

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A PRESUNÇÃO ABSOLUTA E RELATIVA

MARTINS, Daniel De Marco ¹

PERLIN, Edson ²

RESUMO:

A tutela penal no contexto sexual estende-se, com maior cuidado, no que tange às pessoas incapazes de externar seu consentimento racional e seguro de forma plena. Para essas situações, não se pode aplicar a tipificação estrita acerca de estupro comum, o que significa ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso, com violência ou grave ameaça. Afinal, as pessoas incapazes podem relacionar-se sexualmente sem qualquer coação física, porém teria ocorrido uma coação psicológica, diante do estado de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado. Assim surgiu a discussão acerca da presunção de violência, que quando absoluta não suporta prova em contrário, todavia quando relativa esta possibilita a prova em contrário. Assim se a pessoa maior de 12 anos e menor de 14 anos, que manteve relação sexual com maior de 18 anos, teria sido vítima de estupro? Se a presunção for absoluta, a resposta seria positiva, se fosse relativa, dependeria das provas e da análise do caso concreto. Assim a aplicação taxativa do artigo 217-A do Código Penal pode trazer sérios prejuízos a pessoas que sequer cometeram o crime de estupro, por esta razão a importância da presunção relativa no caso de estupro de vulnerável, aonde o juiz pode analisar as provas e proferir a sentença no caso concreto.

PALAVRAS CHAVE: Estupro de Vulnerável. Presunção Absoluta. Presunção Relativa.

VULNERABLE OF RAPE: THE ABSOLUTE AND RELATIVE ASSUMPTION

ABSTRACT:

The criminal protection in a sexual context extends, more carefully, with respect to people unable to express rational and secure consent in full. For these situations, you can not apply the strict typing about common rape, which means having sexual intercourse or practice other lewd acts with violence or serious threat. After all, incapable people can relate sexually without any physical coercion, but would have been a psychological coercion on the state of inability to understand the seriousness of the act performed. Thus arose the discussion about the presumption of violence, when does not support absolute proof to the contrary, however when relating this enables proven otherwise. So if a person over 12 and under 14 years who has carnal knowledge of over 18 years, was the victim of rape? If the presumption is absolute, the answer would be positive if it was on, it depends on the evidence and the case analysis. So the exhaustive application of 217 of the Penal Code article may cause serious damage to people even committed the crime of rape, for this reason the importance of the presumption in the case of vulnerable rape, where the judge can examine the evidence and render the sentence in this case.

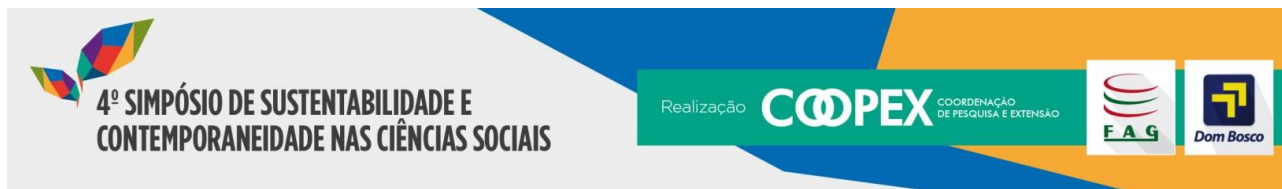
KEYWORDS: Rape Vulnerable. Presumption Absolute. Presumption Relative.

1 INTRODUÇÃO

Há muito tempo vem se debatendo o caráter da presunção de violência, se relativo ou absoluto, sem consenso, a bem da verdade, não deverá ser a criação de novo tipo penal o elemento definitivo a fechar as portas para a realidade. O legislador brasileiro encontra-se estagnado na idade de 14 anos,

¹ Acadêmico de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz-FAG, e-mail: daniel.demarco@tjpr.jus.br.

² Professor Orientador, e-mail: edsonperlin@hotmail.com.



no que tange aos atos sexuais, há décadas, tornando-se incapaz de acompanhar a evolução comportamental em sociedade, nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente afirma ser adolescente o maior de 12 anos, enquanto que a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Assim é plenamente possível unificar esse entendimento a fim de estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, não é o que tem sido feito, permanecendo válido o debate acerca da relativização da vulnerabilidade no tocante ao adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual (NUCCI, 2015,p.100).

Dispõe o art. 68 da Lei 12.594/2012 que “é assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima”. Busca-se promover a integração entre o adolescente internado e sua família, especialmente com a pessoa com a qual formou um lar, muitas vezes, com filhos, desta forma incentiva-se, legalmente, a visita íntima, que é a prática de relações sexuais no estabelecimento estatal onde se encontra detido o menor infrator. Essa medida nada mais é do que a consagração da pura realidade, vale dizer, o reconhecimento do Estado de que menores de 18 anos começam cedo a sua vida sexual e, por isso, chegam até mesmo a formar família em idade precoce (NUCCI, 2015).

Pode-se argumentar que o casamento somente se daria a partir dos 16 anos, razão pela qual inexistiria reflexo no âmbito penal. Por outro lado, não há expressa previsão para a idade mínima em relação à união estável, sabendo-se da existência de muitos casais formados entre jovens com 12, 13, 14 anos e idades superiores. Diante disso, ao mesmo tempo em que a Lei 12.594/2012 autoriza a visita íntima (relação sexual) para todo adolescente, desde que viva em união estável (ou casamento), a Lei 12.015/2009 estipula constituir estupro ter qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos. Ora, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se adolescente, permitindo-se a internação, a pessoa com, pelo menos, 12 anos. Diante desse conflito aparente de normas, parece razoável concluir que a partir dos 12 anos o indivíduo é adolescente, tem responsabilidade maior e pode até mesmo responder, internado, por seus atos infracionais. Logo, não deve ser considerado um completo incapaz para ter relação sexual, como faz crer o preceituado pelo art. 217-A do Código Penal. Eis a razão pela qual é sustentável apontar como relativa a vulnerabilidade do menor de 14, porém maior de 12. (NUCCI, 2015,p.101).

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime de estupro de vulnerável está expressamente previsto no art. 217-A do Código Penal (Decreto Lei 2.848/40), o qual tem como objetividade jurídica a dignidade sexual das pessoas vulneráveis, menores de 14 anos, doentes mentais ou pessoas impossibilitadas de oferecer resistência, trata-se de crime autônomo.

É considerado crime hediondo, tanto em sua forma simples, como nas qualificadas, com fundamento no art. 1º, VI, da Lei 8.072/90 - Lei dos crimes hediondos, (com a redação da Lei 12.015/09).

Com o advento da Lei nº 12.015/09, foi abandonado o sistema de presunções de violência, que gerava tantas controvérsias, e determinou objetivamente como crime, o ato de manter relacionamento sexual com as pessoas vulneráveis elencadas no tipo penal em estudo, assim, pouco importa se a vítima de estupro em questão, seja uma moça de 12 anos e trabalhe como prostituta e já tenha se relacionado com diversos homens, aquele que for flagrado com esta, mantendo relação sexual, ciente da sua idade, responderá pelo crime (NUCCI, 2015).

Segundo Nucci (2015), o art. 217-A uniu-se ao contexto dos atos sexuais, englobando tanto a conjunção carnal (cópula pênis-vagina) como os outros atos libidinosos, no mesmo contexto já realizados com o estupro (art. 213). A pena foi elevada para reclusão, de oito a quinze anos, assim, resolveu-se mais um problema, o qual consiste na incidência do aumento determinado pelo art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos, quando for aplicável o art. 224 do Código Penal. O antigo debate sobre o pretenso bis in idem está superada. O estupro de vulnerável prevê pena superior a do estupro comum.

A proteção absoluta atribuída aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continua gerando debates doutrinários e jurisprudenciais. O surgimento de novo tipo penal não acaba com a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da presunção de violência que era discutível no tipo anterior. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa (NUCCI, 2015).

Ainda questiona Nucci (2015) se é razoável considerar o menor de 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato sexual ser totalmente ineficaz, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou poderá ser possível se considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos específicos, avaliando o grau de conscientização que o menor possui

para a prática sexual? A posição que lhe parece acertada é a da vulnerabilidade relativa. A não pode modificar a realidade dos fatos e, tampouco afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima do estado, que está correlacionado com o princípio da ofensividade.

3 DO CARÁTER ABSOLUTO E RELATIVO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Conforme Guilherme de Souza Nucci em sua obra Código Penal Comentado (2014), o nascimento do novo tipo penal não colocará fim à discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência, que agora fica subsumida na figura da vulnerabilidade, que pode ser tratada como sendo absoluta ou relativa.

Nesse sentido, considera-se o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato sexual ser completamente ineficaz, ainda que tendo comprovada experiência sexual? Ou seria possível considerar a vulnerabilidade relativa em alguns casos especiais, considerando o nível de conscientização do menor para a prática do ato sexual, segundo Nucci, esta é a posição que parece certa, haja vista que a lei nunca poderá modificar a realidade, tampouco afastar a aplicação do princípio da ofensividade, afirmando que a criação de novo tipo penal não pode fechar as portas para a vida real. (NUCCI, 2015).

Ainda, segundo o nobre doutrinador (NUCCI 2015), o legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no contexto dos atos sexuais, há décadas, o que o torna incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos em sociedade. Afirma ainda, que já é tempo de o maior de 12 anos ter capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais, haja vista que o próprio estatuto da criança e do adolescente considera o maior de 12 anos como adolescente, podendo assim ser considerado relativo o estupro de vulnerável a ele atribuído, que deveria se confirmar apenas quando há presunção de violência, e esta for confirmada.

Conforme dispõe o Projeto de Lei nº 253/1994 do Senado, advinda da CPMI sobre a violência sexual e as redes de exploração sexual de crianças e adolescentes, não há que se falar em presunção relativa, que poderia afastar o enquadramento, pois a própria exposição de motivos expressa: “Esse artigo, que tipifica o estupro de vulnerável, substitui o atual sistema de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal”. (NUCCI, 2015).

Apesar de a CPMI afirmar de que é absoluta a presunção legal de que trata o art. 224 (atual art. 217-A do Código Penal), não é esse o entendimento de diversos julgados, conforme decisão do TJ-RS - Apelação Crime ACR 70050072925 RS (TJ-RS), publicada em 22/01/2013:

Ementa: APELAÇÃO. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DEVULNERÁVEL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO RELATIVA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DO RÉU COM BASE NO ART. 397, INC. III, DO CPP. INCONFORMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Caso em que, não obstante a vítima possuisse menos de 14 anos de idade na data dos fatos, revelam os elementos colhidos aos autos a sua evidente maturidade sexual e a liberdade de escolha, razão pela qual, sob os auspícios do princípio da razoabilidade, de assento constitucional, impõe-se a flexibilização do rigor legal, afastando-se a tipicidade da conduta do réu. APELAÇÃO DESPROVIDA. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70050072925, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 29/11/2012).

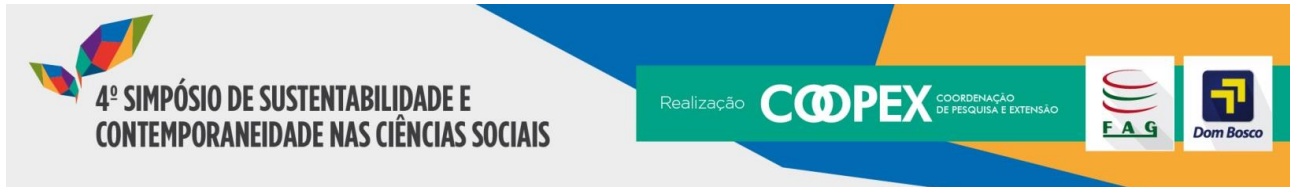
Nesse diapasão, a singela redação do artigo 217-A do Código Penal não é capaz de alterar décadas de julgados, que sempre permitiram o debate da presunção de violência, se absoluta ou relativa (NUCCI 2015).

De outro modo, injustiças podem ocorrer por firmar-se a posição de que a vulnerabilidade é sempre absoluta. Há adolescentes que namoram precocemente e mantêm relação sexual, estando na faixa etária de 12 ou 13 anos que podem levar o parceiro a sofrer alguma espécie de sanção. Existem, ainda, as adolescentes que, nessa idade (abaixo dos 14), já são mães (NUCCI, 2015).

Conforme Nucci (2015), a vulnerabilidade como absoluta, deve-se processar e prender com pena mínima de oito anos de reclusão os seus companheiros, pais de seus filhos, o que se afigura ilógico. Em lugar de preservar a família formada, o Direito Penal ocupar-se-ia de desagregá-la por completo, conforme julgado de autoria Guilherme Nucci, tratando justamente de caso pertinente ao acima exposto:

TJSP: “Apelação. Estupro de vulnerável. Vítima, com 13 anos de idade, mantinha relação sexual com o recorrente, à época com 20 anos, mantendo, também, relação amorosa, consistente em namoro com o mesmo, possuindo um filho juntos. Vítimas maiores de 12 anos e menores de 14: imprescindível a análise de discernimento, não devendo o magistrado, de início, enquadrar a situação como vulnerabilidade absoluta. Realidade social reveladora de contexto diverso. Consentimento pleno da ofendida devidamente demonstrado. Conduta atípica. Absolvição. Provimento. (TJ-SP - Apelação : APL 27737320068260627 SP 0002773-73.2006.8.26.0627).

No caso acima exposto, ainda de a vítima tenha iniciado sua vida sexual com 13 anos de idade com um rapaz, que tinha 20 anos a época, ficou comprovada nos autos a relação de namoro entre eles,



sendo que a vítima frequentava a residência do recorrente e boa parte da vizinhança tinha ciência do relacionamento. Tanto perante a autoridade policial quanto em juízo a vítima afirmou, por diversas vezes, ter consentido com a relação, restando demonstrada sua capacidade de entender o significado de uma relação sexual, mesmo porque suas amigas variavam entre meninas de 13 a 16 anos. Desta forma, a sociedade não pode fechar os olhos à realidade social, haja vista que no contexto atual as meninas iniciam a vida sexual cada vez mais precocemente, seja por serem estimuladas pelos programas televisivos, dos quais a qualidade educacional decai constantemente, seja por amigas de variadas idades, ou ainda por outros motivos igualmente relevantes. Desta forma, restando demonstrado o consentimento absoluto e não viciado da vítima, resta evidente que o recorrente deve ser absolvido, com esteio na atipicidade da conduta. Ela nada fez que não tivesse vontade a tanto; não se demonstrou ser menina ingênua, sem qualquer preparo para conhecer os meandros da vida sexual; engravidou e é mãe do filho do réu, descortinando-se novas responsabilidades, incompatíveis com suposto grau de vulnerabilidade pelo tipo incriminador (NUCCI, 2015).

4 DO PERIGO DE DANO DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA

Nucci (2015) entende que, firmando-se a posição de que a vulnerabilidade é sempre absoluta, com a devida vênia, injustiças podem ocorrer. Há muitos adolescentes que namoram cada vez mais precocemente e já mantêm relação sexual. Se tiverem 12 ou 13 anos podem levar o parceiro a sofrer alguma espécie de sanção. Existem, ainda, os adolescentes que, nessa idade (abaixo dos 14), já são pais e mães. Se for considerada a vulnerabilidade absoluta, deve-se processar e prender a, pelo menos, oito anos de reclusão os seus companheiros, pais de seus filhos, o que se nos afigura ilógico. Em lugar de preservar a família que se formou, o direito penal acabaria por desagregá-la por completo.

No mesmo sentido, é plausível citar o julgado de autoria de Nucci (2015), tratando especificamente de caso pertinente ao trecho exposto:

TJSP: Apelação. Estupro de vulnerável. Vítima, com 13 anos de idade, mantinha relação sexual com o recorrente, à época com 20 anos, mantendo, também, relação amorosa, consistente em namoro com o mesmo, possuindo um filho juntos. Vítimas maiores de 12 anos e menores de 14: imprescindível a análise de discernimento, não devendo o magistrado, de início, enquadrar a situação como vulnerabilidade absoluta. Realidade social reveladora de contexto diverso. Consentimento pleno da ofendida devidamente demonstrado. Conduta atípica. Absolvição. Provimento. (...) In casu, apesar de a vítima ter iniciado sua vida sexual com 13 anos de idade com um rapaz, à época contando com 20 anos, restou demonstrada nos autos a relação de namoro entre ambos, sendo que a vítima frequentava a residência do

recorrente e boa parte da vizinhança tinha ciência de tal relacionamento. Tanto perante a autoridade policial quanto em juízo a vítima afirmou, por diversas vezes, ter consentido com a relação, demonstrando capacidade de entender o significado de uma relação sexual, mesmo porque suas amigas variavam entre meninas de 13 a 16 anos. Destarte, a sociedade não pode vender-se à realidade social, pois meninas iniciam a vida sexual cada vez mais cedo, seja por serem estimuladas pelos programas televisivos, cuja qualidade educacional decai periodicamente, seja por amigas de variadas idades, ou por outros motivos igualmente relevantes. Assim, restando demonstrado o consentimento pleno e não viciado da vítima, forçosa a absolvição do recorrente, com escopo na atipicidade da conduta. Ela nada fez que não tivesse vontade a tanto; não se demonstrou ser menina ingênua, sem qualquer preparo para conhecer os meandros da vida sexual; engravidou e é mãe do filho do réu, descortinando-se novas responsabilidades, incompatíveis com o grau de vulnerabilidade suposto pelo tipo incriminador (Ap. 990.10.274966-5, 16.^a C.C., rel. Guilherme de Souza Nucci, v.u.).

5 DO ERRO DE TIPO

A luz do nobre doutrinador Nucci (2015) nos relacionamentos sexuais havidos com consentimento entre os envolvidos, não é incomum encontrar o problema do erro de tipo. Muitas (supostas) vítimas, mesmo possuindo idade inferior a 14 anos, apresentam-se como tendo idade maior de 14. Especialmente, quando se trata de pessoa prostituída, pode carregar documento de identidade falso, e se produz com vestimenta e maquiagem, o que dissimula a idade e pode se apresentar como adolescente de 15, 16, 17 e até mesmo maior que 18.

Dependendo da aparência física, que pode fazer o agente entender a suposta vítima possuir idade bem superior a 13 ou 14 anos, assim deve analisa-se o caso concreto e, nos termos do art. 20 do Código Penal, inexistindo dolo, deve-se absolver o acusado, haja vista que este não tinha condições de saber que estava mantendo relação sexual com pessoa menor de 14 anos (NUCCI, 2015).

Rogério Greco (2015) afirma que no que diz respeito a idade da vítima, para que ocorra o delito de estupro de vulnerável, o agente, obrigatoriamente deverá ter conhecimento de ser a vítima menor de 14 anos, pois, caso contrário, poderá ser alegado erro de tipo que, dependendo do caso concreto, deverá conduzir a atipicidade do fato, ou a sua desclassificação para o delito de estupro, tipificado no artigo 213 do Código Penal.

Neste mesmo sentido, Greco (2015) traz um caso hipotético para ilustrar como pode ocorrer a atipicidade da conduta.

Imagine-se a hipótese em que o agente, durante uma festa, conheça uma menina que tem aparência de ter mais de 18 anos, em razão de sua formação física, bem como pelo modo como se vestia e se portava, ingerindo bebidas alcoólicas etc., quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento,

levá-la para um motel, onde mantém com ela conjunção carnal. Nesse caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, tendo em vista a ausência de violência física ou grave ameaça. (GRECO 2015).

Diante do exposto, ainda que o autor Rogério Greco tenha posição contrária a presunção relativa de vulnerabilidade ao menor de 14 anos, este admite em alguns casos que a conduta do agente pode ser atípica, precisando ser analisado o caso concreto, o que reforça que presunção absoluta da vulnerabilidade pode ser prejudicial a pessoas que sequer cometeram o crime de estupro, assim é o entendimento de vários julgados, senão vejamos:

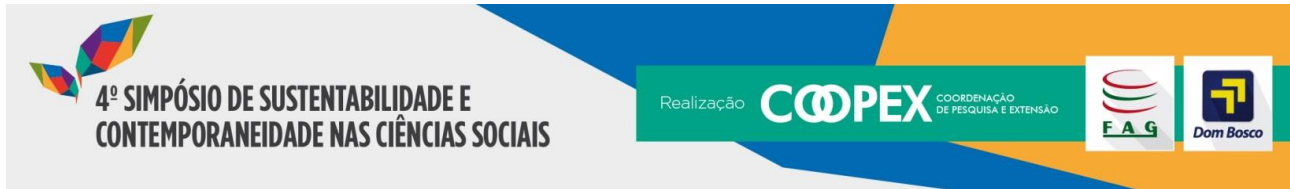
TJGO: “1 – A simples circunstância da vítima ser menor de quatorze anos não basta para que se afirme como caracterizado o estupro, sendo relativa a presunção de violência, notadamente quando a ofendida, por manter relação de namoro com o apelante, consente ou adere para a realização da relação sexual, constituindo um verdadeiro contrassenso, em certos casos em que não se observa a ingenuidade da vítima, entender que a mesma sofreu violência. Desse modo, se o acervo probatório demonstrou a capacidade de autodeterminação e vontade consciente da vítima menor de quatorze anos para a prática do ato sexual e, de consequência, a ausência de *innocentia consilii*, inexistente a violência ficta e, tampouco, a tipicidade da conduta” (Ap. 334980-36.2012.8.09.0006, rel. Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos, 1.^a C.C., DJ 10.04.2014).

6 DA LEI MAIS BENÉFICA.

O art. 217-A traz a pena mínima de oito anos, enquanto a anterior modalidade de estupro, com presunção de violência (art. 213 c.c. art. 224, CP), permitia a fixação em seis anos. Porém, se praticado contra menor de 14, deficiente ou pessoa incapacitada para resistir, deveria o juiz aumentar a pena na metade, resultando em nove, conforme dispunha o art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos, baseando-se no antigo art. 224 do CP (NUCCI, 2015).

Segundo Nucci (2015), seria mais gravosa a anterior figura e menos severa a atual. Entretanto, havia duas posições: a) para quem não aplicava o aumento de metade, previsto no art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos ao estupro com presunção de violência, pela idade ou outro fator, por entender a ocorrência de *bis in idem*, a pena seria somente de seis anos.

Nesse caso, o atual art. 217-A é mais severo, com pena mínima de oito anos; b) quando houvesse estupro com violência real contra pessoa menor de 14 anos, deficiente ou incapacitada para resistir, havia o aumento de metade, resultando, então, em nove anos, sem implicar em *bis in idem*. Nessa situação, a atual lei (12.015/2009), incluindo o art. 217-A, com o mínimo de oito anos, é mais



benéfica. Logo, depende do caso concreto e da posição que, anteriormente, era adotada, para se saber qual é a melhor lei a aplicar (NUCCI, 2015).

7 DA SUBSTITUIÇÃO DA VIOLÊNCIA PRESUMIDA PELA VIOLÊNCIA IMPLÍCITA

Conforme Cezar Roberto Bitencourt (2014), o legislador, dissimuladamente, utiliza-se dos mesmos termos utilizados pelo legislador de 1940 para presumir a violência sexual, todavia, observa-se que o legislador anterior foi democraticamente transparente, destacando expressamente as causas que levam à presunção da violência, conforme redação anterior do revogado art. 224, do Código Penal, no mesmo sentido, o legislador atual utiliza-se da mesma presunção de violência, porém, de forma disfarçada, na intenção de ludibriar aqueles que interpretam e aplicam a lei.

Ainda, conforme Bitencourt (2014), a intenção do legislador fica evidente observando-se que, na definição do estupro de vulnerável, ignorando o enunciado incriminador do artigo 213, adotou as elementares do revogado crime de sedução “ter conjunção carnal” (antigo artigo 217) e substituiu a violência ou grave ameaça reais do crime de estupro, pela condição de vulnerável do ofendido, conforme dispõe o artigo 217-A, do atual Codex.

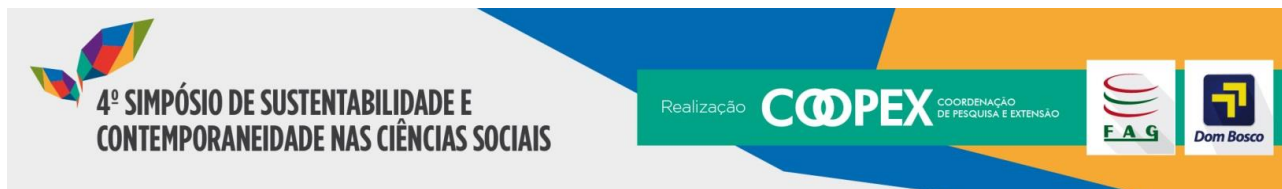
Vejamos a decisão do Ministro Marco Aurélio de Melo, no HC. STF 73.662/MG, 2ª T. Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, 21.05.2005:

A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança.

Assim, se pode concluir que a presunção de vulnerabilidade no novo texto legal, é relativa, recomendando que cada caso seja avaliado em específico para que se possa especificar, caso a caso, se a presunção de vulnerabilidade é absoluta ou relativa.

8 DECLARAÇÕES DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O VALOR PROBATÓRIO

Na atualidade, são muitos os casos de crimes sexuais cometidos contra crianças e adolescentes, seja na forma de violência real ou de violência presumida. O tipo penal do art. 217-A, cuidando da



tutela do menor de 14 anos (criança e adolescente), envolve as duas formas de violência, embora a descrição dos elementos objetivos do tipo não faça referência expressa à mencionada violência presumida. Todavia, aboliu-se o art. 224 do Código Penal, que cuidava das formas de violência presumida, inserindo-a, sem tal designação, no tipo incriminador do art. 217-A (NUCCI, 2015).

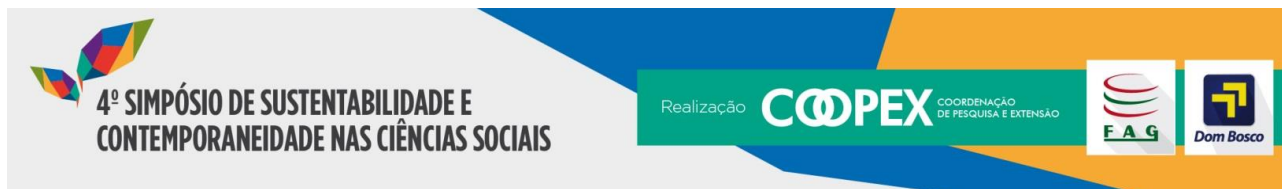
O ponto relevante deste tópico concentra-se na colheita das declarações de vítimas infanto-juvenis. Há vários elementos a considerar: a) o grau de veracidade dessas declarações; b) o trauma gerado à vítima pela própria colheita em juízo; c) o confronto entre a palavra da criança ou adolescente e do réu adulto; d) a consideração de princípios constitucionais, nesse cenário, como o da prevalência do interesse do acusado (NUCCI, 2015).

Quanto ao primeiro aspecto, faz-se notório que a criança costuma fantasiar e criar histórias, fruto natural do amadurecimento, motivo pelo qual, eventualmente, pode encaixar a situação vivida com o acusado nesse contexto, aumentando e dando origem a fatos não ocorridos, mas também narrando, com veracidade, o acontecimento. Discernir entre a realidade e a fantasia é tarefa complexa e, por vezes, quase impossível. Por isso, deve o magistrado considerar a declaração fornecida pelo infante como prova relativa, merecendo confrontá-la com as demais existentes nos autos, a fim de formar a sua convicção (NUCCI, 2015).

Ainda nesse cenário, há pais ou responsáveis pela criança, que a induzem a narrar eventos que não ocorreram ou a apontar o réu como autor de crime sexual, quando, na verdade, inexistiu malícia ou libidinagem entre eles. O infante, para agradar o adulto, acaba por confirmar os fatos induzidos, embora não corresponda à realidade, o que não é incomum que ocorra nos casos presenciados no dia a dia das audiências (NUCCI, 2015).

Nem todos os adultos agem desta forma e, obviamente, nem toda criança dissimula a verdade, imputando a culpa do agente, onde não existe. Muitas declarações correspondem exatamente ao que aconteceu, mas nem por isso se deve deixar de tomar a devida cautela da harmonização com outras evidências e provas processuais. Quanto ao adolescente, suas declarações podem, muitas vezes, ser mais confiáveis, dependendo do modo de vida e de seu comportamento geral (NUCCI, 2015).

Outro elemento é o trauma gerado pelo crime, que pode reproduzir-se em juízo, novamente, quando a vítima for obrigada a relatar, em ambiente formal, ao juiz, o drama pelo qual passou. Em relação a isso, aponta-se, como solução, o denominado depoimento sem dano (DSD), que seria colhido em sala especial, por psicólogo ou assistente social, acompanhado, por vídeo, em tempo real, pelo magistrado e pelas partes. As perguntas feitas à criança (ou adolescente) seriam feitas por intermédio de outro profissional, poupando a vítima de exposição pública ou, pelo menos, de estar



diante do ambiente austero da sala de audiências, o que pode constranger o menor a dizer a realidade acerca dos fatos ocorridos (NUCCI, 2015).

9 DA POSIÇÃO CONTRÁRIA ACERCA DA PRESUNÇÃO RELATIVA DE VULNERABILIDADE

Conforme entendimento do nobre doutrinador, Rogério Greco (2015), o qual discorda do posicionamento de Guilherme de Souza Nucci, alegando que a determinação da idade foi uma eleição político criminal feita pelo legislador, afirmando que o tipo penal não está presumindo nada, tão somente, e proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos.

Ainda, no mesmo sentido, o renomado doutrinador Rogério Greco (2015), afirma que se o agente tinha conhecimento da idade inferior a 14 anos da vítima, ainda que prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que é o estupro de vulnerável.

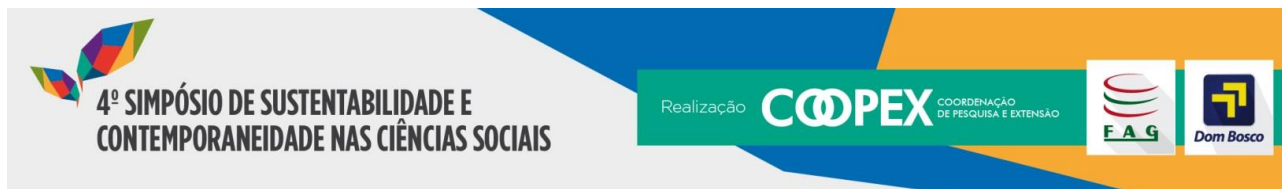
A lei desconsidera o consentimento da vítima menor de 14 anos, assim, o agente que conhece a idade da vítima, deve responder pelo delito de estupro de vulnerável. (GRECO, 2015)

Conforme o próprio doutrinador, afirma Greco (2015), aquele que tiver conhecimento da idade da vítima, no mesmo sentido, presume-se que àquele que não tem conhecimento da idade não deve responder pelo crime de estupro de vulnerável.

Segundo Greco (2015), em inúmeras passagens o Código Penal se vale tanto da idade da vítima, quanto do próprio agente, seja para aumentar a pena, a exemplo do que ocorre com o art. 61, II, h, quando o crime é praticado contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos, seja para levar a efeito algum cálculo diferenciado, como ocorre com a prescrição, onde os prazos são reduzidos pela metade quando o agente, ao tempo do crime, era menor de 21 (vinte e um) anos, ou maior de 70 (setenta), na data da sentença, conforme determina o art. 115 do Código Penal etc.

Ainda afirma Greco (2015) que não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, com intenção de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas.

Não conseguiam entender, permissa venia, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre



seus atos sexuais. Sua personalidade ainda estava em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado (GRECO, 2015, p.540).

Dados e situações não exigidos pela lei penal eram considerados no caso concreto, a fim de se reconhecer ou mesmo afastar a presunção de violência, a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social etc. O que se esquecia, infelizmente, era que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente, deixavam aflorar sua libido com crianças ou adolescentes ainda em fase de desenvolvimento (GRECO, 2015, p.540).

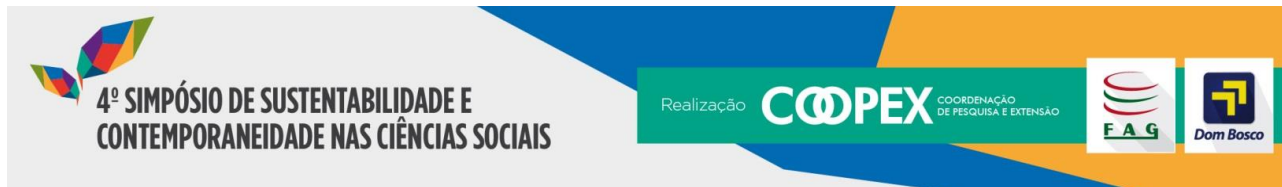
Conforme Greco (2015), com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos, fazendo com que seja aplicado de forma taxativa o artigo 217-A, do Código Penal.

Em sentido contrário a Guilherme de Souza Nucci (2015), o autor Rogério Greco (2015) discorda do posicionamento do renomado doutrinador, alegando que a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A, do Código Penal.

O nobre autor Rogério Greco (2015), mesmo tendo posicionamento contrário a Guilherme de Souza Nucci, afirma em sua obra, Curso de Direito Penal, Parte Especial, Volume III, 2015, p. 542, que, caso o agente não tenha conhecimento da idade da vítima, e que não possa reconhecer que esta tenha idade inferior a 14 anos, poderá ser alegado o erro de tipo, dependendo do caso concreto e que poderá levar a atipicidade da conduta prevista no artigo 217-A do Código Penal, razão pela qual o posicionamento do presente trabalho de que a vulnerabilidade deve ser relativa, observando o caso concreto.

10 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL À LUZ DO CÓDIGO PENAL DE 1940.

Sob a ótica do Código Penal de 1940, criou-se a regra da presunção de violência prevista no seu artigo 224, protegendo os menores de 14 anos, os alienados ou débeis mentais e aqueles que, por



outra causa, não pudesse oferecer a resistência, no antigo códex, a tipificação do crime de estupro ou atentado violento ao pudor era feito por extensão do artigo 213 combinado com o artigo 224, ou artigo 214 combinado com o artigo 224, assim, considerava-se violenta a relação sexual do agente com pessoa menor de 14 anos, ou que possuísse outra espécie de deficiência de consentimento (NUCCI, 2015).

Assim, surgiu a discussão acerca da qualidade da presunção de violência, se absoluta (não comportando prova em contrário) ou relativa (possibilitando a prova em contrário), o que englobava a violência efetiva contra o menor para que se fosse atribuído o crime de estupro (NUCCI, 2015).

Nesse contexto, as formas uniram-se ao artigo 217-A o contexto dos atos sexuais, englobando tanto a conjunção carnal (cópula pênis-vagina) quantos os outros atos libidinosos, nos mesmos moldes já realizados com o estupro (artigo 213 do CPP de 1940), elevando-se a pena para reclusão de 08 (oito) a 15 (quinze) anos (NUCCI, 2015).

Agravando-se a pena para o estupro de vulnerável, a qual não pode apagar a própria etimologia do vocábulo estupro, que significa coito forçado, violação sexual com emprego de violência física ou moral, assim o emprego da presunção absoluta, empregada taxativamente com o advento do artigo 217-A acaba por prejudicar aquele que não usou de violência ou ameaça, para a prática do ato sexual que foi consentido pela suposta vítima, assim a taxatividade do artigo 217-A acaba por extrapolar os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade (NUCCI, 2015).

11 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE

Conforme ensina Pedro Lenza (2013), o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom-senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins, assim precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive no âmbito constitucional, e como princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo ordenamento jurídico.

Em atenta análise aos princípios constitucionais acima expostos, tem-se que a aplicação absoluta do artigo 217-A, do Código Penal, sem considerar a relativização da aplicação do artigo 217-A do Código Penal ao caso concreto, acaba por sobrepor os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que é claramente desproporcional aplicar pena de



tamanha gravidade a uma pessoa que sequer cometeu violência, ameaça, ou ainda que não tinha o conhecimento da idade da pessoa com quem teve relação sexual.

Em observância aos princípios em comento, é nitidamente desproporcional aplicar a pena do artigo 217-A do Código Penal, como por exemplo ao caso em que o suposto réu constituiu família com a suposta vítima, inclusive tem filhos, assim o estado ao invés de apoiar o convívio familiar, acaba por destituir a família.

12 CONCLUSÃO

Portanto, concluímos que a aplicação taxativa do artigo 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável) pode acarretar graves e irreversíveis prejuízos a cidadãos de bem, imputando-lhes crime grave com pena mínima de 08 (oito) anos de reclusão, o que traz consequências irreparáveis para a família e para a vida profissional, ainda que formada inicialmente por mãe ou pai menor de 14 anos, mas que consentiram em um relacionamento natural e formaram uma família, a qual deve ser amparada e assistida pelo estado, e não punida por um crime que muitas vezes, nunca ocorreu.

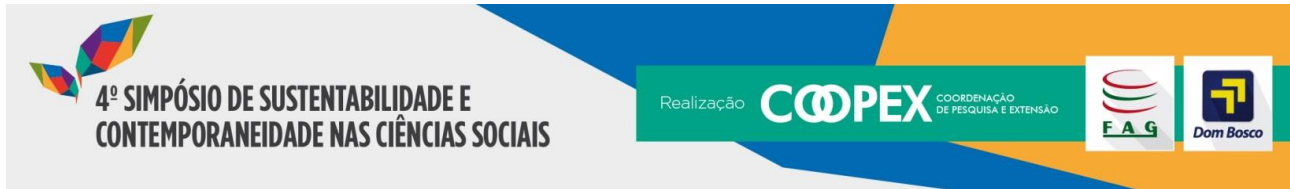
Diante de todo o exposto no presente trabalho, e considerando o posicionamento de autores de peso, concluímos que, mesmo aqueles que tem posicionamento contrário a presunção relativa, reconhecem que deve ser analisado caso a caso, eis que pode ocorrer atipicidade ao crime de estupro de vulnerável, bem como a aplicação taxativa do referido artigo pode lesar um cidadão de bem que praticou um ato sem realmente saber que poderia estar cometendo um crime grave.

A evolução da sociedade e dos meios de comunicação faz com que, cada vez mais rápido, as pessoas evoluam intelectualmente, fato que pode dissimular a idade não apenas pela aparência física, mas também pelo intelecto muito desenvolvido em contrapartida a pouca idade da vítima. Por fim conclui-se que a presunção relativa é a mais adequada ao crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal.

REFERÊNCIAS

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Crimes Contra a Dignidade Sexual – 5ª Edição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014-p.99-136

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Código Penal Comentado – 14ª Edição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014-p.1219



SANCHES, Rogério Sanches Cunha. **Manual de Direito Penal – Parte Especial**. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2015-p.473

RIOS, Victor Eduardo Gonçalves Rios. **Direito Penal Esquematizado**. 2 ed. Saraiva, 2012-p.533

GRECO, Rogério Greco. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**, Volume III, 12 Edição, Editora Impetus, 2015-p.586-541.

LENZA, Pedro Lenza. **Direito Constitucional**, 17 Edição, Editora Saraiva, 2013-p.586-541.

CONSULTOR JURÍDICO, 2015. **Citação de referência e documentos eletrônicos**. <http://www.conjur.com.br/2015-ago-28/mesmo-consentimento-sexo-menor-14-anos-estupro?imprimir=1>