção* a que aludia o art. 224, mas sim no afastamento de condutas inócuas e absolutamente despidas de conteúdo de injusto penal, postura que se afina aos reclames de um Direito Penal Constitucional.

[1] A ideia foi haurida do Direito Inglês, no julgamento de *Regina v. Prince* (1875), mas não é mais encampada por todos os estados dos EUA (SINGER, Richard G.; LA FOND, John Q. *Criminal law*. 3a ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004, p. 196).

[2] Por amostragem: Processo 7611-43.2012.8.26.0047, 2a Vara Criminal de Assis/SP (por sinal, de lavra deste próprio articulista e publicada no *site* do *conjur* em 24.08.2015; e, mais recentemente, decisão do Juízo da 10a Vara Criminal de Goiânia, disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mar-05/juiza-goias-sexo-menina-13-anos-nao-estupro. Acesso em 11.03.2016.

[3] Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/stj-estupro-vulneravel-estupro-menor-14.pdf. Acesso em 11.03.2016.

[4] Por todos, PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*: parte geral. vol. 1. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 210.

[5] *e.g.*, GRECO, Rogério. *Adendo. Lei 12.015/2009: Dos crimes contra a dignidade sexual.* Niterói/RJ: Impetus, 2009, p. 72.

[6] Já que, segundo essa corrente, a intervenção penal somente se justifica para evitar ataques efetivos a bens jurídicos. Nesse sentido: TORÍO LÓPEZ, Angel. *Los delitos del peligro hipotético: contribuición al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, vol. 34, pp. 825-847, 1981, p. 826. Entre nós, GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[7] BOTTINI faz uma compilação interessante a respeito das diversas correntes que fundamentam os delitos de perigo abstrato como delitos de periculosidade (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade do risco*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 113-128.

[8] Até mesmo a UNICEF, por meio do documento *Minimum age of Sexual consent*, recomenda que a diferença etária entre os parceiros seja levada em consideração como *equilíbrio de poder entre eles.* Disponível em "http://www.unicef.org/lac/contact_26964.htm". Acesso em 12.03.2016. O mesmo raciocínio norteou a edição das *Romeo and Juliet laws* nos EUA.

[9] Já que, naturalmente, o grau de discernimento aumenta com o passar do tempo.

[10] Baliza que, em certos casos, pode afastar o desvalor social da ação.

Date Created
10/04/2016

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.