



DOUGLAS MAIA FERREIRA

**DA POSSÍVEL RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO
MAIOR DE 12ANOS NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

BACHARELADO EM DIREITO

UNIVERSIDADE METROPOLITANA DE SANTOS

SANTOS

2016



DOUGLAS MAIA FERREIRA

**DA POSSÍVEL RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO
MAIOR DE 12 ANOS NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁ-
VEL**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Metropolitana de Santos, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professora Dra. Martha Luzia Vergine.

SANTOS

2016



Banca Examinadora



Dedico este trabalho primeiramente aos meus pais Ivanildo e Lúcia. Dedico à doce Dandara Lima parceira de todas as horas. Dedico ao meu grande amigo (*in memoriam*) Luís e a minha tia Rita. Vocês fazem parte desta trajetória.



Agradeço a Deus por chegar até aqui. Agradeço a Professora Martha Luzia Vergine por quem tenho grande apreço pela orientação e por todo apoio dado a mim e a turma durante os cinco anos de curso. Agradeço a Reitora Renata Garcia de Siqueira Viegas pela oportunidade de estudar nesta instituição.



“A menos que modifiquemos nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.” (Albert Einstein)



RESUMO

O respectivo trabalho trata da possível relativização da vulnerabilidade do maior de 12 anos no crime de estupro de vulnerável. O nosso posicionamento é baseado na constante mudança de valores e comportamentos sociais, no qual o direito é obrigado a adaptar-se sob pena de se tornar rigoroso ou flexível demais. Abordaremos de forma breve o histórico do crime de estupro no mundo e especialmente no Brasil, desde o Código Penal do Império (primeiro a prever o tipo penal estupro) e até as alterações da lei 12.015 de 2012 que trouxe novos termos e novidades no que tange ao tema. Analisaremos a violência que é necessária no crime do art. 213 do e a sua desnecessidade no art. 217-A. Utilizaremos um ponto de vista legal para tratar da possível relativização da vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos no crime de estupro de vulnerável ao citar a idade definida para criança e adolescente no ECA (estatuto da criança e do adolescente) confrontando diretamente com o Código Penal. A jurisprudência será objeto de análise, diferentes decisões levaram ao STJ a dar a sua decisão sobre o tema, aspecto este importante pois visa uma pacificação jurisprudencial e que apesar de ser diversa da defendida neste trabalho tem razões concretas e objetivas. Concluiremos trazendo uma possibilidade diversa de aplicação acerca da relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos concretizada em nossos tribunais. Este trabalho não tem fim de esgotar totalmente a temática que é vasta e explanada por diversos doutrinadores que acreditam em diversas correntes.

Palavras Chaves: Estupro. Vulnerável. Código Penal. Relativização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O CRIME DE ESTUPRO PELO MUNDO.....	11
2 HISTÓRICO DO CRIME DE ESTUPRO NO BRASIL.....	12
2.1 O CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO	12
2.2 O CÓDIGO PENAL DA REPÚBLICA.....	12
2.3 O CÓDIGO PENAL DE 1940.....	12
3 AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.015 DE 2009.....	14
4 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	19
5 DO ERRO DE TIPO.....	23
6 DIFERENÇAS DO ESTUPRO MEDIANTE FRAUDE E ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	25
7 A VIOLÊNCIA SEXUAL.....	27
7.1 DA VIOLÊNCIA SEXUAL NO CRIME DE ESTUPRO.....	27
7.2 DA VIOLÊNCIA SEXUAL NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	28
8 O ECA E A DEFINIÇÃO LEGAL DE CRIANÇA E ADOLESCENTE.....	29
9 A VULNERABILIDADE ABSOLUTA E RELATIVA E TEORIAS SOBRE PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA.....	31

10 A POSSÍVEL RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE BASEADA EM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	33
11 O ENTENDIMENTO DOS NOSSOS TRIBUNAIS	36
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	45



INTRODUÇÃO

O crime de estupro (seja qual for a sua modalidade) é sem dúvidas um dos mais repugnantes do nosso Código Penal. A ideia de que alguém seja privado da sua liberdade sexual, direito fundamental do ser humano gera contrariedade em toda a sociedade. Levando isto em conta, a necessária lei 12.015 de 2009 modificou a redação dos crimes contra a dignidade sexual, anteriormente crimes contra os costumes, trazendo diversas alterações nas diversas modalidades de crime de estupro (agora crime comum) previstas no Código Penal.

Como ênfase neste trabalho, abordaremos as novidades trazidas em relação ao grupo de vulneráveis, no qual a lei penal atribuiu tipicidade própria (art. 217-A CP), crime este agora hediondo e que manteve a discussão advinda do revogado art. 224 do mesmo diploma.

A citada discussão girava em torno de ser absoluta ou relativa a violência praticada contra o menor de 14 de idade que praticava sexo deliberadamente com outro sujeito maior de 18. Com alteração penal o termo violência absoluta/ficta foi abolido, dando lugar ao termo vulnerabilidade mas a temática continuou a gerar diferentes decisões no âmbito jurisprudencial.

Como encarar a questão da vulnerabilidade do menor de 14 anos? Cumpre lembrar que não se discute a vulnerabilidade dos outros sujeitos elencados neste tipo penal, estes vulneráveis em razão da sua condição (enfermidade, deficiência mental etc.) Quais motivos são observados por nossos julgadores? O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) pode ser considerado? E a nossa Constituição Federal? Estes temas serão abordados a seguir, com o confronto necessário de leis, sentenças, acórdãos e orientações.



1 O CRIME DE ESTUPRO PELO MUNDO

O Crime de estupro sempre esteve presente em nossa sociedade. Antes mesmo de Cristo já existia o Código de Hamurabi, famoso pela expressão muito utilizada ‘ ‘ olho por olho, dente por dente’ ’ que previa a morte (pena capital) para o criminoso.

O termo estupro surgiu no direito romano, deriva da palavra ‘ ‘*strupum*’ ’, que se mostrava a frente de seu tempo, como exemplo é possível citar o homem como polo passivo do crime, fato este recente incluído na nossa legislação penal.

Por outro lado, outras sociedades em determinado momento da história sequer previam o crime de estupro ou adotavam medidas que tipificavam a mulher como objeto. Em Israel por exemplo, muito por força da bíblia, era feita uma diferenciação do crime de estupro praticado no campo e do praticado na cidade. O estupro praticado na cidade tinha como pena o apedrejamento da mulher sob a alegação de que a mesma poderia gritar e assim tornar público o ato.

Destino diferente tinham as mulheres na América do Norte, que sempre se mostrou muito desenvolvida. Antes mesmo do navegador Cristóvão Colombo, o crime de estupro já era previsto e punido pelos cidadãos locais, que deixavam a critério da vítima a pena a ser fixada.

A América do Sul seguiu o mesmo caminho, no Brasil, muito por força da colonização portuguesa, logo após o seu descobrimento os crimes sexuais foram tipificados. Em 1830, tivemos o nosso primeiro código a definir expressamente o crime de estupro, como veremos a seguir.



2 HISTÓRICO DO CRIME DE ESTUPRO NO BRASIL

2.1 O CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO

Foi o primeiro Código Penal brasileiro elaborado seis anos após a promulgação da constituição de 1824. Segundo Prado (2001, p. 194-195) previu genericamente o crime de estupro em seu artigo 222, cuja a pena era de 3 (três) a 12 (doze) anos, porém se a vítima fosse prostituta a pena era somente 2 meses a 2 anos de prisão.

2.2 O CÓDIGO PENAL REPUBLICANO

Elaborado em 1980, previa nos artigos 268 e 269 o crime de estupro. O artigo 269 definia o crime de estupro afirmando que era o ato pelo qual o homem abusava da mulher virgem ou não com violência. Já o artigo 268 cominava a pena que era de 1 (um) a 6 (seis) anos de prisão, salvo se a vítima fosse prostituta, neste caso a pena reduzida para 6 (seis meses) a (dois anos). Um fato curioso é que o caput do artigo citava como requisito a mulher ser honesta.

2.3 O CÓDIGO DE 1940

O código em vigência em nosso país, prevê o crime de estupro no artigo 213 (anteriormente no título VI que tipificava os crimes contra os costumes) sendo o primeiro a prever o crime de estupro de vulnerável em seu artigo 224 (redação



original anterior a alteração legislativa). Para ser configurado o crime de estupro tanto o simples quanto o de vulnerável pela redação anterior, o agente deveria necessariamente praticar conjunção carnal com a vítima, desta forma qualquer outro ato libidinoso era considerado atentado violento ao pudor.

3 AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.015 DE 2009

A referida lei fez diversas alterações, a primeira delas foi a mudança do título que se chamava “ dos crimes contra os costumes” passando a ser “ dos crimes contra a dignidade sexual”. Percebe-se que o legislador não visou somente alterar a nomenclatura com o termo “ dignidade sexual” mas sim buscou a projeção da própria dignidade da pessoa humana, que deve ser centro de todo o ordenamento jurídico, para Flávia Piovesan : *“É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa da interpretação normativa. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Direito Interno.”*

Outra alteração é relacionada ao sujeito passivo e o ativo que pela primeira vez em nossa legislação permitiu a figura do homem no polo passivo e o da mulher no polo ativo. Ademais, houve a fusão de dois tipos penais, sendo o crime do artigo 214 (atentado violento ao pudor) acrescentado ao crime de estupro, ou seja, para configurarmos o crime de estupro não temos mais como requisito único a conjunção carnal. Um ponto interessante é a impossibilidade do concurso de crimes com esta fusão. Sobre o tema temos o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

(...) Registrou-se, inicialmente, que, antes das inovações trazidas pela Lei n. 12.015/2009, havia fértil discussão acerca da possibilidade de reconhecer a



existência de crime continuado entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando o ato libidinoso constituísse preparação à prática do delito de estupro, por caracterizar o chamado prelúdio do coito (*praeludia coiti*), ou de determinar se tal situação configuraria concurso material sob o fundamento de que seriam crimes do mesmo gênero, mas não da mesma espécie. A Turma concedeu a ordem ao fundamento de que, com a inovação do Código Penal introduzida pela Lei n. 12.015/2009 no título referente aos hoje denominados “crimes contra a dignidade sexual”, especificamente em relação à redação conferida ao art. 213 do referido diploma legal, tal discussão perdeu o sentido. Assim, diante dessa constatação, a Turma assentou que, caso o agente pratique estupro e atentado violento ao pudor no mesmo contexto e contra a mesma vítima, esse fato constitui um crime único, em virtude de que a figura do atentado violento ao pudor não mais constitui um tipo penal autônomo, ao revés, a prática de outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal também constitui estupro. Observou-se que houve ampliação do sujeito passivo do mencionado crime, haja vista que a redação anterior do dispositivo legal aludia expressamente a mulher e, atualmente, com a redação dada pela referida lei, fala-se em alguém. Ressaltou-se ainda que, não obstante o fato de a Lei n. 12.015/2009 ter propiciado, em alguns pontos, o recrudescimento de penas e criação de novos tipos penais, o fato é que, com relação a ponto específico relativo ao art. 213 do CP, está-se diante de norma penal mais benéfica (*novatio mellius*). Assim, sua aplicação, em consonância com o princípio constitucional da retroatividade da *lei penal mais favorável, há de alcançar os delitos cometidos antes da Lei n. 12.015/2009*, e, via de consequência, o apenamento referente ao atentado violento ao pudor não há de subsistir. Todavia, registrou-se também que a prática de outro ato libidinoso não restará impune, mesmo que praticado nas mesmas circunstâncias e contra a mesma pessoa, uma vez que caberá ao julgador distinguir, quando da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP para fixação da pena-base, uma situação da outra, punindo mais severamente aquele que pratique mais de uma ação integrante do tipo, pois haverá maior reprovabilidade da conduta (juízo da culpabilidade) quando o agente constranger a vítima à conjugação carnal e, também, ao coito anal ou qualquer outro ato reputado libidinoso. Por fim, determinou-se que a nova dosimetria da pena há de ser feita pelo juiz da execução penal, visto que houve o trânsito em julgado da condenação, a teor do que dispõe o art. 66 da Lei n. 7.210/1984.” (HC 144.870-DF, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 9/2/2010.) (Informativo n. 0422 do STJ)

Temos assim um regime penal mais favorável, com consequências diretas na pena. A alteração também influenciou no tipo penal de estupro vulnerável, não cabendo mais a alegação de que houve o estupro de vulnerável juntamente ao crime de atentado violento ao pudor. Neste sentido temos também a decisão do STJ:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUMENTO PREVISTO NO SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº



12.015/2009. HABEAS CORPUS ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. VIOLÊNCIA REAL E GRAVE AMEAÇA. INCIDÊNCIA. DE OFÍCIO.

I - Esta Corte firmou orientação de que a majorante inserta no art. 9º da Lei nº 8.072/90, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio ne bis in idem. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real ou grave ameaça perpetrada contra criança, seria aplicável a referida causa de aumento, como na espécie. (Precedentes).

II - Com a superveniência da Lei nº 12.015/2009 restou revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível a sua aplicação para fatos posteriores à sua edição. Não obstante, remanesce a maior reprovabilidade da conduta, pois a matéria passou a ser regulada no art. 217-A do CP, que trata do estupro de vulnerável, no qual a reprimenda prevista revela-se mais rigorosa do que a do crime de estupro (art. 213 do CP).

III - Tratando-se de fato anterior, cometido contra menor de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça, deve retroagir o novo comando normativo (art. 217-A) por se mostrar mais benéfico ao acusado, ex vi do art. 2º, parágrafo único, do CP. Ordem denegada. Habeas corpus concedido de ofício para fazer incidir retroativamente à espécie a Lei nº 12.015/2009 por ser mais benéfica ao paciente. (HC 131.987/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 01/02/2010). (grifo nosso).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, temos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR EM CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA COM 10 ANOS DE IDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA E REAL. PENA TOTAL: 17 ANOS E 06 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE DE O RELATOR DECIDIR MONOCRATICAMENTE O AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL. CONTRADITÓRIO RESPEITADO. PRECEDENTES. ART. 9º. DA LEI 8.072/90. REVOGAÇÃO PELA NOVA LEI DISCIPLINADORA DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL (LEI 12.015/09). MATÉRIA REGULADA NO ART. 217-A DO CPB. APLICAÇÃO RETROATIVA (ART. 2º. DO CPP). PRECEDENTE DO STJ. CONCESSÃO DE HC DE OFÍCIO, PARA, CONSIDERANDO OS MESMOS PARÂMETROS USADOS PELA SENTENÇA E MANTIDOS PELO TRIBUNAL A QUO, FIXAR A PENA DO PACIENTE EM 13 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. HC CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Da leitura e interpretação do art. 28, §§ 2º., 3º. e 5º. da Lei 8.038/90, arts. 544, § 2º, in fine, e § 3º. e 545 do CPC e 34, VII do RISTJ, ressei cristalina a competência do Relator para decidir monocraticamente o Agravo de Instrumento interposto contra decisão que não admite o Recurso Especial. Precedentes do STJ.

2. Admite-se a utilização de prova emprestada no processo penal, desde que



sobre ela seja possibilitado o amplo exercício do contraditório, como ocorrido na hipótese. Precedentes do STJ.

3. O 9o. da Lei 8.072/90 foi revogado pela nova Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, que alterou o Título VI da Parte Especial do Código Penal, criando o tipo específico de estupro de vulnerável (art. 217-A), que prevê pena de reclusão, de 8 a 15 anos, para quem tiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos.

4. Na referida Lei, nos parágrafos 3o. e 4o., estabeleceram-se penas substancialmente maiores para as hipóteses de lesão corporal de natureza grave (10 a 20 anos) ou de morte (12 a 30 anos), tendo sido revogados os antigos artigos 214, 223 e 224 do CPB.

5. Na hipótese, cuidando-se de atentado violento ao pudor contra menor cometido com violência presumida e real, em continuidade delitiva, deve ser aplicada a novel legislação, por ser mais benéfica ao acusado, em atenção ao disposto no art. 2o. do CPP. Precedente do STJ: REsp. 1.102.005/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, j. 29.09.2009.

6. Dessa forma, utilizando os mesmos parâmetros da sentença, confirmados pelo Tribunal a quo, estabelece-se a pena base no mínimo legal (8 anos), aumentada de 2/3, pela continuidade delitiva, em vista das inúmeras vezes em que o fato foi praticado (pelo menos 10), totalizando a reprimenda 13 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

7. Agravo Regimental desprovido.

8. HC concedido de ofício, para o fim acima especificado.

(AgRg no Ag 1081379/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJ 15/03/2010)

Outra grande alteração foi a inserção do crime de estupro de vulnerável no rol dos crimes hediondos seja na forma simples ou qualificada, aumentando a pena para o limite máximo 30 (trinta) anos e estipulando uma proteção ainda maior.

Desta forma, é possível observar as mudanças legislativas que acompanham os anseios da sociedade e que fazem parte do processo de evolução do homem. A redação original se mostrava ultrapassada em alguns pontos, como por exemplo no seu título, denominado de “ crimes contra os costumes”.



Para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, pois delinea o bem jurídico a ser tutelado. Assim, *a concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual*, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes. *Dessa forma, a construção legislativa deve começar por alterar o foco da proteção, o que o presente projeto de lei fez ao nomear o Título VI da Parte Especial do Código Penal como Dos crimes Contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual.* (SENADO FEDERAL, PLS nº 253, 2004).

A necessidade de conjunção carnal como meio único para a configuração do crime de estupro é outro ponto ultrapassado, o agente infrator hoje pode utilizar de diversos meios para constranger a vítima sexualmente sem que haja conjunção carnal. Agora para a lei basta apenas que ele satisfaça sua lascívia através do ato libidinoso, Capez sabiamente define o que é ato libinoso nas palavras abaixo:

Ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. Cuida-se de conceito bastante abrangente, na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido. CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, parte especial. São Paulo: Saraiva, 2006.

4 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Nos termos da lei 12.015/09, consiste em: “ ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso contra o menor de 14 anos.” Mas o que diferencia o crime de estupro comum do crime de estupro de vulnerável? A idade? Sim, a lei penal visa proteger ainda mais o ser considerado vulnerável em razão da sua formação psicológica e física incompleta. Vulnerável é um termo que vem do latim e tem como sinônimos palavras como: debilitado, destrutível, desprotegido, frágil e magoável. Para a lei penal, vulnerável é o menor de 14 anos (em razão da idade), os deficientes mentais e aqueles que não podem oferecer resistência. (Situação)



Necessariamente todo crime possui um Sujeito Ativo e Passivo. Tratando do Sujeito Ativo temos um crime comum, podendo qualquer homem ou qualquer mulher.

Já o Sujeito Passivo é definido pelo próprio artigo, ou seja, o menor de 14 anos os que por enfermidade ou deficiência mental não possuam discernimento para a prática do ato ou aqueles que não possam oferecer resistência (217 – A , § 1) independentemente do sexo.

Importante citar que em relação aos enfermos, deficientes mentais e aos que não possam oferecer resistência, não é possível falar em relativização já que estes não possuem condições para o discernimento do ato, diferentemente do menor de 14 anos e maior de 12, que como acima citados geram diversas discussões.

Outro aspecto importante na definição do crime é a identificação da ação penal, que é o direito público subjetivo de invocar a tutela do estado para esse exerça o direito punir *jus puniendi* observando o devido processo legal e todos os princípios dele decorrentes. Sobre o tema discorre Mirabete:



A ação é um direito subjetivo processual que surge em razão da existência de um litígio, seja ele civil ou penal. Ante a pretensão satisfeita de que o litígio provém, aquele cuja exigência ficou desatendida propõe a ação, a fim de que o Estado, no exercício da jurisdição, faça justiça, compondo, segundo o direito objetivo, o conflito intersubjetivo de interesses em que a lide se consubstancia. O *jus puniendi*, ou poder de punir, que é de natureza administrativa, mas de coação indireta diante da limitação da autodefesa estatal, obriga o Estado-Administração, a comparecer perante o Estado-Juiz propondo a ação penal para que seja ele realizado. A ação é, pois, um direito de natureza pública, que pertence ao indivíduo, como pessoa, e ao próprio Estado, enquanto administração, perante os órgãos destinados a tal fim. MIRABETE, Julio Fabrinni. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2005.v. 1, p. 108.

No Brasil a ação penal se subdivide em dois tipos: Pública e privada. A ação privada tem como titular a vítima da infração penal que pode ingressar no poder judiciário com uma ação chamada queixa-crime. Existe outro tipo de ação penal privada chamada subsidiária da pública, esta tem cabimento quando o titular da ação deixa de oferecer a denúncia no prazo legal, note-se que aqui a titularidade de ação penal não é da vítima. Já a ação penal pública tem como titular o Ministério Público e pode ser condicionada ou incondicionada.

Na ação penal pública condicionada o Ministério Público precisa da representação da vítima para oferecer a denúncia, sendo essa representação oral ou escrita. Sendo oral deve ser reproduzida em termo. A ação penal incondicionada como o próprio nome já diz independe de representação da vítima para que seja oferecida a denúncia.

Antes da alteração legislativa, a ação penal dos crimes denominados contra os costumes hoje crimes contra dignidade sexual em regra era privada, ou seja, a vítima precisava contratar um advogado para oferecer a queixa-crime. A exceção era quando a vítima não possuía condições para arcar com o seu próprio sustento; quando o crime fosse cometido com abuso de poder pátrio ou se da violência empregados tivéssemos com resultado a morte ou lesão grave.

Após a alteração o artigo 225 do código penal foi modificado, abolindo a



ação penal privada nos crimes sexuais, hoje a ação penal é pública condicionada a representação salvo os casos de estupro de vulnerável ou menor de 18 anos onde a ação será pública incondicionada.

Artigo 225 – Nos crimes definidos nos capítulos I e II deste título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único – Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou a pessoa vulnerável.

É de suma importância citar que o STJ recentemente através do informativo 553/2015 definiu que se a vulnerabilidade da vítima for momentânea a ação será penal condicionada a representação.

Procede-se mediante ação penal condicionada à representação no crime de estupro praticado contra vítima que, por estar desacordada em razão de ter sido anteriormente agredida, era incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos." (HC 276.510/RJ).

Desta forma é possível concluir no que tange ao crime de estupro de vulnerável, que o ministério público será o titular da ação penal, sendo esta pública incondicionada por força legal do artigo 225 parágrafo único do código penal e tendo como exceção os casos de vulnerabilidade momentânea.

O crime possui formas qualificadas, que são circunstâncias que somadas ao tipo principal modificam a pena base a pena máxima. No crime de estupro de vulnerável temos duas formas qualificadas, a do artigo 217-A, §3º do Código Penal (se do crime resultar lesão corporal grave) e a do art. 217-A, §4º do Código Penal (se do crime resultar morte)

Se do estupro resultar lesão corporal grave a pena passará a ter como base 10 (dez) anos e como limite 20 (vinte) anos. A sua classificação como lesão corporal grave seguirá as normas do Art. 129 do Código Penal que diz:

Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:



Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto;

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

Lesão corporal de natureza gravíssima

§ 2º Se resulta:

I - Incapacidade permanente para o trabalho;

II - enfermidade incurável;

III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto;

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Agora de do estupro de vulnerável tivermos como resultado morte, temos como pena base 12(doze) anos e 30(trinta) como limite.

Segundo Sbartellotto (2012, p.13):

Quanto ao resultado morte, diversamente, sustentamos que deverá decorrer de culpa do estuprador. Isso porque a pena do estupro de vulnerável a sua forma simples é de 8 a 15 anos de reclusão. O homicídio doloso a sua forma simples é de 8 a 15 anos de reclusão. O homicídio doloso simples possui pena de 6 a 20 anos de reclusão. Ora, se somarmos aludidas penas, teremos 14 a 35 anos de reclusão. Em contrapartida, o legislador apenas impôs uma sanção de 12 a 30 anos para o resultado morte (§ 4º), muito desproporcional com relação à eventual somadas penas, notadamente quanto ao mímico. Assim sedo, o estupro de vulnerável com resultado morte deve ser considerado crime preterdoloso, sob pena de haver incongruência com todo o sistema vigente em se tratando de crimes qualificados pelo mesmo resultado.

Por não ser considerado um crime contra a vida, o estupro de vulnerável com resultado morte não será julgado pelo tribunal do júri e sim pelo juiz singular.

5 DO ERRO DE TIPO

Temos o erro de tipo quando o agente pratica determinado ato acreditando estar de acordo com a legislação. O erro de tipo pode ser essencial (recai sobre as elementares ou as circunstâncias do crime) ou acidental (recai sobre as ele-



mentares secundárias do crime) Não se confunde com ignorância pois neste tipo o agente tem total desconhecimento do fato criminoso.

O erro de tipo essencial é o que prevalece quando falamos de estupro de vulnerável, pois nele podemos excluir o dolo e conseqüentemente tornar a conduta atípica. Nestes termos temos o artigo 20 do Código Penal:

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Descriminantes putativas (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Como leciona o próprio artigo, o erro de tipo exclui o dolo que é elemento do tipo, sendo o agente punido quando o erro deriva de culpa e o fato for punível como crime culposo, neste exemplo cito o caçador que no escuro mata um ser humano pensando ser um animal.

O estupro seja qual for o seu tipo não admite a modalidade culposa, desta maneira é impossível falar que determinado sujeito cometeu um estupro culposamente. O dolo é elemento essencial e trazendo este entendimento para a modalidade de estupro de vulnerável pode ser aplicado o artigo 20 do Código Penal se ele inexistir.

Podemos concretizar essa ideia imaginando a seguinte situação: Determinado agente conhece em uma balada uma jovem que aparenta ter 18 anos ou mais, devido ao seu físico e vestuário, consumindo bebidas alcoólicas e após muita conversa decidem fazer sexo. Posteriormente descobre que na verdade a moça tinha menos de 14 anos, sendo denunciado pela prática do crime de estupro de vulnerável. Poderá ser alegado o erro de tipo? Sim, a produção de provas será neste sentido e conseqüentemente com sentença reconhecendo a atipicidade



do ato, tendo em visto que o erro de tipo excluí o dolo.

Desta forma podemos concluir que é necessário que o agente conheça a condição de idade da vítima (menor de 14 anos) ou tenha condições de conhecer para ser aplicado este dispositivo do código penal.

6 DIFERENÇAS ENTRE O ESTUPRO MEDIANTE FRAUDE E O ESTUPRO DE VULNERÁVEL

É de suma importância fazer a diferenciação destes dos tipos que são completamente diferentes e que causam certa confusão. O crime de estupro mediante fraude é previsto no artigo 215 do Código Penal que leciona:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém mediante fraude ou outro meio que impeça a livre manifestação de vontade a vítima. Pena — Reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Desta forma é possível concluir que basta o emprego de fraude ou outro meio que impeça a livre manifestação de vontade da vítima para a caracterização deste tipo penal? Errado, vai depender do meio e também da vítima, ou seja, se ela for menor de 14 anos nada disso será levado em consideração. O meio também é muito importante, vejamos o caso: Determinado agente coloca certa droga na bebida de uma determinada mulher em uma balada, a moça dorme e o agente tem uma conjunção carnal com ela. Deve ser o agente denunciado pela prática do estupro mediante fraude pois utilizou determinada droga para impedir a livre manifestação de vontade de vítima? Não, deve ser denunciado pelo crime de estupro de vulnerável pois teve conjunção carnal com quem não pode oferecer resistência. A mesma condição concorre aquele que encontra a mulher desmaiada e pratica sexo com ela. Em ambos os casos, não importa o meio empregado para a deixar vulnerável, ou se o agente que ofereceu, basta a vítima não poder oferecer resistência.



A pena é outro fator importante, no estupro mediante fraude ela é bem menor, enquanto no de vulnerável temos o limite de 30 anos. Mas afinal, o que é o crime de estupro mediante fraude? Trata-se de um tipo penal onde o agente induz a vítima ao erro, por exemplo: Determinado líder religioso convida uma visitante de sua igreja para prática sexo prometendo salvação espiritual. Outro caso é o namorado que apaga a luz e troca de lugar com outro homem sem a mulher perceber. Note que em ambos os casos a vítima pratica a conjunção acreditando em algo falso, tendo a sua livre manifestação de vontade parcialmente lesada e não totalmente. Assim, é muito importante diferenciar os dois institutos, pois um é crime hediondo com pena máxima de 30 (trinta) anos e o outro crime com pena máxima de 6 (seis) anos.

Assim, o legislador no tipo de estupro mediante fraude se preocupou com a livre manifestação de vontade da vítima que foi parcialmente lesada por meio fraudulento, diferente do estupro de vulnerável onde o legislador considera a vítima totalmente incapaz de praticar qualquer ato sexual, não importando sua vontade.

7 DA VIOLÊNCIA SEXUAL

A violência sexual é considerada uma violação aos direitos humanos e infelizmente é bastante comum em nossa sociedade. Ocorre quando o indivíduo age através de coerção ou de maneira argilosa ferindo o livre exercício da sexualidade de outrem para buscar o próprio prazer ou até mesmo reproduzir. A OMS (Organização Mundial de Saúde), define como violência sexual como: “Qualquer ato sexual ou tentativa do ato não desejada, ou atos para traficar a sexualidade de uma pessoa, utilizando repressão, ameaças ou força física, praticados por qualquer pessoa independente de suas relações com a vítima, qualquer cenário, incluindo, mas não limitado ao do lar ou do trabalho”.



7.1 DA VIOLÊNCIA SEXUAL NO CRIME DE ESTUPRO (ART. 213 CP)

Constranger alguém mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se permita praticar outro ato libidinoso. Este é o texto do artigo 213 do Código Penal. Note-se que temos a expressão violência ou grave ameaça, ou seja, é necessário que o agente na prática delitiva haja com violência real (força bruta) ou prometa violência, fazendo a vítima agir contra a própria vontade. Grande parte da doutrina caracteriza violência sexual como o emprego de força material, onde a parte que coage se impõe através dessa força injusta para impossibilitar a resistência da vítima e assim satisfazer a sua lascívia.

7.2 DA VIOLÊNCIA SEXUAL NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ARTIGO 217-A CP)

Diferentemente do que foi abordado no outro tópico, para este tipo penal não é necessário a exteriorização da violência. O artigo 224 falava em violência presumida, matéria hoje alterada pela inovação da lei 12.015/09 que trata acerca da vulnerabilidade do agente passivo, porém, é importante citar que se do estupro resultar lesão corporal a pena de 8 (oito) a 15 (quinze) anos vai para 10 (dez) a 20 (vinte) anos e se resultar morte vai para 15 (quinze) a 30 (trinta) anos.

O legislador neste tipo penal se preocupou com a idade da vítima, estabelecendo uma proteção legal para os menores de 14 que mesmo consentindo não podem praticar qualquer ato libidinoso ou conjunção carnal com outrem maior de idade. Entende-se que o consentimento não é suficiente para afastar a conduta delituosa em razão de sua vulnerabilidade. Acerca do tema temos o entendimen-



to de Guilherme de Souza Nucci:

O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade

A dúvida do ilustre doutrinador também era a de muitos magistrados logo após a alteração legislativa. Caberia aos juízes interpretar a vulnerabilidade da vítima? Em nenhuma hipótese poderia haver alguma desconsideração? A experiência sexual da vítima pode ser levada em consideração? Essas questões foram respondidas posteriormente pelos nossos tribunais, como veremos mais adiante neste trabalho.

8 O ECA E A DEFINIÇÃO LEGAL DE CRIANÇA E A ADOLESCENTE

A lei 8069/90 estabelece a devida proteção a todas as crianças e adolescentes objetivando o desenvolvimento destes em diversos aspectos. Em seu artigo 5º repudia veemente qualquer exploração, violência, crueldade ou exploração contra crianças e adolescentes com a seguinte redação:

Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

Mas para o ECA, quem é criança e quem é adolescente? Especialmente no seu artigo 2º temos a definição de criança e de adolescente nos seguintes termos:

“ considera-se criança, para os efeitos dessa lei, a pessoa até doze anos de idade



incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Onze anos de é a idade que a lei estabelece para uma criança. O legislador na lei 12.015/99 estabeleceu uma proteção maior, ultrapassou o limite de 12 para 14 anos, estendo assim para adolescentes na visão do ECA.

Aparentemente parece uma ótima ideia, mas em contrapartida estabeleceu uma visão objetiva do fato, desta forma aquele que possui idade igual a 12 ou até 14 não pode cometer qualquer tipo de ato sexual mesmo com seu consentimento com outrem sob as sanções da lei.

Importante frisar que o ECA estipula medidas socioeducativas aos adolescentes. Seguindo esta visão, um adolescente que pela lei é capaz de deduzir o que é um ato ilícito (infracional) podendo ser punido pelos seus atos não pode ter consciência para decidir com quem irá praticar atos sexuais? Essa vulnerabilidade não pode ser relativizada?

Sobre o tema, o jurista Luís Flávio Gomes leciona:

Se o ECA abre a possibilidade de punir por cometimento de ato infracional aos 12 anos, por que não reconhece a liberdade, a legitimidade da vontade de praticar sexo? Se eles já conhecem, já praticam o sexo, por que nós, moralmente, vamos condenar essa situação? O posicionamento muito peremptório em relação à idade, sem avaliar o caso concreto, é um equívoco na jurisprudência do país, ainda muito controversa.

Acreditamos ser razoável um adolescente de 12 até 14 anos completos, que tenha conhecimento do seu corpo e de práticas sexuais escolher com quem queira se relacionar intimamente e conseqüentemente sexualmente.

Talvez seja incoerente o legislador atribuir ao adolescente de 12 até 14



anos de idade (segundo o ECA) a capacidade de responder pelos seus atos e não dar a esses a capacidade de decidir sobre a sua vida sexual. Em nossa sociedade contemporânea, o acesso a informação é abundante em diversas formas, seja pela televisão, seja por livros, pela internet e principalmente na escola que desce cedo prepara seus alunos através da conscientização. Não parece coerente também igualar estes aos menores de 12 e até mesmo os doentes mentais e os que não podem oferecer resistência.

Como exemplo citamos o Código Penal Português, que também estabelece 14 (quatorze) anos como a idade do consentimento, porém a prática de sexo com menores de 14 é atípica caso seja provado que no momento da conjunção carnal ou do ato libidinoso não houve “abuso da inexperiência” do menor ou que o de certa forma não causou um impacto negativo na vida e na formação deste.

9 DA VULNERABILIDADE ABSOLUTA E RELATIVA E AS TEORIAS SOBRE PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA.

Como é sabido, a lei agora trabalha com a vulnerabilidade e não mais com a presunção de violência. Na vulnerabilidade absoluta temos a impossibilidade da produção de provas no sentido contrário, trata-se de pressupostos que não podem ser contestados.

No que tange ao estupro de vulnerável o legislador adotou este critério, ou seja, não importa a razão ou a situação, caso o agente tenha relação sexual com um menor de 14 anos automaticamente estará praticando do crime do artigo

217-A do Código penal. Não cabe a ele discutir se a vítima era vulnerável



ou não, basta apenas a situação se amoldar ao tipo legal.

Já a vulnerabilidade relativa admite prova ao contrário, neste caso a vulnerabilidade da vítima poderá ser contestada pelo acusado. Antes da lei 12.015/09, muitos doutrinadores defendiam a “presunção de violência relativa” termo anteriormente usado.

Segundo Guimarães (2011, p.44):

A presunção relativa, também conhecida como *juris tantum*, é aquela que admite produção de prova em contrário. Quando existia presunção de violência, havia grande controvérsia sobre sua natureza, surgido essa época quatro teorias que se destacavam, senão vejamos: teoria absoluta, teoria relativa, teoria mista e teoria constitucionalista.

Para os defensores da teoria absoluta, a presunção era absoluta, não se admitia

prova em contrário, estaria o crime configurado sempre que o sujeito atingido fosse menor de 14 anos. A teoria relativa defendia a produção de provas e excluía a presunção de violência sempre que a menor de 14 anos já fosse experiente em assunto sexual e demonstrar ser promíscua. A teoria mista, por sua vez, adotava a presunção absoluta para os menores de 12, ou seja, quando o ato sexual fosse praticado com criança, mas de 12 anos se tratado de adolescente, em casos excepcionais entedia pela relativização. Por sua vez, a teoria constitucionalista afirmava que o direito penal moderno é o direito da culpa, taxado de inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva, leia-se, a produção de provas.

Rogério Greco era contrário à teoria subjetiva, sendo um grande defensor da teoria absoluta:

A lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvida para decidir sobre seus atos sexuais. Sua personalidade ainda estava em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado. (GRECO, 2011, P. 528)

Os defensores da teoria absoluta acreditavam na idade da vítima como fator principal, não importando se a mesma já era experiente sexualmente ou se consentia com o ato sexual. Por outro lado, os defensores da teoria subjetiva não acreditavam no fator idade mas sim na experiência e no fator consentimento.



Existia também uma terceira teoria, chamada mista, defendida por Guilherme Nucci, segundo esta teoria, a presunção absoluta deveria ser aplicada para a maioria dos casos, sendo a relativa em situações excepcionais, como por exemplo os adolescentes de 12 a 14 anos de idade.



O Direito Penal moderno é Direito Penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se à conduta delituosa. Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe ou não existe. O Direito Penal da culpa é inconciliável com presunções de fato. Que se recrudesça a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem. Corolário do imperativo da Justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido.

Por fim, a última teoria era a constitucionalista, sobre ela Cernicchiaro le-

O Direito Penal moderno é Direito Penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se à conduta delituosa. Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe ou não existe. O Direito Penal da culpa é inconciliável com presunções de fato. Que se recrudesça a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem. Corolário do imperativo da Justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido.

10 A POSSÍVEL RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE BASEADA EM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A vulnerabilidade absoluta pode ser contrária a muitos princípios constitucionais e regramentos do direito. Como dissertamos, não é de hoje que a doutrina debate acerca da possível relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos.

Princípio (do latim principiu) é a razão, fundamento ou existência de alguma coisa. A nossa constituição é repleta de princípios, que servem como baliza para as demais leis ordinárias e o resto do ordenamento jurídico.

Para Mello (2000, p. 747-748)

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata com-



preensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...]. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...].

Nelson Rosenvald (2005, p. 45-46) afirma que os princípios não são leis, mas sim a extensão do próprio direito.

Os princípios não são apenas a lei, mas o próprio direito em toda a sua extensão e abrangência. Da positividade dos textos constitucionais alcançam a esfera decisória dos arestos, constituindo uma jurisprudência de valores que determina o constitucionalismo contemporâneo, a ponto de fundamentar uma nova hermenêutica dos tribunais.

Assim, é possível concluir que os princípios devem ser sempre observados, seja na criação ou na aplicação das leis. São regras que podem ser positivadas ou não.

Tratando agora da vulnerabilidade absoluta, esta para muitos fere diversos princípios importantes previstos na nossa constituição federal. Um deles é o princípio do contraditório e da ampla defesa prevista (artigo 5º, LV da CF) a partir do momento que a lei não admite prova ao contrário.

Guimarães (2011, p.50) sobre o tema leciona:

Destaca-se o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, previstos no art. 5º, LV da CF de 1988; onde o juiz por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, dando a cada uma a possibilidade de expor suas razões, de apresentarem suas provas, de influírem sobre o convencimento do juiz. Considerar como absoluto o Estupro de Vulnerável, é afirmar que não cabe prova em contrário; é gerar uma espécie de culpabilidade antecipada do acusado; é cercear deste, qualquer forma de demonstrar sua inocência, quando atingido o critério objetivo da idade da vítima

Outro princípio muito importante é a presunção de inocência (artigo 5º LVII CF) que garante ao acusado de determinada infração penal a garantia de ser considerado inocente (não ter praticado o ato) até que tenha sentença penal condenatória transitada em julgado. A lei penal ao imputar a responsabilidade



objetiva pode ferir diretamente esta presunção pois basta apenas a prática do ato sexual.

Por fim temos o princípio base que é o do devido processo legal, este á junção de todos os princípios que devem obrigatoriamente regular todo o trâmite processual. A partir do momento que a lei penal não admite prova ao contrário temos uma ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa e consequentemente ao devido processo legal, tornando assim a relação processual nula ou anulável.

Com base nessas irregularidades, seria possível a relativização no crime de estupro de vulnerável praticado contra o menor de 14 anos? Estas irregularidades apontadas não são suficientes? O legislador não se equivocou ao adotar a responsabilidade penal objetiva? Essas dúvidas surgiram na cabeça de muitos, julgamentos contrários ao espírito imposto pelo legislador. A seguir veremos o posicionamento de nossos tribunais, abordando diversas jurisprudências.

11 O ENTENDIMENTO DOS NOSSOS TRIBUNAIS

Após a alteração legislativa promovida pela lei 12.015 de 2009, surgiu nos tribunais a enorme dúvida se a presunção de vulnerabilidade do menor era absoluta ou relativa, muitos tribunais relativizaram a vulnerabilidade, adotando a corrente subjetiva. Neste sentido temos um acórdão do TJ/RS (apelação Criminal n.º 70044569705) que confirmou a decisão monocrática, no qual o réu foi absolvido do tipo penal por estar namorando a vítima, sendo a prática sexual consentida.

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE VÍTIMA E RÉU. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA, POR FUNDAMENTO DIVERSO.



Os elementos de convicção constantes dos autos demonstram que a vítima (com 12 anos de idade) e o denunciado (com 22 anos de idade) mantiveram relacionamento amoroso e sexual por determinado período. Tal conduta, em tese, subsume-se ao disposto no art. 217-A do Código Penal.

No entanto, a vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário – o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva –, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes.

Na hipótese dos autos, a prova angariada revela que as relações ocorreram de forma voluntária e consentida, fruto de aliança afetiva. Aponta também que a ofendida apresentava certa experiência em assuntos sexuais. A análise conjunta de tais peculiaridades permite a relativização de sua vulnerabilidade.

Como consequência, a conduta descrita na inicial acusatória não se amolda a qualquer previsão típica, impondo-se a absolvição do réu com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal (fundamento diverso ao constante da sentença).

APELAÇÃO DESPROVIDA.

É possível perceber que no acórdão, os desembargadores acreditaram não ser possível interpretar a vulnerabilidade da vítima em razão da idade pois acarretaria em uma responsabilidade objetiva, houve a análise do caso em concreto, reconhecendo o namoro entre acusado e a vítima e a não condenação com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código Penal, sendo a situação considerada atípica.

Esta decisão não foi a única neste tribunal, na apelação 70048103477, a 6ª câmara criminal relativizou a vulnerabilidade da vítima sob a alegação que a mesma demonstrava desenvoltura sexual, sendo capaz de assediar o acusado, concluindo que a liberdade sexual da vítima não foi ofendida.

APELAÇÃO CRIMINAL DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA HIPÓTESE ACUSATÓRIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. RELATIVIZAÇÃO.

Caso em que a prova deixa claro não ter havido violência ou grave ameaça para a prática da conjunção carnal, em duas oportunidades. A vítima, embora com 12 anos de idade, demonstrou desenvoltura sexual, pois assediou o réu em seu quarto, buscando intensificar relacionamento com o mesmo. Índícios veementes de que não era virgem na época dos fatos e que tinha plena consciência de que poderia se valer de seus predicados para seduzir o réu, pois



entendia que “*ficar*” era equivalente a “*transar*”. Logo, o bem jurídico tutelado, que era a liberdade sexual da vítima, não foi ofendido.
APELO MINISTERIAL DESPROVIDO.

Decisões com o mesmo teor também foram encontradas em outros tribunais, a 4ª Câmara criminal do TJ/SP na apelação 00035054820118260637 entendeu ser relativa a presunção de vulnerabilidade da vítima, indicando que a menor possuía uma relação de namoro com o acusado que foi interrompida quando seus genitores descobriram. Apesar da reprovabilidade da conduta do réu, a câmara o absolveu pelo simples fato da vítima ter consentido com todas as práticas sexuais realizadas. Segue um trecho do acórdão:

Ora, consoante perfeitamente descrito na irretocável sentença de primeiro grau, “na verdade, a situação dos autos é esta: homem solteiro, de baixo nível intelectual e social (ensino fundamental incompleto, servente de pedreiro), solteiro, à época dos fatos com vinte e um anos de idade, sem antecedentes criminais, conhece garota de doze anos de idade na escola, local em que aquele trabalhava como servente de pedreiro. Após o primeiro contato, começaram a conversar e assim o fizeram por aproximadamente um mês. Os encontros ocorriam sem que houvesse o consenso dos genitores da menor. Após breve e inconsequente namoro, houve a consumação do ato sexual, por mais de uma oportunidade. Os fatos foram descobertos pelos genitores e o relacionamento encerrado” (fls. 166/167). Diante do quadro apresentado, fica claro que, apesar da reprovabilidade da conduta do réu, não era mesmo possível condená-lo nos termos da denúncia, pois ficou amplamente demonstrado que a vítima consentira com todas as práticas sexuais que teve com ele e que se resumiram a apenas duas, porque, de forma inesperada, sua mãe descobrira suas escapadelas para se encontrar com o namorado. **ANTE AO EXPOSTO, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.**

A 6ª Câmara criminal do TJ/MG é outro tribunal com decisões neste sentido, no acórdão proferido é reconhecido a atipicidade da conduta tendo em vista a não vulnerabilidade da vítima e o seu consentimento.

“Não havendo provas suficientes de que a vítima não tinha capacidade de compreender o ato sexual praticado, ou seja, que era vulnerável à conduta, há que ser demonstrado o emprego de violência ou ameaça para a configuração do delito. Havendo provas nos autos de que a ofendida tenha consentido a prática da relação sexual e não sendo ela vulnerável, não há se falar em manutenção do decreto condenatório. Havendo dúvida, mínima que seja, acerca da prática da conduta típica, deve-se decidir em favor do agente em respeito ao princípio in dubio pro reo.” **RECURSO PROVIDO.**



Ambas as decisões tem como base o HC 73.662 julgado no STF antes da alteração legislativa de 2009, onde na oportunidade o STF reconheceu ser relativa a presunção de violência no crime estupro de vulnerável praticado contra o menor de 14 anos, na oportunidade o Ministro Marco Aurélio afirmou que o código penal não socorria os anseios da sociedade, sendo ultrapassado e anacrônico, sendo em algumas passagens até descabido. Cumpre informar que esta é uma decisão isolada neste tribunal, muitos Habeas Corpus julgados pelo STF adotaram a linha a vulnerabilidade absoluta, como exemplo cito o HC 37.719:

PENAL. HABEAS CORPUS . ART. 214, C/C ART. 224, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO. NATUREZA. I - No atentado violento ao pudor com violência presumida, a norma impõe um dever geral de abstenção de ato libidinoso diverso da conjunção carnal com jovens que não sejam maiores de 14 anos.
II - O consentimento da vítima, no caso, não tem relevância jurídico-penal.

É possível perceber que a relativização da vulnerabilidade do menor em alguns tribunais é sustentada por três motivos: O consentimento da vítima para a prática do ato sexual; a sua experiência sexual e o namoro entre as partes. Os magistrados entenderam que estes fatores afastam a vulnerabilidade trazida pelo legislador em nosso código penal.

Esta corrente como supracitado não é a majoritária, diversos tribunais entendem não ser possível a relativização da vulnerabilidade do menor. Segue decisão da 1º Câmara Criminal do TJ/DF, apelação nº 20131010065249, que no corpo do acórdão adota a corrente absoluta, acreditando não ser possível a relativização da vulnerabilidade em razão da idade.

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONSENTIMENTO. VULNERABILIDADE PRESUMIDA. VIAS DE FATO. DESNECESSIDADE DE EXAME DE CORPO DE DELITO. OUTROS MEIOS DE PROVA. DOSIMETRIA.

Não se pode falar em consentimento para afastar a condenação, pois o artigo 217-A do Código Penal presume a vulnerabilidade do menor de 14 (quator-



ze) anos, motivo pelo qual o consentimento é irrelevante para a caracterização do delito. O laudo de exame de corpo de delito não é o único meio passível de comprovação da ocorrência da contravenção de vias de fato, principalmente porque, na maioria dos casos, não existem vestígios, o que enseja a possibilidade de comprovação por outros meios de prova. Considerando que o juízo a quo, na fase da dosimetria da pena, analisou corretamente as três fases, atribuindo circunstâncias desfavoráveis ao réu em razão dos fatos ocorridos, não existem motivos suficientes para modificar a r. sentença. **APELAÇÃO DESPROVIDA.**

A não uniformização da jurisprudência chamou a atenção do STJ, e sob o rito dos recursos repetitivos (decisão 918) decidiu que para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, basta apenas que o agente tenha conjunção carnal ou pratica qualquer outro ato libidinoso com a vítima menor de 14 anos. Seu consentimento, sua experiência sexual anterior ou a existência de relação de namoro entre acusado e vítima não afastam o tipo penal.

No voto o ministro relator Rogério Schietti Cruz afirma que não é papel do juiz analisar a se a vítima estava pronta sexualmente para o ato sexual pois o legislador estabeleceu objetivamente a idade de 14 anos como limite para o livre discernimento para o início de sua vida sexual. A modernidade, o acesso a informação e a alteração dos costumes não servem como parâmetro. Como base cita informações de um documento extraído pela UNICEF chamado (*minimum age of sexual consent*) que afirma em seu teor que é necessário estabelecer uma idade mínima para a incursão do jovem e da criança na vida sexual para evitar abusos que acarretariam em graves consequências no desenvolvimento destes. Segue trecho do documento:

As normas internacionais não indicam qual a idade mínima para consentimento sexual. O Comitê de CR considerou a idade de 13 anos como “muito baixo. A idade deve, porém evitar o excesso de criminalização dos comportamentos dos adolescentes e impedir o acesso aos serviços. Assim, deve respeitar a capacidade de desenvolvimento da criança e não ser estabelecida em patamar muito elevado. Também deve ser considerado como critério a diferença de idade entre os parceiros envolvidos, como uma indicação de equilíbrio de poder entre eles, para tratar os casos em que dois adolescentes estão envolvidos. Em toda a região, a esmagadora de países estabeleceu a idade mínima para consentimento sexual entre 14 e 16 anos. No entanto, alguns países fixam uma idade inferior a 14 anos ou acima de 16 anos. Em vários



países, a legislação discriminatória persiste, com base em gênero e orientação sexual. http://www.unicef.org/rightsite/433_457.html, acesso em 21/08/2015)

Afirma ainda que a esmagadora maioria dos países da América latina adotou 14 anos como a idade do consentimento, sendo assim impossível relativizar essa idade por considerar o não desenvolvimento completo dos jovens e das crianças. A sua posição foi seguida amplamente pelos demais ministros da terceira seção do Superior Tribunal de Justiça.

Como base doutrinária cita Rodrigo José Leal, da obra Estupro comum e Estupro de vulnerável p.65-66

Para a realização objetiva desta nova infração penal, basta que o a gente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. Formalmente, pode se dizer que a incriminação da conduta não repousa mais na polêmica da questão da violência presumida. Parece que nos que o que está a sustentar ética e politicamente esta norma repressiva é a ideia de proteção integral do ser humano ainda criança, cuja integridade sexual precisa ser plenamente garantida contra qualquer ato de natureza sexual. Não há dúvida de que, ao abandonar a polêmica da regra legal da presunção de violência, a atual fórmula incriminatória simplificou a questão. Mesmo assim, parece nos que o fundamento desta incriminação de maior severidade e rigidez continua o mesmo: a premissa axiológica de que todo e qualquer ato sexual contra uma pessoa menor de idade no caso criança, ainda atenta contra os bons costumes, ou como diz a nova rubrica do Título VI do CP. ‘contra dignidade sexual. Em consequência, a lei considera tal conduta sexual libidinosa como um ato de evidente violência, que precisa ser reprimido de maneira mais severa. O rigor penal se manifesta pela quantidade de pena cominada e também pela hermenêutica jurisprudencial, que admite o beijo na boca ou na genitália como ato capaz de configurar o crime de estupro (antes, atentado violento ao pudor)

A decisão é recente, do dia 28/08/2015, com seu trânsito em julgado em 17/12/15. Cumpre esclarecer que a análise de um recurso repetitivo não vincula qualquer magistrado a julgar da mesma maneira, porém estabelece uma tese definitiva sobre o tema afetando consequentemente toda a jurisprudência. O STJ adotou a corrente objetiva, não admitindo a relativização da vulnerabilidade do menor em nenhuma hipótese por acreditar que o legislador estabeleceu o critério



etário como medida protetiva, proteção esta psicológica e física, sendo irrelevante qualquer outra teoria seja sobre namoro entre as partes ou experiência sexual. Grande parte da jurisprudência adota o mesmo seguimento do STJ, a ponto de não permitir a relativização partindo de um critério objetivo. Decisões contrárias.

CONCLUSÃO

O direito caminha lado a lado com as evoluções históricas da sociedade, a lei penal no que tange ao crime de estupro foi alterada diversas vezes com o passar dos anos de acordo com o avanço social e a conseqüente necessidade. A mais recente alteração trouxe um novo texto ao título IV do Código Penal, passando de “Crimes contra os costumes” para “Crimes contra a dignidade sexual”. Mudança necessária, afinal a palavra “costumes” se mostra ultrapassada para os dias de hoje, afinal, uma prática sexual contrária à vontade não viola apenas os bons costumes mas sim a dignidade sexual de cada um, dignidade sexual esta ligada diretamente a dignidade da pessoa humana, princípio este previsto no artigo 1º inciso III da Constituição Federal.

O trabalho tem por objetivo além de abordar brevemente o aspecto histórico do crime de estupro, trazer o posicionamento adotado pelos nossos tribunais acerca da possível relativização da vulnerabilidade do menor no crime estupro de estupro de vulnerável e conseqüentemente o nosso posicionamento. O legislador define como vulnerável não só o menor de 14 anos mas também os que por enfermidade, deficiência mental ou condição não possam praticar qualquer ato sexual. Estes tipos não geram qualquer tipo de discussão pois a vulnerabilidade decorre da enfermidade, da deficiência mental ou da condição (aquele que não pode oferecer resistência).



O menor de 14 anos é o ponto chave, o legislador adotou um critério etário para estabelecer a vulnerabilidade, critério este maior que a definição de criança estabelecida pelo ECA, ou seja, 12 anos de idade. Para muitos doutrinadores a lei penal estabeleceu uma espécie de responsabilidade objetiva, para outros a lei penal apenas estabeleceu um critério rigoroso de proteção, o que é verdade, já legislador acredita que o menor de 14 é fisicamente e psicologicamente incapaz para qualquer prática sexual, tendo em vista também as sequelas futuras que estes atos podem trazer a vida deste menor.

Na jurisprudência é possível encontrar diferentes julgados, muitos seguindo a linha do legislador, acreditando no critério objetivo da lei, bastando apenas a prática de qualquer ato sexual para a configuração do crime de estupro de vulnerável, outros, minoria, adotando um critério subjetivo, relativizando a vulnerabilidade do menor de 14 anos, muitas vezes em razão deste possuir experiência sexual e relacionamento amoroso com o acusado. A controvérsia chegou ao STJ que em sede de recurso repetitivo reconheceu a vulnerabilidade do menor de 14 anos como objetiva, sendo a idade critério direto. A mesma linha de pensamento segue o STF em muitos julgamentos de Habeas Corpus que trata do tema (HC 97.052; HC 92.263; 109.206; 51.500) e até Recursos Especiais (RES 106.075; 108.267) sendo possível afirmar que trata-se de uma matéria consolidada em nossos tribunais superiores.

Os Tribunais de segundo grau adotam o mesmo segmento, hoje decisões isoladas relativizam a vulnerabilidade do menor de 14 anos idade. Decisões abordadas neste trabalho e que demonstram em seu conteúdo ideias das correntes mista e relativa.

Acreditamos na corrente mista, esta minoria, e como demonstrada não recepcionada pelo STF e STJ. Entendemos a preocupação do legislador com o de-



envolvimento físico e psicológico do menor de 14 anos de idade, mas adotar um critério somente etário não parece justo.

Em partes, o ECA define criança como aquela que possui menos de 12 anos. Para estes não pode ter discussão, é criança, a lei penal e o ECA atuam em sincronia e não é possível relativização.

Agora tratando dos que possuem entre 12 e 14 a lei penal não atua em sincronia com o ECA, estes são vulneráveis para um e para o outro são adolescentes que podem ser punidos por atos infracionais.

O crime de estupro de vulnerável é considerado hediondo, medida que acreditamos ser correta mas que merece uma maior atenção. Aplicar um critério que se aproxima da responsabilidade penal objetiva em um crime com pena máxima de 30 anos pode parecer uma medida não equilibrada.

Desta forma, a relativização da vulnerabilidade do menor que possui entre 12 e 14 anos parece ser uma medida possível. O critério etário aqui pode ser relativizado, considera-lo absoluto parece incoerente tendo em vista os avanços sociais, o fácil acesso a informação e o desenvolvimento precoce de muitos jovens.

É necessário ter em vista o caso em concreto, obviamente a vulnerabilidade aqui pode variar de pessoa para pessoa tendo as condições físicas, psicológicas de fato consideradas, fatores que em caso de relativização tornariam a conduta atípica e sem ofensa a dignidade sexual protegida e consagrada em nosso Código Penal.



REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, parte especial. São Paulo: Saraiva, 2006.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça. Recurso de apelação 20131010065 Rel. Des. Rogério Schietti.1ª Câmara Criminal. Disponível em: <www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 05 Agosto 2016.

GRAÇA, Camila Barroso. Estupro de Vulnerável a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos. Disponível em:< <http://jurisway.org.com.br/dh=4>>

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio. 9.ed. São Paulo: Impetus. 2016.

GUIMARÃES, Roberta. Direito Penal. São Paulo: Ferreira.2012.

MARIZ, Renata. Consentimento não interfere em caso de estupro de vulnerável, decreta STJ. Disponível em:<<http://oglobo.globo.com/sociedade/consentimento-nao-interfere-em-caso-de-estupro-de-vulneravel-decreta-stj-17312846>>. Acesso em: 11 Julho 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 30.ed. São Paulo: Atlas. 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 17. ed. São Paulo: Atlas. 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2009.



PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração na América do Sul. São Paulo: Atlas. 2010.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2001.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Recurso de apelação 70044569705. Rel. Des. Desa Naele Ochoa Piazzeta. 7ª Câmara Criminal. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 18 Agosto 2016.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Recurso de apelação 00035054820118260637. Rel. Des. Willian Campos. 4ª Câmara Criminal. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 18 Agosto 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus. 37.719. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 05 Junho 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 46.424.j. 12.04.11, 6ª Turma. Rel. Min. Luiz Vicente Cemicchiaro. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 05 Junho 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus 131.987. Rel. Min. Felix Fischer. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 Junho 2016