

A RELATIVIDADE DE PRESUNÇÃO DE VULNERÁVEIS NO CRIME DE ESTUPRO

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais quanto a aplicação da vulnerabilidade no delito de estupro previsto no artigo 217A. É que, a legislação objetiva a punição daquele que mantém relacionamento sexual com menores de 14 anos que, em razão da idade, são considerados vulneráveis. In casu, impera a presunção de violência. Acontece que a evolução corporal e intelectual torna diferentes determinadas pessoas com idades entre os 13 e 14 anos. Em razão do amplo acesso ao mundo através das redes sociais, estes já estão afetos à sexualidade. Esta diferença evolutiva do menor pode relativizar a presunção de violência no crime em testilha. O posicionamento doutrinário e jurisprudencial brasileiro aplicados nos casos de estupro de vulnerável pendula, o que ocasiona insegurança jurídica e torna necessário o estudo do tipo penal previsto no artigo 217 A. É necessário a uniformização jurisprudencial acerca do assunto, pois o crime de estupro de vulnerável está inserido no rol de crimes hediondos e prevê uma punição bem mais severa já que a pena mínima a ser aplicada é de oito anos de reclusão. A presunção absoluta da vulnerabilidade impede a análise do caso concreto, pois experiências sexuais anteriores e o consentimento da vítima seriam desconsiderados, acarretando um desatendimento dos Princípios Processuais Penais da Inocência, Ampla defesa e Contraditório.

PALAVRAS-CHAVE: Estupro de Vulnerável; Estupro; Relativização da Presunção de Vulnerabilidade;

ABSTRACT

The present study aims to analyze the doctrinal and jurisprudential positions regarding the application of vulnerability in the crime of rape, provided for in article 217A. That is, the legislation aims at punishing those who have sexual relations with children under 14 years of age who, by reason of age, are considered vulnerable. In casu, the presumption of violence prevails. It turns out that bodily and intellectual evolution makes certain people between the ages of 13 and 14 different. Because of the wide access to the world through social networks, these are already affected by sexuality. This evolutionary difference of the minor can relativize the presumption of violence in the crime in fact. The Brazilian doctrinal and jurisprudential positioning applied in the cases of rape of vulnerable hangs, which causes legal insecurity and makes necessary the study of the criminal type provided in article 217 A. It is necessary the jurisprudential uniformization on the subject, since the crime of rape of vulnerable is included in the list of heinous crimes and provides for a much more severe punishment since the minimum penalty to be applied is eight years of imprisonment. The absolute presumption of vulnerability prevents the analysis of the

concrete case, since previous sexual experiences and the consent of the victim would be disregarded, leading to a disregard for the Criminal Procedural Principles of Innocence, Ample defense and Contradictory.

KEY WORDS: Vulnerable Rape; Rape; Relativization of the Presumption of Vulnerability;

INTRODUÇÃO

O limite de idade adotado pelo legislador para o estupro de vulnerável têm provocado divergências entre os doutrinadores e também entre julgados dos tribunais. Existem duas espécies de vulnerabilidade, a absoluta e a relativa, a primeira abarca as crianças menores de 12 anos de idade, que neste caso não há como relativizar vez que é inerente a imaturidade das crianças nesta faixa etária. A segunda é relativa à adolescentes de 12 a 14 anos de idade, que através da análise do caso concreto a situação de vulnerável poderia ser relativizada. A interpretação literal do art. 217-A torna proibida a relação sexual praticada com menor de 14 anos, independente de consentimento ou de experiência sexual anterior à conduta criminosa. Por outro lado, parte da doutrina entende que deve-se analisar o caso concreto, caso não tenha havido violência no ato sexual praticado com adolescente entre 12 e 14 anos, tendo este consentido para tal ato, a decisão mais acertada neste caso é relativizar a vulnerabilidade, posto que não houve lesão ao bem jurídico tutelado. A lei não deveria afastar a incidência dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade nestes casos, principalmente em se tratando de um crime hediondo, punido com pena mínima de 8 anos, obrigando o cumprimento inicial em regime fechado, dificultando a progressão de regime e o livramento condicional nesses casos. Comparando com a pena mínima para homicídio simples, que é de 6 anos e não sendo neste caso considerado como crime hediondo, possibilitando então o início do cumprimento em regime diverso do fechado, nota-se uma enorme desproporcionalidade entre a valoração dos bens jurídicos tutelados, resta concluir então que o bem jurídico “ dignidade sexual ” se sobrepõe ao bem jurídico “ vida ”.

Não objetiva esse trabalho o abrandamento na punição dos crimes de estupro de vulnerável no caso dos adolescentes, mas sim possibilitar uma análise mais criteriosa, levando em consideração o caso concreto. O escopo deste estudo se encontra na análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da presunção vulnerabilidade no delito de estupro de vulnerável, se relativa ou absoluta. Inicialmente faz-se necessário o estudo da evolução histórica do delito de estupro no Ordenamento Jurídico Brasileiro e das alterações inseridas no Código Penal através da Lei 12.015/09. O ponto central dessas alterações se encontra na supressão do artigo 224 do Código Penal que tratava da presunção da violência no estupro de menores de 14 anos, vítimas com debilidade mental e tendo o agente conhecimento desta condição, ou ainda vítimas que, por qualquer outra causa, não puderem oferecer resistência. O artigo em questão foi revogado e substituído pelo atual artigo 217-A que trata do estupro de vulnerável, que já não mais prevê uma presunção de violência expressamente, porém como é do entendimento de alguns doutrinadores, o legislador deixou implícita uma presunção, que neste caso tratar-se-á da presunção de vulnerabilidade, ora considerada absoluta e ora considerada relativa pelos Tribunais Brasileiros. A maturidade sexual do ponto físico e biológico está acontecendo cada vez mais cedo portanto, diante das influências culturais do nosso país, alguns adolescentes não poderiam ser considerados vulneráveis presumidos, não justificando a aplicação da pena de reclusão de 8 a 15 anos para o tipo penal descrito no artigo 217-A do Código Penal.

O tema é de suma importância porque acarreta insegurança jurídica acerca da matéria, sendo necessária uma uniformização jurisprudencial acerca do assunto, pois o crime de estupro de vulnerável está inserido no rol de crimes hediondos e prevê uma punição bem mais severa. A presunção absoluta da vulnerabilidade impede a análise do caso concreto, pois experiências sexuais anteriores e o

consentimento da vítima seriam desconsiderados, acarretando um desatendimento dos Princípios Processuais Penais da Inocência, Ampla defesa e Contraditório.

Trata-se de uma análise teórica científica e doutrinária através da revisão da literatura penal acerca da matéria. Também se faz necessária uma pesquisa sobre as recentes decisões dos Tribunais acerca da natureza da presunção vulnerabilidade no delito de estupro de vulnerável.

O método de desenvolvimento abordado na pesquisa será o indutivo, tendo como base doutrinas de Direito Penal, Jurisprudências dos Tribunais bem como artigos científicos publicados em revista de Direito Penal.

1- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DELITO DE ESTUPRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Vigorava no Brasil, antes do Código Criminal do Império de 1830, as Ordenações Filipinas. Neste diploma legal não havia previsão expressa do termo “estupro”, porém a conduta delituosa de conjunção carnal à força já existia e era apenada com pena capital, que não era suprimida e nem abrandada, mesmo que o autor se casasse com a vítima. O tratamento severo dado ao crime de estupro não é de se estranhar naquela época, pois era muito comum a aplicação da pena capital para vários delitos.

Assim estava descrito no Livro V, Título XVIII das Ordenações Filipinas:

Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade. Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello.

(...)

1. E postoque o forçador depois do malefício feito case com a mulher forçada, e aindaque o casamento seja feito per vontade della, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado.

A Constituição de 1824 foi o diploma em que começou a surgir a necessidade de mudança no direito penal daquela época. Seu artigo 179, inciso XVIII era imperativo na necessidade de organização de um código criminal fundado nas bases da justiça e equidade, segue sua transcrição: Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

O primeiro ordenamento brasileiro que utilizou a expressão “ estupro “ foi o Código Criminal de 1830 no Título II, Capítulo II, Secção I. Muito embora o estupro propriamente dito seja representado apenas pela conduta de ter conjunção carnal mediante violência ou ameaça, outras condutas dotadas de conotação sexual foram descritas por este diploma. São elas:

- o defloramento de mulher virgem e menor de 16 anos;
- o defloramento de mulher virgem e menor de 16 anos por quem a tem sob seu poder ou guarda;
- o defloramento de mulher virgem e menor de 16 anos por pessoa a ela relacionada por grau de parentesco que não admita dispensa para casamento;
- a cópula carnal por meio de violência ou ameaça a mulher honesta;

- a ofensa pessoal a mulher para fim libidinoso, causando-lhe dor ou mal corpóreo, sem que se verifique cópula carnal;
- sedução de mulher honesta e menor de 17 anos, praticando com ela conjunção carnal.

Além da atenuação da pena para o delito em questão, ao contrário das Ordenações Filipinas, o Código Criminal do Império de 1830 previu a extinção da pena se o autor se casasse com a vítima, consoante o disposto no artigo 225.

O próximo diploma legal que contava com uso do termo “estupro” foi o Código Penal de 1890, restringindo-o apenas à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. Conforme o artigo 269 deste código o estupro descreve o ato em que o homem abusa de uma mulher mediante violência, seja ela virgem ou não. Assim o legislador restringiu o estupro ao ato violentar uma mulher afim de obter a conjunção carnal.

Em seguida a Consolidação das Leis Penais de 1932 não alterou substancialmente a figura penal do estupro, mantendo intacta a descrição da conduta típica deste delito.

Finalmente o Código Penal de 1940 entrou em vigor. Em sua redação original o “estupro” era descrito no artigo 213 como o ato de constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, com a cominação da pena de reclusão de 3 a 8 anos.

A Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) promoveu a primeira alteração no tipo penal, incluindo um parágrafo único no artigo 213 em que constava a seguinte redação: “ Se a ofendida é menor de catorze anos: Pena - reclusão, de quatro a dez anos “. Este parágrafo foi revogado expressamente pela Lei 9281/96, que também modificou o artigo 213, ficando com a seguinte redação: “ Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de seis a dez anos “. Assim, em relação à redação original, houve um aumento da pena e a supressão do tipo em que previa o aumento da pena caso o ato fosse cometido contra menor de 14 anos.

A Lei 8072/90 (Lei de Crimes Hediondos) alterou o preceito secundário do artigo 213, majorando a pena para o estupro, de reclusão de 3 a 8 anos passou para reclusão de 6 a 10 anos, uma vez que cometido mediante violência ou grave ameaça.

O artigo 214 do referido código tratava do ato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal, fixando para essa conduta pena de 2 a 7 anos de reclusão e denominando-a de atentado violento ao pudor.

Deste modo passou a existir distinção entre o atentado violento ao pudor e o estupro, ambos englobados no títulos dos “Crimes Contra os Costumes”, especificado no capítulo dos “Crimes Contra a Liberdade Sexual”. Neste ponto resta criticar o fato de o legislador restringir o sujeito passivo do crime de estupro à figura da mulher, considerando-o como crime próprio e o atentado violento ao pudor sendo um crime comum, admitindo portanto qualquer pessoa como sujeito passivo. A Lei 12015/09 suprimiu os artigos 223 e 224, o primeiro passou a ser parte integrante do artigo 213 e o segundo passou a ser crime autônomo abarcado pelo artigo 217-A. No revogado artigo 224 não se criou crime, mas considerava-se, presumidamente, como violência para caracterizar o estupro, essa violência presumida equipara-se à violência física nos termos do artigo 224.

Os elementos do artigo 214 foram incluídos no artigo 213, agora englobando o atentado violento ao pudor como estupro e permitindo novos sujeitos ativo e

passivo. A supressão do artigo 214 (atentado violento ao pudor) e sua absorção pelo artigo 213 (estupro) é o exemplo trazido pela Doutrina acerca do Princípio da Continuidade Delitiva (ou da continuidade típico-normativa), assim não há que se falar em *abolitio criminis*, pois a conduta continua sendo tipificada pelo Código Penal, porém em dispositivo legal diverso, portanto ocorreu apenas uma alteração geográfica do tipo penal em questão. Cleber Rogério Masson (MASSON, p. 185, 2015) destaca o seguinte posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto :

Cabe registrar que, diante do princípio da continuidade normativa, não há falar em *abolitio criminis* quanto ao crime de atentado violento ao pudor cometido antes da alteração legislativa conferida pela Lei 12.015/2009. A referida norma não descriminalizou a conduta prevista na antiga redação do art. 214 do CP (que tipificava a conduta de atentado violento ao pudor), mas apenas a deslocou para o art. 213 do CP, formando um tipo penal misto, com condutas alternativas (estupro e atentado violento ao pudor).

Também houve a previsão de duas qualificadoras, quais sejam a lesão corporal grave e a morte, temos o artigo 223 *in verbis*:

Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de quatro a doze anos.
Parágrafo único. Se do fato resulta a morte: Pena - reclusão, de oito a vinte anos.

Finalmente, convém citar o 224 do Código Penal, ponto importante para o estudo em questão, visto que a partir daí iniciaram-se as divergências relacionadas à presunção de violência do estupro, que mais tarde inspirou as discussões dos doutrinadores acerca da presunção de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal vigente, foco da atual pesquisa. Temas que serão abordados mais profundamente a seguir.

2- APONTAMENTOS SOBRE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA DO ART. 224 NO CÓDIGO PENAL DE 1940

O artigo em questão considera presumida a violência se a vítima de estupro contasse com idade inferior à 14 anos, critério de grande discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da qualidade dessa presunção:

Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:
a) não é maior de quatorze anos;
b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Por um lado autores como Cezar Roberto Bittencourt e Guilherme de Souza Nucci e julgados de tribunais de justiça defendiam que tal presunção era de natureza relativa (*iuris tantum*), uma vez que no caso concreto contivesse fatos que afastasse

essa presunção. Outra corrente, mais tradicionalista, defendia que tal presunção era absoluta (*iuris et de iuri*), apresentando como fundamento a idade como dado objetivo incontestável.

A partir da década de 80 os Tribunais Brasileiros, especialmente os superiores, começaram a entender que em determinados casos, a presunção de violência deveria ser considerada relativa, argumentando que a sociedade brasileira do final do século XX e início do XXI havia modificado de tal forma que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção, comparado com aqueles que viveram quando da publicação do Código Penal de 1940 (GREGO, p. 83, 2016).

A presunção absoluta da violência é aquela que não admite prova em contrário, influenciando negativamente no livre convencimento do juiz, acarretando a impossibilidade de valoração da prova e da descoberta da verdade real sobre o fato. Por outro lado a presunção relativa é aquela que admite prova em contrário, a adequação em relação ao livre convencimento do juiz e à valoração das provas que controvertem aquele fato, permitindo assim a descoberta da verdade real ou da verdade processualmente válida.

Segundo Luiza Nagib Eluf (ELUF, p. 70-71, 1999), a presunção de violência é um dado subjetivo em relação à idade da vítima, que é fixada devido ao convencimento do que se presume em relação desenvolvimento mental das pessoas nesta faixa etária. Como nem todos os indivíduos se desenvolvem da mesma maneira e como os fatores pessoais e culturais, étnicos e mesológicos determinam variações relevantes, nem sempre o limite legal estará adequado. Comentário pertinente, visto que há variações de estímulos que influenciam o desenvolvimento mental das crianças e adolescentes, fazendo com que alguns amadureçam primeiro que outros. Isto posto o limite legal etário pode não ser o ideal ao analisá-lo em determinada época e determinada sociedade, portanto a análise do caso concreto poderia se fazer mais adequada.

Acentua ainda Luís Regis Prado ao citar Márcio Bártoli (PRADO, p. 352, 2004) que não se pode olvidar, ainda, que a realidade social sofreu mutações em todos os níveis, inclusive no que tange ao sexo que, deixando de ser tabu, passou a ser discutido com frequência em diversos lugares em que a criança e adolescente se encontrem inseridos, de modo que não é mais possível afirmar que uma pessoa com menos de quatorze anos seja insciente sobre as coisas do sexo. Estabelecer-se um critério etário para a autodeterminação sexual de uma pessoa afronta a lógica e o bom senso, já que a partir de uma idade legalmente fixada esta pode livremente decidir sobre sua vida sexual, mas se encontra proibido de fazê-lo às vésperas de tal fator temporal.

Resta comprovado que, em análise ao artigo 224 no que tange à presunção de violência, o entendimento majoritário defendia que era relativa (*iuris tantum*), ou seja deve-se atentar ao caso concreto e não à idade da vítima em si. Assim, perfilavam este conhecimento os seguintes doutrinadores: Damásio de Jesus, Fernando Capez, Celso Delmanto, José Henrique Pierangelli, Luís Regis Prado, Júlio Fabbrini Mirabete, Luiza Nagib Eluf, dentre outros.

O Promotor de Justiça Diaulas Costa Ribeiro, ao analisar o Diário de Justiça da União em 8 de agosto de 1994 e o Serviço de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 15 de maio de 1996 fez os seguintes apontamentos: no primeiro o STJ em 1994, ao julgar o Resp. 46.424-2, relatado pelo Ministro Cernicchiaro, entendeu ser inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade penal subjetiva, impugnando, pela primeira vez, a presunção de violência nos crimes sexuais. Em seguida, em 1996, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o habeas-

corpus n.º 73.662/9, de Minas Gerais, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, decidiu que “nos nossos dias não há crianças, mas moças de 12 anos”. Desta forma, confirmou a decisão anterior do STJ, e também pôs abaixo a presunção de violência, em via de habeas-corpus.

Bem mais tarde o STJ manteve o posicionamento de que presunção de violência poderia ser afastada quando as circunstâncias do caso concreto pudesse demonstrar que a vítima já possuía alguma iniciação na vida sexual, a ponto de se ter por válido seu consentimento. Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça no seguinte acórdão:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 224 DO CP. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INEXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. 1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a presunção de violência do art. 224 do Código Penal se revela de natureza relativa (iuris tantum). 2. A corrente majoritária, doutrinária e jurisprudencial, pende em favor da natureza relativa da presunção da violência acentuada no art. 224 do Código Penal, ao afirmar que a existência de determinados fatores impõe, em situações tais, o afastamento da presunção. 3. No caso, o acórdão recorrido firmou-se em consonância com a jurisprudência da Sexta Turma deste Tribunal, no sentido de considerar relativa a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, a, do Código Penal - revogado pela Lei n. 12.015/2009 -, conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 e maior de 12 anos de idade. 4. Incidência da Súmula 83/STJ. 5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 6. Agravo regimental improvido. (AgRg no Recurso Especial nº 1214407/SC (2010/0169901-0), 6ª Turma do STJ, Rel. Sebastião Reis Júnior. j. 13.09.2011, unânime, DJe 28.09.2011).

Diante de todo o exposto prosseguir-se-á a análise da atual disposição do delito de estupro e das alterações feitas pela lei 12015/09 nos crimes contra a liberdade sexual, em especial sobre a criação e efeitos do artigo 217-A que tratará do estupro de vulnerável.

3- DAS ALTERAÇÕES DA LEI 12015/09 NO DELITO DE ESTUPRO E DA ATUAL ESTRUTURA DO ART. 217-A QUE TRATA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Devido às modificações da sociedade pós-moderna, ao invés de procurar proteger a virgindade sexual das mulheres, agora o Estado estaria diante da exploração sexual. Essa exploração se torna uma situação bem mais preocupante, ainda mais em se tratando da exploração sexual de crianças e adolescentes. Por esse motivo foi criada uma Comissão Parlamentar de Mista de Inquérito em 2003, que tinha o objetivo de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Os resultados dessa investigação incentivaram a elaboração da Lei 12015/09.

A referida lei promoveu várias mudanças no delito de estupro, mudou-se o título de “Dos Crimes Contra os Costumes” para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, antes se protegia o regramento sexual a partir da família. Agora, se protege

a dignidade sexual, ou seja, a livre disposição individual para o sexo, assim cada indivíduo, com maturidade, deve decidir sobre suas relações sexuais.

Rogério Greco (GRECO, p.455, 2015) defende que com a modificação legislativa, percebeu-se que o foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.

Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, p.14, 2009) se posicionou semelhante no trecho a seguir:

(...) a alteração do Título VI foi positiva, passando a constar “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra. A sua associação ao termo sexual insere-a no contexto dos atos tendentes à satisfação da sensualidade ou da volúpia. Considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra, constitucionalmente assegurados (art. 5.º, X, CF), além do que a atividade sexual é, não somente um prazer material, mas uma necessidade fisiológica para muitos, possui pertinência a tutela penal da dignidade sexual. Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência.

Outra alteração relevante foi o princípio da continuidade delitiva, que promoveu aglutinação de dois crimes: o estupro (art. 213 CP) e o atentado violento ao pudor (art. 214 CP), optando-se pela revogação deste e a manutenção daquele. Os sujeito passivo do tipo penal estupro deixou de ser apenas a mulher e passou a ser comum, resolvendo aquela dissonância entre os sujeitos passivos que fora criticada anteriormente.

A nova lei também tratou de revogar o art. 224 do Código Penal cuja redação presumia violência no ato libidinoso ou na conjunção carnal praticado contra menor de 14 anos, ainda que dele tenha havido consentimento, posto que é inválido diante da presunção de violência.

Além disso foi criada uma figura autônoma de estupro, denominada estupro de vulnerável, prevista no art. 217-A e com a seguinte redação:

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.

O delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, cuidou de identificar a situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima. Ao tipificar essa conduta e atribuir a ela o critério objetivo da idade, a intenção foi acabar com as discussões ocorridas nos Tribunais. Discutiam-se acerca da natureza da presunção de violência, se relativa ou absoluta. No entanto as discussões permanecem até hoje, mas sobre outro aspecto, o da presunção de vulnerabilidade, se absoluta ou relativa. Divergências que serão abordadas nos tópicos a seguir.

O estupro de vulnerável pode ser cometido por qualquer pessoa. O sujeito passivo deverá estar incluso no rol taxativo do artigo 217-A, são eles: menor de 14

anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, ou pessoa com incapacidade de resistência. Trata-se de presunção absoluta, sendo irrelevante o consentimento ou experiências anteriores vivenciadas pelo sujeito passivo. O elemento subjetivo é o dolo e há também um elemento subjetivo específico que é a satisfação da lascívia.

O objeto material é o vulnerável, porém não se pode dizer que o objeto jurídico seja a liberdade sexual do menor, uma vez que ele não possui a maturidade para decidir quanto à experiência sexual, neste caso a liberdade sexual dele não é disponível. O que o legislador busca proteger é uma liberdade futura do menor, fazendo com que ele se desenvolva física e psicologicamente, e posteriormente, em sua vida adulta, possa tomar decisões sem que haja traumas decorrentes de uma relação sexual prematura.

Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, p.36, 2009) classifica o crime de estupro de vulnerável da seguinte forma:

Comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); de forma livre (pode ser cometido tanto por conjunção carnal como por qualquer outro ato libidinoso); material (demanda resultado naturalístico, consistente no efetivo tolhimento à liberdade sexual); comissivo (os verbos do tipo indicam ação); instantâneo (o resultado se dá de maneira definida no tempo); de dano (a consumação demanda lesão ao bem tutelado); unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa); plurissubsistente (é praticado em vários atos). Admite tentativa, embora de difícil comprovação. Não há previsão da forma culposa para esse delito.

Dentre as alterações têm-se a revogação do art. 223 que previa a forma qualificada pelo resultado (lesão corporal grave ou morte). Foram inseridos no art. 217-A, as figuras apropriadas com resultado qualificador, nos §§ 3.º e 4.º. As penas são mais severas que as cominadas ao estupro comum. Se houver lesão corporal grave, reclusão, de dez a vinte anos. Se houver morte da vítima, reclusão, de doze a trinta anos.

4- DOS CONCEITOS ATUAIS DE ESTUPRO, OUTRO ATO LIBIDINOSO, VULNERÁVEL

Denomina-se estupro toda forma de violência sexual para qualquer fim libidinoso, incluindo, por óbvio, a conjunção carnal (NUCCI, p.16, 2009). Com a atual descrição típica, o crime de estupro abrange, também, todo e qualquer ato sexual ou libidinoso praticado contra o sujeito passivo (homem ou mulher).

Em se tratando de “outro ato libidinoso” vale transcrever o seguinte trecho extraído da doutrina de Nucci (NUCCI, p. 17, 2009):

No tocante a *outro* ato libidinoso, a forma consumativa é mais ampla, pois as maneiras de cometimento do crime são diversificadas. Basta o toque físico eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima a se expor sexualmente ao agente para ser atingida a consumação. Porém, somente o caso concreto poderá delimitar, com eficiência, a finalização do *iter criminis*, permitindo ao juiz visualizar a consumação.

Em suma, o beijo na boca, nos seios ou na genitália, o tatear e o apalpar os órgãos genitais, quando praticados mediante violência ou grave ameaça, que já

foram admitidos como atos suficientes para a realização objetiva do crime de atentado ao pudor, agora poderão continuar sendo considerados como estupro, de conformidade com a segunda parte da norma contida no art. 213 caput.

Existem divergências doutrinárias em relação ao beijo lascivo, parte dos autores entendem que o beijo por si só não caracterizaria estupro. Portanto não se pode condenar alguém por esse fato, punível com 6 anos de reclusão, quando um homicida poderia vir a cumprir a mesma pena. Entendimento firmado por Rogério Greco (GRECO, p. 503, 2015). Porém há doutrinadores que defendem o contrário, considerando que o beijo, praticado mediante violência é considerado estupro, nessa linha de pensamento Greco destaca Damásio de Jesus e Luís Regis Prado. Em relação às jurisprudências também encontramos divergências sobre o assunto em questão, o TJRJ estabeleceu que o beijo erótico e lascivo constitui atentado violento ao pudor (RT 534/404). Na mesma linha de pensamento, encontra-se o Tribunal de Justiça de São Paulo que admitiu ter cometido atentado violento ao pudor (agora, seria o caso de estupro) aquele que, “para desafogo de sua confessada concupiscência, constrange a vítima, mediante violência física, a suportar lascivo contato corpóreo, consistente em abraços e beijos” (RT 567/293).

Nucci conceitua vulnerável como “ passível de lesão, despido de proteção ” (NUCCI, p. 35, 2009) . Assim vulnerabilidade é uma circunstância relacional entre a condição do sujeito passivo e a forma de ataque ao bem jurídico. Segundo o disposto no artigo 217-A as pessoas vulneráveis são: menores de 14 anos, aquele que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

5- DIVERGÊNCIAS QUANTO AO REQUISITO OBJETIVO DA IDADE NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O limite de idade adotado pelo legislador para o estupro de vulnerável têm provocado divergências entre os doutrinadores e também entre julgados dos tribunais. Existem duas espécies de vulnerabilidade, a absoluta e a relativa, a primeira abarca as crianças menores de 12 anos de idade, que neste caso não há como relativizar vez que é inerente a imaturidade das crianças nesta faixa etária. A segunda é relativa à adolescentes de 12 a 14 anos de idade, que através da análise do caso concreto a situação de vulnerável poderia ser relativizada. A interpretação literal do art. 217-A torna proibida a relação sexual praticada com menor de 14 anos, independente de consentimento ou de experiência sexual anterior à conduta criminosa. Por outro lado, parte da doutrina entende que deve-se analisar o caso concreto, caso não tenha havido violência no ato sexual praticado com adolescente entre 12 e 14 anos, tendo este consentido para tal ato, a decisão mais acertada neste caso é relativizar a vulnerabilidade, posto que não houve lesão ao bem jurídico tutelado. A lei não deveria afastar a incidência dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade nestes casos, principalmente em se tratando de um crime hediondo, punido com pena mínima de 8 anos, obrigando o cumprimento inicial em regime fechado, dificultando a progressão de regime e o livramento condicional

nesses casos. Comparando com a pena mínima para homicídio simples, que é de 6 anos e não sendo neste caso considerado como crime hediondo, possibilitando então o início do cumprimento em regime diverso do fechado, nota-se uma enorme desproporcionalidade entre a valoração dos bens jurídicos tutelados, resta concluir então que o bem jurídico “ dignidade sexual ” se sobrepõe ao bem jurídico “ vida ”.

Não objetiva esse trabalho o abrandamento na punição dos crimes de estupro de vulnerável no caso dos adolescentes, mas sim possibilitar uma análise mais criteriosa, levando em consideração o caso concreto.

Vale citar a crítica feita por Nucci à posição do legislador ao fixar a idade no crime de estupro de vulnerável:

O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual. (...)

A posição do legislador a respeito da opção de manter a idade mínima em 14 anos de idade, negando a liberdade de adolescentes entre 12 e 14 anos de idade, inseridos no atual panorama brasileiro, onde as ideias de sexo e sexualidade estão completamente difundidas em todos os meios de comunicação, bem como são abordadas nas escolas, para que se evite doenças sexualmente transmissíveis e gravidez precoce. Mas porque deveria iniciar a educação sexual em adolescentes ditos vulneráveis, inaptos a compreender o assunto e decidir sobre iniciar ou não a vida sexual? Não há de se negar que existem adolescentes nessa faixa etária que realmente não se encontram aptos a decidir sobre esse assunto, em razão da timidez. Mas por outro lado há de se reconhecer que existem adolescentes que optam por dar início à vida sexual precocemente. Desta forma não pode o legislador ignorar a realidade social e manter-se rígido no critério da idade, contrariando assim a definição de criança e adolescente contida no art. 2º da Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Segundo o Boletim 234 de Maio de 2012 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais:

“O comportamento sexual não segue um comando absoluto, apresentando-se mutável ao longo do tempo e do espaço; bem como por reconhecer as novas dimensões da sexualidade, característica de uma sociedade plural, que cada vez mais acaba por exigir a separação das concepções morais de um grupo da verdadeira danosidade social da conduta.”

Dito isso, conclui-se há necessidade de relativização da vulnerabilidade para que o Direito Penal, em matéria do estupro de vulnerável, possa se adequar melhor à realidade da atual sociedade brasileira.

CONCLUSÃO

Diante de todas as discussões já abordadas acerca da natureza da vulnerabilidade constante no artigo 217-A do Código Penal, se relativa ou absoluta, pode-se concluir que há uma inconsistência doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto, resultando em insegurança jurídica.

No que tange à relativização da vulnerabilidade, alguns tribunais têm proferido acórdãos que se adequam à atual sociedade brasileira, em que adolescentes entre 12 e 14 anos têm iniciado precocemente a prática sexual. Neste caso não haverá abuso, bem como estará ausente a tipicidade material da conduta, se o ato for consciente, voluntário e desejado pelo menor, hipótese em que o adolescente estaria exercendo sua autonomia, decorrente da liberdade de escolha, garantida nos termos do artigo 5º, VI da Constituição Federal 1988.

Mostra-se necessária uma uniformização de jurisprudência acerca da presunção da vulnerabilidade no estupro de vulnerável. Também se faz necessária uma reformulação do artigo 217-A do Código Penal para que seja possível uma análise mais criteriosa do caso concreto, considerando o comportamento da vítima, as condições sociais e a personalidade do agente. Desta forma seriam observados os princípios basilares do Direito Penal e Processual Penal da Segurança Jurídica, da Ofensividade, da Proporcionalidade, da Ampla Defesa, do Contraditório e da Estado de Inocência.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. Tratado de direito penal 4 : parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012.

COUTO, Cleber. Estupro de vulnerável menor de 14 anos: presunção absoluta ou relativa?. Revista Jus Navigandi, ISSN 15184862, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/41151>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

GRECO, R. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. 12^a. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MARTINS, J. R. O Delito de Estupro no Código Penal Brasileiro: Questões Controvertidas em Face dos Princípios Constitucionais e a Proposta desse delito no Novo Código Penal. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, ISSN 1982-4225 – 94 v.10, n.1, jul. 2015.

MASSON, C. Direito Penal Esquemático: Parte geral. 9.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

MONTEIRO, A. V. Vulnerabilidade: Uma Análise de um Novo Paradigma para os Crimes Sexuais. Revista Jurídica ESMP-SP, V.5, 2014: 69-98.

ELUF, L. N. Crimes Contra os Costumes e Assédio sexual. 1^a ed. cond. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

NUCCI, G. S. Crimes contra a dignidade sexual : comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, L. R. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial: arts. 121 a 249. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, L. R. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial: arts. 121 a 249. 8^a ed. rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRUDENTE, N. M. Tratamento Jurídico Penal acerca do Art. 224 do Código Penal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 37, fev 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/appdata/roaming/qualcomm/eudora/attach/diretoria@ambito-juridico.com.br?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1700&revista_caderno=3>.

SAUER, J. A presunção de violência nos delitos sexuais com vítimas menores de idade. Novum Jus, ISSN: 1692-6013. Volumen 8 No. 2. Julio - Diciembre 2014. Págs. 95-110. Buenos Aires.