

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO CASO DE VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS

Paola Souchie Rocha¹

Tiago Galli²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem por objetivo o estudo de questões que envolvem o estupro de vulnerável quando a vítima for menor de quatorze anos, especialmente a discussão existente sobre a presunção de violência do crime ser absoluta ou relativa, nesse sentido com abordagem principal de jurisprudências.

A Lei 12.015 de 2009 trouxe diversas alterações ao Código Penal, entre elas a criação do tipo penal autônomo do artigo 217-A – Estupro de vulnerável. Antes, para verificação desse crime, associava-se o artigo 213 com o artigo 224, alínea “a”, a fim de presumir haver violência quando a vítima fosse menor de quatorze anos. O objetivo dessa mudança era sanar a discussão existente sobre a presunção ser absoluta ou relativa, atribuindo presunção de violência absoluta ao delito.

Ocorre que, embora a alteração seja clara quanto aos seus propósitos, existe divergência doutrinária e jurisprudencial em relação ao tema. Parte da doutrina e jurisprudência entende tratar-se de presunção absoluta, enquanto outra parcela defende a presunção relativa e a conseqüente relativização conforme o caso concreto. Desta forma, percebe-se a importância e a relevância do tema em tela, uma vez que a alteração advinda em 2009, embora tenha sido realizada para suprimir dúvidas, não foi capaz de sanar as divergências existentes entre os doutrinadores e tribunais.

ELEMENTARES ESSENCIAIS DO TIPO PENAL

O tipo penal descrito no artigo 217-A *caput* do Código Penal trata do crime de estupro de vulnerável quando a vítima for menor de quatorze anos. Pune-se quem pratica conjunção

¹ Bacharela em Direito.

² Possui Graduação em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Especialização em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Atualmente, é advogado - profissional liberal - Ordem dos Advogados do Brasil e Professor da URI – Câmpus de Frederico Westphalen.

carnal ou qualquer outro ato libidinoso com pessoa nessa condição. Para compreender a configuração do crime, necessário diferenciar as duas condutas:

- (a) Conjunção carnal: é a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher (...)
- (b) Ato libidinoso: compreende-se, nesse conceito, outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral, anal) (...) (CAPEZ, 2015, p. 77).

Assim, a ação nuclear do tipo divide-se em duas espécies. Conjunção carnal é a introdução do pênis na vagina, é a cópula vaginal. Ato libidinoso, por sua vez, é todo e qualquer ato diverso à conjunção carnal, tais como sexo oral, sexo anal e toques em partes íntimas.

Importante referir que o crime pode ocorrer nas formas comissiva ou omissiva. Será comissiva quando o agente tem um comportamento positivo, conforme descrição do tipo penal. A segunda modalidade, por sua vez, prevista na parte geral do Código Penal, ocorre quando o agente, tendo condição ou dever de vigilância, proteção, de evitar o resultado e não o faz, conforme previsão geral do artigo 13§ 2º do Código Penal.

BEM JURÍDICO TUTELADO E OBJETO MATERIAL

Em relação ao bem jurídico tutelado, BITENCOURT (2014, p. 1000) refere que “na realidade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento social.”.

Assim, entende-se que o menor de quatorze anos se encontra em fase de desenvolvimento, o que envolve também o caráter sexual. Devendo haver proteção para que ele cresça de forma livre e saudável, evitando traumas e condições depreciativas à sua liberdade sexual, garantindo sua dignidade humana.

Quanto ao objeto material do delito, GRECO (2011, p. 547) explicita ser “a criança, ou seja, aquela que ainda não completou os 12 (doze) anos, nos termos preconizados pelo caput do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e o adolescente menor de 14 (catorze) anos (...)”.

Assim, tratando-se de criança ou adolescente menor de quatorze anos, deve haver uma proteção por parte do Estado, para que seja assegurado um desenvolvimento sexual saudável.

Desta forma, garante-se a dignidade sexual dessas pessoas consideradas “vulneráveis” devido à condição de idade que apresentam.

SUJEITOS DO CRIME

Em relação ao sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, Greco (2011, p. 547) discorre:

Tanto o homem quanto a mulher podem figurar como sujeito ativo do delito de estupro de vulnerável, com a ressalva de que, quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá, obrigatoriamente, ser heterossexual; nas demais hipóteses, ou seja, quando o comportamento for dirigido a praticar outro ato libidinoso, qualquer pessoa poderá figurar nessa condição.

Assim, tratando-se de conjunção carnal, por ser necessária a cópula vaginal para caracterização do delito, somente homens poderão figurar como sujeitos ativos. Quanto aos atos libidinosos diversos, homens e mulheres poderão figurar no polo ativo, pois não há qualquer especificidade.

Da mesma forma como ocorre no sujeito ativo, no sujeito passivo também há diferença conforme a conduta praticada, pelas mesmas justificativas. Assim, somente mulheres poderão figurar como sujeitos passivos em relação à conjunção carnal, enquanto no ato libidinoso a vítima pode ser feminina ou masculina.

CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Em relação à consumação, restará consumado o crime quando ocorrer qualquer dos fatos típicos descritos no artigo 217-A, seja pela conjunção carnal ou pelo ato libidinoso. Destaca-se que o crime consuma-se independentemente da existência de violência ou grave ameaça.

O crime de estupro de vulnerável, na modalidade constringer à conjunção carnal, consuma-se desde que haja introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino na vagina da vítima, mesmo que não tenha havido rompimento da membrana himenal, quando existente; consuma-se, enfim, com a cópula vagínica, sendo desnecessária a ejaculação. Na modalidade praticar ou permitir a prática de outro ato libidinoso consuma-se o crime com a efetiva realização ou execução de ato

libidinoso diverso da conjunção carnal; o momento consumativo dessa modalidade coincide com a prática do ato libidinoso. (BITENCOURT, 2014, p. 1005)

A tentativa, por sua vez, é plenamente admissível nas duas modalidades, em que pese Rogerio Greco (2011), discordar da tentativa na modalidade ato libidinoso, doutrina majoritária aceita a possibilidade e ocorre quando o agente inicia a execução, mas antes de efetivar a cópula vaginal ou o ato libidinoso, é impedido por circunstâncias alheias à sua vontade.

INSTITUTO DO ERRO DE TIPO QUANTO À IDADE DA VÍTIMA

O elemento subjetivo do tipo penal é o dolo. É a vontade do agente em praticar o ato descrito no tipo penal, seja ele a conjunção carnal ou o ato libidinoso, sabendo tratar-se de vítima menor de quatorze anos. Quando o agente não tem conhecimento da idade da vítima, poder-se-á afastar a conduta, pela presença do instituto do erro de tipo. Sobre isso, discorre Greco (2011, p. 542):

No que diz respeito à idade da vítima, para que ocorra o delito em estudo, o agente, obrigatoriamente, deverá ter conhecimento de ser ela menor de 14 (catorze) anos, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo que, dependendo do caso concreto, poderá conduzir até mesmo à atipicidade do fato, ou à sua desclassificação para o delito de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal.

O Supremo Tribunal Federal, ao Julgar o HC81268-DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, destacou que o erro de tipo quanto à idade da vítima é plenamente aplicada a figura típica do estupro de vulnerável, tendo em vista que o erro ataca o dolo na conduta “orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir”. Importante destacar que o erro quanto à idade nunca será aplicável quando o agente tem conhecimento prévio da idade da vítima.

PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA: DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA

A Lei 12.015/2009 foi criada, entre outros motivos, para eliminar a discussão existente acerca da presunção de violência contida no revogado artigo 224, uma vez que havia dúvida quanto à presunção ser absoluta ou relativa quando a vítima fosse menor de quatorze anos. O

artigo 217-A, que substituiu o 224, buscou atribuir presunção absoluta ao tipo, sendo irrelevantes quaisquer outras circunstâncias.

Ocorre que, embora a alteração possuía propósito de sanar a discussão, muito ainda se discute sobre o tema. Analisando a doutrina, encontram-se teses favoráveis à presunção absoluta e outras favoráveis à presunção relativa, admitindo relativização frente ao caso concreto.

DOCTRINADORES FAVORÁVEIS À PRESUNÇÃO ABSOLUTA

Dentre os doutrinadores adeptos à presunção absoluta de violência, tem-se o entendimento de Celso Delmanto. Em seu livro “Código Penal Comentado”, escrito em conjunto com outros dois estudiosos, refere acreditar ser a posição mais correta à proteção dos menores de quatorze anos:

Não é possível haver relativização diante da conduta da vítima: A lei penal é clara: é proibido manter relação sexual com menor de 14 anos. Mesmo que não haja violência, tendo o menor concordado com o ato sexual, o maior de 18 anos que, sabedor da idade inferior a 14 anos do ofendido, mantenha relação sexual com ele, cometerá o crime deste art. 217-A, caput. [...] Essa é, precisamente, a nossa posição, da qual estamos convictos, em prol da proteção de nossos jovens [...]. (DELMANTO; DELMANTO; DELMANTO, 2016)

No mesmo sentido, GENTIL, em obra coordenada por Maurício Schaun Jalil e Vicente Greco Filho, disserta que o consentimento não interfere na caracterização do delito, haja visto que a pura condição de ser a vítima menor de 14 (quatorze) anos é suficiente para demonstrar sua vulnerabilidade:

[...] é irrelevante que haja, por parte do ofendido, eventual consentimento com a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso. A concordância não afastará a caracterização do crime. A lei não permite, sob qualquer forma, a prática de atos sexuais com os que considera vulneráveis, não dá a eles a liberdade sexual. (JALIL; GRECO FILHO, 2016).

Para essa corrente não haveria motivos, portanto, para se falar em relativização da presunção de violência, uma vez que o legislador foi claro quanto ao seu objetivo: a proteção sexual dos menores de quatorze anos. Assim, ainda que de forma consensual e independente de qualquer circunstância, conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos é crime, tipificado no artigo 217-A do Código Penal.

DOCTRINADORES FAVORÁVEIS À PRESUNÇÃO RELATIVA

Outros doutrinadores, por sua vez, defendem a presunção relativa, acreditando ser justa e por vezes necessária frente ao caso concreto. Para eles, as circunstâncias fáticas do caso devem ser respeitadas, juntamente com as mudanças sociais contemporâneas e os princípios basilares do direito penal. É o entendimento do renomado doutrinador Guilherme Nucci:

Nessa linha, em cumprimento aos princípios norteadores do direito penal, não basta a comprovação da idade para a tipificação do crime de estupro de vulnerável, uma vez que o critério etário não é absoluto. A melhor solução reside na aferição casuística do grau de maturidade sexual e desenvolvimento mental do suposto ofendido, para definir se é ou não vulnerável, aplicando-se a lei de maneira mais justa ao caso concreto. Em última análise, consoante a relativização da vulnerabilidade, expressamente conferida aos deficientes mentais e enfermos [...] entendemos que, por interpretação extensiva, deve-se garantir igual tratamento aos menores de 14 anos, reputando-se como vulneráveis apenas aqueles que efetivamente não possuem o necessário discernimento para a prática sexual. (NUCCI, 2014).

Assim, entende não ser plausível uma condenação baseada tão somente na idade da suposta vítima. É importante também analisar o grau de discernimento do agente passivo e demais circunstâncias que envolvem o caso concreto, sendo possível uma relativização da vulnerabilidade, em alguns casos, a fim de garantir a decisão justa.

Em outro fragmento do mesmo autor, ele ratifica seu posicionamento, afirmando que a presunção relativa, que acarreta a possibilidade de relativização, é importante à satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana, e o seu não cumprimento pode ensejar condenações desproporcionais e injustas:

A relativização da vulnerabilidade é um imperativo de dignidade humana. [...] Pode-se atingir o exagero desproporcional e injusto de se punir um rapaz de 18 anos porque teve relacionamento sexual com sua namorada de 13 anos, dentro do mais absoluto consentimento, muitas vezes, com as bênçãos das suas famílias. Seria o Estado se imiscuindo em demasia na vida íntima das pessoas e das famílias, sem um propósito razoável, pois não está verdadeiramente em jogo a dignidade sexual nessa hipótese. (NUCCI, 2014, p. 837 e 838)

Nota-se, assim, que Nucci, importante jurista na área penal, acredita que o fato de a lei atribuir presunção absoluta ao crime de estupro de vulnerável em razão da idade da vítima é equivocado. Os Magistrados deveriam analisar todas as circunstâncias do caso concreto para somente após isso sentenciar.

O advogado e professor João Paulo Orsini Martinelli, também favorável à relativização, entende que, se o menor entre doze e quatorze anos possui discernimento para receber e cumprir uma medida socioeducativa, também tem condições de consentir de forma válida, afastando a sua vulnerabilidade.

Em resumo, defende-se aqui a relativização da vulnerabilidade sexual quando o menor estiver entre os 12 e os 14 anos de idade. Se há o mínimo de maturidade para receber uma medida socioeducativa, e responder por ato infracional, deve ser permitida a prova em sentido contrário em relação à vulnerabilidade para os atos sexuais. (MARTINELLI, 2017)

Sob essa concepção, percebe-se nítida a controvérsia entre os estudiosos no âmbito doutrinário. Alguns deles defendem a presunção absoluta, garantindo efetiva proteção ao menor de 14 (catorze) anos em virtude de não possuírem consentimento válido para o ato. Outros, por sua vez, julgam ser indispensável a relativização, adaptando-se ao contexto social e às circunstâncias do caso.

PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA: DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Em que pese o entendimento de que a Lei 12.015/2009 pretendeu eliminar as dúvidas existentes quanto à presunção de violência ser relativa ou absoluta, a mesma divergência doutrinária também pode ser verificada na esfera jurisprudencial. Parte dela, em especial o Superior Tribunal de Justiça, acredita tratar-se de presunção absoluta. Por outro lado, outra parcela significativa, sobretudo nos Tribunais de Justiça, acredita ser necessária uma relativização diante das particularidades do caso concreto.

JURISPRUDÊNCIAS FAVORÁVEIS À PRESUNÇÃO ABSOLUTA

O Superior Tribunal de Justiça é unânime no sentido de que a lei é clara quanto à sua aplicação, não deixando espaço à relativização. Para comprovação do exposto, abordar-se-á o Recurso Especial nº 1.480.881 – PI (2014/0207538-0), com origem no Estado do Piauí, que deu origem à Tese sobre o assunto nesse Tribunal.

Trata-se de ação proposta pelo Ministério Público, contra um rapaz de 25 (vinte e cinco) anos que manteve relacionamento com uma menor desde os seus 8 (oito) anos,

praticando relação sexual quando essa possuía 11 (onze) anos de idade. O processo percorreu os dois graus ordinários de jurisdição, sendo julgado o recurso especial em 25/08/2015.

Em primeiro grau de jurisdição, o acusado foi condenado. A juíza relata estar caracterizado o estupro de vulnerável, haja visto que o rapaz, com vinte e cinco anos de idade, praticou relações sexuais com menor de quatorze anos, conforme demonstram as provas trazidas aos autos, inclusive os depoimentos das partes.

Houve recurso de apelação, julgado pela 2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, em dois (02) de abril de dois mil e quatorze. O órgão colegiado, através do relator Desembargador Erivan Lopes, deu provimento ao recurso, absolvendo, por unanimidade, o acusado.

Em seu voto, o relator afirma não haver dúvidas sobre os atos ocorridos. “Sobre o fato, não há controvérsia: o apelado manteve relações sexuais consentidas com a vítima menor de 14 anos de idade”. Assim, entende haver a situação descrita no artigo 217-A do Código Penal. Todavia, conforme continua a discorrer, deve haver uma relativização, diante das circunstâncias do caso concreto:

[...] entendo que a vulnerabilidade, conceito inserido em nosso ordenamento após a vigência da Lei nº 12.015/2009, deve ser aferida em cada caso, não podendo se levar em conta apenas o critério etário. [...] entendo que a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea sua vontade para a prática dos atos [...] não existiu comportamento agressivo ou ameaçador por parte do acusado e nunca houve violência real para a prática do ato sexual, tendo ocorrido, inclusive, com o consentimento e vontade da vítima [...] As declarações da menor, o seu grau de discernimento, bem como o consentimento para a relação sexual e a ausência de violência real não nos autorizam a firmar juízo acerca do dolo e da tipicidade do crime. [...] Dessa forma, afastamos a presunção de violência na espécie, o que é suficiente para desconstituir a tipicidade da conduta. (BRASIL, 2017).

Inconformado, o Ministério Público do Estado do Piauí interpôs Recurso Especial, a fim de reformar a decisão, buscando a condenação do acusado. Em suas razões, assegura ser irrelevante o fato de a vítima ter consentido e não haver violência ou grave ameaça, uma vez que basta a prática do ato sexual com menor de quatorze anos para caracterizar-se o crime, independente de outras circunstâncias:

O tipo penal de estupro de vulnerável apresentou considerações objetivas e taxativas, a se entender que, em sendo a vítima menor de 14 (catorze) anos à época dos fatos e tendo o acusado conjunção carnal com a pessoa vulnerável nos termos legais, a imputação do crime do artigo 217-A do Código Penal mostra-se plausível na espécie, sendo despidendo o consentimento da vítima. (BRASIL, 2017).

O Recurso Especial foi admitido na origem e o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento. Devidamente distribuído, o recurso especial teve como relator o Ministro Rogério Schietti Cruz. Em seu voto, colecionou precedentes do STJ e STF, todos no sentido de que é irrelevante o consentimento da vítima para caracterização do crime após a Lei 12.015/2009.

As alterações legislativas incorporadas pela Lei nº 12.015/2009 [...] não mais permitem qualquer dúvida razoável quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no art. 217-A, caput, do Código Penal, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente. (BRASIL, 2017).

No tocante, o Ministro assevera não concordar que a modernidade, mudanças nos costumes, o acesso à informação e à tecnologia cada vez mais cedo pelas crianças seja parâmetro para relativização da presunção absoluta, pois a proteção às crianças e adolescente se sobressai a essas justificativas. Assim, “basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinosos com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante à caracterização do crime, o dissenso da vítima”.

Com esses fundamentos, deu provimento ao recurso especial, reestabelecendo a sentença condenatória ao acusado, fixando pena de 12 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado. Ainda, por tratar-se de julgamento sob rito de recursos repetitivos, fixou seguinte Tese no Informativo 568, que atualmente serve de referência para futuros julgamentos:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (BRASIL, 2017).

Em conformidade com os embasamentos legais em discussão, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento unânime sobre a matéria. Sempre que a vítima possuir quatorze anos incompletos, estar-se-á diante do crime de estupro de vulnerável, sendo irrelevantes quaisquer circunstâncias fáticas, tais como a experiência sexual anterior ou o consentimento.

Ratificando esse posicionamento, o Tribunal, em 25/10/2017, publicou a Súmula 593 com a seguinte redação: "O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal

ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente."

Em um primeiro momento parece ter sido editada a fim de sanar a discussão sobre o tema, entretanto, é imprescindível destacar duas situações. Inicialmente, o STJ apenas ratificou seu posicionamento já consolidado pela Tese no Informativo 568. Além disso, embora tenha prestígio, não se trata de Súmula Vinculante, logo, os Tribunais não estão obrigados a segui-la, o que permite o prosseguimento da divergência existente.

Em análise das jurisprudências dos Tribunais de Justiça também se encontram algumas decisões contrárias à relativização. Nesse trabalho analisar-se-ão decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul (TJRS) e de São Paulo (TJSP). A escolha deu-se pelo fato de que esses estados são pioneiros no tema, logo, servem de exemplo a outros.

Na sequência colacionar-se-ão ementas de recentes decisões destes dois Tribunais, demonstrando que alguns julgados entendem não ser possível a relativização da presunção de violência, uma vez que o texto legal é claro quanto ao único critério para caracterização do delito: a idade da vítima menor de quatorze anos.

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO PRATICADO CONTRA VULNERÁVEL. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA IRRELEVANTE. REGIME FECHADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PALAVRA DA VÍTIMA[...]. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2017)

Nesse julgamento (Apelação Crime Nº 70066314741), realizado no mês de agosto de 2017 no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o relator garante que havendo prova da prática de conjunção carnal e ato libidinoso com adolescente menor de quatorze anos, estar-se-á diante de crime de estupro de vulnerável, independentemente de qualquer outra circunstância.

Alude que a relativização da vulnerabilidade do artigo 217-A feriria a doutrina da proteção integral, preceito importante no ordenamento jurídico. Além disso, manifesta não ser caso de erro de tipo, trazendo implicitamente a ideia de que esse instituto afastaria a tipicidade do caso.

Na sequência, outra jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Crime Nº 70056639925), julgada em março de 2016, na qual o relator opta pela condenação, por estar comprovada a materialidade e autoria do delito. Argumenta que,

comprovando os atos libidinosos praticados, estará configurado o crime, sendo irrelevante o consentimento da vítima.

APELAÇÃO. CRIMES CONTRA LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA MODALIDADE DE ATOS LIBIDINOSOS. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCABIMENTO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. I. Comprovadas a materialidade e autoria delitiva, imperiosa a manutenção da condenação do réu. Caso dos autos em que a vítima prestou depoimento seguro e coerente, relatando que o acusado perpetrou os abusos, consistentes em atos libidinosos. Denunciado que confessou o crime na fase policial e, em juízo, manteve-se em silêncio. Avaliação psicológica que atesta a ocorrência do crime. II. Réu que praticou atos libidinosos com a vítima, menor de 14 anos. Irrelevância de eventual "consentimento" por parte da ofendida. Conceito de vulnerabilidade afeto ao legislador. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2017)

A seguir, trar-se-ão duas ementas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, demonstrando que naquele Tribunal também existem decisões condenatórias. O fundamento para a condenação é o mesmo: o critério para configuração do crime de estupro de vulnerável é somente a idade da vítima.

Apelação. Estupro de vulnerável. Vítima, com 13 anos de idade, mantinha relação sexual com o recorrente, à época com 20 anos, em uma situação de namoro, da qual sobreveio um filho. Acórdão que absolveu o réu nos termos do artigo 386, inciso VI, do CPP. Interposição de Recurso Especial pelo Ministério Público. Determinação do STJ para o afastamento da absolvição, visto tratar-se de presunção absoluta de vulnerabilidade. Assim, forçosa a manutenção da sentença. Condenação mantida. Pena definitiva em 6 anos de reclusão. Reforma do regime para o aberto. Princípio da individualização. Melhor interesse da criança, filha do casal, fruto da relação amorosa. Parcial provimento ao recurso defensivo. (SÃO PAULO, 2017).

Na decisão acima (Apelação nº 0002773-73.2006.8.26.0627) há uma conjuntura nova: a vítima e o acusado mantinham um relacionamento amoroso, do qual sobreveio um filho. O acórdão valorou essa situação e absolveu o acusado. O Ministério Público interpôs recurso especial, o STJ remeteu os autos ao Tribunal determinando a condenação, o que foi acolhido.

Ao analisar o acórdão desta decisão, é notório o entendimento do relator: diante das circunstâncias fáticas, especialmente o relacionamento amoroso entre vítima e acusado, ele entende ser viável a relativização. Entretanto, diante do posicionamento unânime do STJ, opta pela condenação, a fim de não contrariar o Tribunal Superior. Abaixo, trecho do acórdão que comprova essa situação:

Muito embora seguimos entendendo retratar o presente caso de vulnerabilidade relativa, consoante exposto no decisum atacado a folha 199, em cumprimento ao

determinado pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência se firmou no sentido de ser absoluta a presunção da violência nos crimes de estupro praticados contra vítima menor de quatorze anos de idade, alternativa não há senão manter a condenação do apelante nos termos da sentença, visto estar comprovada a conjunção carnal. (SÃO PAULO, 2017).

Na sequência, outra ementa do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 0001809-95.2014.8.26.0111), demonstrando que o acusado foi absolvido no acórdão, houve recurso interposto pelo Ministério Público, alegando a presunção absoluta, e, diante da posição firmada pelo STJ, o acórdão foi reformado a fim de condenar o acusado.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL – Condenação – Apelação – Acórdão que decretou a absolvição, com fulcro no art. 386, III, CPP – Recurso Especial interposto pelo Ministério Público alegando ser absoluta a presunção de violência – Matéria de repercussão geral – Posição firmada pelo C. STJ de que o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime – Reforma do v. aresto combatido – Manutenção da condenação – Pena bem dosada – Possibilidade de fixação do regime semiaberto – Voto alterado para se conferir parcial provimento ao recurso defensivo (voto nº 31330) (SÃO PAULO, 2017).

Da análise dos acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo se pode verificar que, muito embora às vezes o magistrado entenda que as circunstâncias do caso concreto seriam capazes de flexibilizar a vulnerabilidade da vítima, em razão do firme posicionamento do STJ, opta pela condenação do acusado, afastando a possibilidade de relativização.

JURISPRUDÊNCIAS FAVORÁVEIS À PRESUNÇÃO RELATIVA

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha fixado Tese e editado Súmula afirmando não ser possível haver relativização, o que é seguido pelos Tribunais de Justiça em algumas decisões, parte das jurisprudências dos mesmos Tribunais absolvem os acusados, relativizando a vulnerabilidade, após valorarem algumas circunstâncias do caso concreto.

Para melhor elucidação da afirmativa, serão novamente analisadas decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul e de São Paulo, pelo fato de serem precursores no assunto. Dessa vez, trar-se-á decisões favoráveis à relativização, demonstrando não haver unanimidade em segundo grau de jurisdição quanto ao tema.

Os Tribunais de Justiça favoráveis à relativização acreditam que a idade da vítima não é suficiente para caracterizar o delito como estupro de vulnerável. É necessário que sejam analisadas outras circunstâncias, como a experiência sexual anterior e o discernimento do

adolescente na prática do ato. Na sequência, traz-se a ementa do TJRS (Apelação Crime Nº 70069792240) nessa acepção:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA COM 13 ANOS E 04 MESES DE IDADE. VULNERABILIDADE NÃO EVIDENCIADA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. Embora o Código Penal estabeleça que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos caracteriza estupro de vulnerável, a realidade social permite relativizar a situação de vulnerabilidade, de modo que seja examinada casuisticamente para verificação da presença, ou não, dos elementos do tipo penal no caso em julgamento. Na atualidade, os conhecimentos são disseminados rapidamente entre os jovens, cada vez mais precoces e que apresentam vertiginoso amadurecimento intelectual e cognitivo, de modo que há situações em que se evidencia que a Lei possa estar, caso a caso, em descompasso com a realidade social. Hipótese em que o réu, com 22 anos, e a suposta vítima, à época com 13 anos e 04 meses de idade, mantiveram relações sexuais de forma consentida, em mais de uma oportunidade, sendo possível relativizar a presunção de vulnerabilidade. Aliado a isso, inexistem evidências indicando que a ofendida não tinha discernimento das consequências de seus atos, de modo que a absolvição do réu se impunha ao caso. Sentença absolutória confirmada. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2017)

Na decisão, julgada no mês de outubro de 2016, um acusado de 22 (vinte e dois) anos é absolvido após a prática de conjunção carnal com uma adolescente de 13 (treze) anos e 04 (quatro) meses de idade, uma vez que os julgadores não evidenciaram situação de vulnerabilidade no caso.

Não só isso, argumentam que a realidade social permite relativizar a vulnerabilidade. Refere que a informação chega cada vez mais cedo às crianças e adolescentes, fazendo com que haja um amadurecimento precoce. De tal modo, a lei deve ser analisada em consonância com a realidade social vivenciada.

Na ementa abaixo (Apelação Crime Nº 70070414016), também do TJRS, julgada recentemente, o relator refere ter conhecimento do entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a idade da vítima é suficiente para caracterização do crime. Todavia, diante das particularidades do caso analisado, entende estar ausente a vulnerabilidade da vítima, razão pela qual absolve o acusado.

APELAÇÃO CRIMINAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FLEXIBILIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. Muito embora o STJ tenha consolidado entendimento que "para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique e qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime" (Resp nº 1.480.881/PI), as particularidades do feito em análise

permitem concluir pela absolvição do réu, tendo em vista a ausência de vulnerabilidade da vítima. Decisão mantida em juízo de retratação. (RIO GRANDE DO SUL, 2017)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também possui decisões favoráveis à relativização. Abaixo são apresentadas duas, julgadas após a fixação da Tese pelo Superior Tribunal de Justiça afirmando tratar-se de presunção absoluta. Com isso, percebe-se que, apesar da Tese, os Tribunais ainda vislumbram a possibilidade de relativização frente ao caso concreto.

APELAÇÃO CRIMINAL. Estupro de vulnerável. Sentença absolutória. A Justiça Pública objetiva a condenação como da denúncia constou. - Incabível. Comprovada a conjunção carnal da vítima (12 anos de idade à época) com o réu. Análise das circunstâncias objetivas e subjetivas. Consentimento. Voluntariedade. Relativização da vulnerabilidade. Evidenciada a vontade e o consentimento da vítima para a prática do ato sexual com o réu, à época seu namorado. Comprovada ausência de coação e/ou violência. Peculiaridades. Mantida a absolvição. - Recurso improvido. (SÃO PAULO, 2017).

Prosseguindo nessa decisão (Apelação nº 0051472-70.2012.8.26.0050), o relator deixa claro que as peculiaridades do caso concreto devem ser valoradas devido à sua importância. Existiu vontade e consentimento da vítima, que mantinha relacionamento amoroso com o acusado. Uma vez comprovado o consentimento e a ausência de coação ou violência, imperioso a relativização da vulnerabilidade.

Ademais, abaixo, outra ementa do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 0024504-16.2013.8.26.0196) nos mesmos moldes. Havia um relacionamento entre vítima e acusado, consentido inclusive pela genitora da menor. Diante das peculiaridades, o relator entende tratar-se de vulnerabilidade relativa, o que enseja atipicidade do fato e conseqüente absolvição.

Estupro de vulnerável – Absolvição – Procedência – Excepcionalidade do caso – Vulnerabilidade relativizada – Relacionamento amoroso mantido entre a vítima e o acusado, com consentimento da genitora da vítima – Atipicidade do fato – Procedência do recurso. (SÃO PAULO, 2017).

Diante do exposto, denota-se que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado sobre o tema, o que, inclusive, já foi transcrito em Tese e Súmula. Assim, sempre que houver conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de quatorze anos, estar-se-á diante do crime de estupro de vulnerável, sendo irrelevantes quaisquer outras circunstâncias.

Entretanto, nos Tribunais de Justiça dos Estados ainda não há unanimidade. Conforme analisado, dentro dos mesmos Tribunais há decisões condenatórias, obedecendo a posição do STJ, e decisões absolutórias, que entendem ser imprescindível a análise das particularidades do caso concreto, sendo possível a relativização da vulnerabilidade em alguns casos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal, possui como bem jurídico a proteção da dignidade e do desenvolvimento sexual do menor de quatorze anos, considerado vulnerável. Sendo crime comum quanto ao sujeito ativo, entretanto a doutrina entende que na modalidade conjunção carnal deve haver relação heterossexual com vítima mulher.

Verificou-se a possibilidade de aplicação do instituto do erro do tipo, quando o agente não possuía conhecimento da condição menor de quatorze anos da vítima. Essa situação, quando alegada, permite afastar a tipicidade da conduta. Outra circunstância que torna o fato atípico é a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com pessoa de quatorze anos exatos, uma vez que o tipo descreve vítima menor de quatorze.

Quanto à vulnerabilidade ser absoluta ou relativa, tema central do estudo, verificou-se que a Lei 12.015/2009, que visava sanar a discussão, não atingiu seu objetivo. Conforme analisado, ainda existe grande divergência na doutrina e na jurisprudência. Parte dos doutrinadores e juízes concordam com o texto legal, acreditando não ser possível relativizar a vulnerabilidade, enquanto outros defendem que as circunstâncias do caso concreto devem ser valoradas para a condenação ou absolvição.

O Superior Tribunal de Justiça, em agosto de 2015, no Informativo 568, fixou tese no sentido de que a violência será sempre absoluta, sendo irrelevantes quaisquer peculiaridades do caso concreto. Seu posicionamento, em outubro de 2017, foi ratificado pela Súmula 593, demonstrando estar consolidado o entendimento deste Tribunal Superior.

Todavia, os Tribunais de Justiça não possuem uniformização sobre o tema em suas decisões. Comprovando isso, foram analisadas jurisprudências dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul e de São Paulo. A escolha desses Estados se deu em razão de serem pioneiros no tema, possuindo decisões recentes e importantes sobre o assunto.

Percebeu-se que existem julgados acatando o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, ignorando as circunstâncias fáticas e atribuindo presunção absoluta de

violência. Entretanto, em épocas idênticas, possuem decisões admitindo a relativização da presunção, já que as peculiaridades do caso concreto merecem ser valoradas.

Diante do exposto, tal como ocorre na doutrina, torna-se nítida a divergência ainda existente acerca da presunção de violência contida no artigo 217-A do Código Penal em âmbito jurisprudencial. Tal divergência acarreta a seguinte situação: suponha-se que um acusado tenha sido absolvido no primeiro e segundo grau de jurisdição, diante de os julgadores entenderem ser necessária a relativização. Se o Ministério Público recorrer, haverá condenação, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça entende ser sempre presunção absoluta. Entretanto, se não houver recurso, o acusado, com as mesmas provas e peculiaridades do caso, será absolvido.

Essa circunstância gera, claramente, uma grande insegurança jurídica, uma vez que a condenação ou absolvição estará vinculada à hipótese de haver ou não recurso ao Superior Tribunal de Justiça. Percebe-se, portanto, que a alteração trazida pela Lei 12.015/2009 não foi suficientemente clara e convincente a ponto de confirmar a vontade do legislador e encerrar a discussão existente.

Percebe-se, portanto, que um trabalho acadêmico nessas dimensões não é suficiente para encerrar a discussão sobre qual presunção deve ser atribuída ao crime, mas somente demonstrar a existência de importante divergência. Por fim, acredita-se ser necessário um posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em forma de Súmula Vinculante, unindo os demais Tribunais e uniformizando o entendimento.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Apelação Crime Nº 70056639925, Quinta Câmara Criminal - Regime de Exceção, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz John dos Santos, Julgado em 23/03/2016. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. Apelação Crime Nº 70066314741, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandro Luz Portal, Julgado em 30/08/2017. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. . Apelação Crime Nº 70069792240, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 05/10/2016. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. . Apelação Crime Nº 70070414016, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 17/08/2017. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. . Apelação nº 0001809-95.2014.8.26.0111, 16ª Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Newton Neves, julgado em 21/02/2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. . Apelação nº 0002773-73.2006.8.26.0627, 16ª Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Guilherme de Souza Nucci, julgado em 06/12/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. . Apelação nº 0024504-16.2013.8.26.0196, 7ª Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Freitas Filho, Julgado em 18/08/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. . Apelação nº 0051472-70.2012.8.26.0050, 1ª Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Péricles Piza, Julgado em 08/08/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. . REsp. 1.480.881-PI, Terceira Seção, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Julgado em 26/08/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. . Súmula 593 do STJ comentada. **Dizer o direito**. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2017/11/sumula-593-do-stj-comentada.html>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. . Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. Habeas Corpus 81268 DF. Relator: Sepúlveda Pertence, Julgado em 16/10/2001. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776319/habeas-corpus-hc-81268-df>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. **Minha biblioteca**. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502618954/cfi/0>>. Acesso em: 31 maio 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte especial**. 8.ed. Niterói: Impetus, 2011.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto Delmanto. Código Penal Comentado, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. **Minha Biblioteca**. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502634633/cfi/2!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em 10 set. 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

JALIL, Mauricio Schaun; GRECO FILHO, Vicente (coords.). Código Penal Comentado: doutrina e jurisprudência. Barueri: Manole, 2016. **Minha Biblioteca**. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520452028/cfi/2!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 07 out. 2017.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Relativização da presunção de vulnerabilidade no estupro de vulnerável. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/121938067/relativizacao-da-presuncao-de-vulnerabilidade-no-estupro-de-vulneravel>>. Acesso em: 04 dez. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.