

A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Larissa Iara Andres Hauschild¹

Marcos Afonso Johner²

Diego Alan Schofer Albrecht³

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE. 2.1 PONTO DE VISTA JURÍDICO. 2.2 PONTO DE VISTA FISIOLÓGICO. 3 ANÁLISE CRÍTICA. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: O objetivo desta pesquisa é analisar a figura típica do crime de estupro de vulnerável e a presunção de vulnerabilidade que lhe circunda, envolvendo aspectos jurídicos e fisiológicos, principalmente em correspondência ao entendimento dos tribunais brasileiros. A importância do tema delimitado explica-se por si própria, já que envolve questões fáticas e de direito enfrentadas hodiernamente pelos profissionais do mundo jurídico, que se defrontam com situações peculiares e que precisam do necessário conhecimento para enfrentá-las. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial para aprofundamento do assunto. Assim sendo, percebe-se que a presunção de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP) deve ser vista como relativa, observadas as circunstâncias concretas do caso.

Palavras-chave: Presunção. Vulnerabilidade. Estupro de vulnerável.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 12.015/2009 houve diversas e importantes mudanças no Código Penal. Outrora intitulados “crimes contra os costumes”, os tipos penais alocados no Título VI do diploma repressor passaram a ser chamados de “crimes contra a dignidade sexual”, nomenclatura mais adequada à sistemática constitucional, mormente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Antes da edição do referido diploma legislativo, a alínea “a” do art. 224 do Código Penal previa uma situação de violência presumida nos casos de estupro ou atentado violento ao pudor praticados contra menores de catorze anos. Discutia-se, então, se a presunção era absoluta ou relativa, de tal modo que o entendimento dos tribunais a respeito do assunto era bastante controvertido.

Com a superveniência da lei, entretanto, o art. 224 foi revogado e, em

¹ Bacharelanda em Direito pela FAI Faculdades de Itapiranga/SC. E-mail: larissa_hauschild@outlook.com.

² Bacharelando em Direito pela FAI Faculdades de Itapiranga/SC. Pesquisador do grupo “Ciências Criminais na Contemporaneidade: diálogos entre criminologia, dogmática penal e política criminal”, da FAI Faculdades de Itapiranga/SC. E-mail: marcosjohner@yahoo.com.br.

³ Doutorando em Ciências Criminais (PUCRS). Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica e Professor de Criminologia, Direito Penal e Processo Penal na FAI Faculdades de Itapiranga/SC.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

contrapartida, criou-se o art. 217-A, que tipificou o crime de estupro de vulnerável. A inovação legiferante criou nova presunção, agora em torno da vulnerabilidade. Do mesmo modo, o debate se circunda em relação à natureza absoluta ou relativa da presunção. Contudo, no julgamento do recurso especial repetitivo nº 1.480.881/PI, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que se trata de presunção absoluta.

Ainda assim, dadas as mudanças dos dias atuais, faz-se necessária uma explanação acerca do processo de desenvolvimento que ocorre na fase da adolescência, a fim de permitir maiores esclarecimentos acerca da presunção de vulnerabilidade. Afinal, é na puberdade que ocorre a maturação sexual e o desenvolvimento da capacidade de consentir com determinados atos. Contudo, não se deve incidir no erro de julgar absoluta essa capacidade, uma vez que o desenvolvimento do adolescente também é condicionado às suas vivências e ao seu meio social.

Destarte, o objetivo deste escrito é analisar a figura típica do crime de estupro de vulnerável e a presunção de vulnerabilidade que lhe circunda, envolvendo aspectos jurídicos e fisiológicos dos adolescentes, principalmente em correspondência ao entendimento dos tribunais brasileiros. O escopo, outrossim, é fundamentar o abandono de absolutismos na presunção da vulnerabilidade, buscando a análise do caso concreto para concretizar o seu verdadeiro juízo.

2 PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE

2.1 PONTO DE VISTA JURÍDICO

Antes do advento da Lei nº 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor se encontravam em artigos distintos (213 e 214, respectivamente). A perfeita subsunção do comportamento ao tipo dependia da existência de violência ou grave ameaça. Desse modo, questão controvertida dizia respeito aos casos em que a vítima fosse menor de catorze anos.

Com efeito, a alínea “a” do revogado art. 224 do Código Penal presumia a violência, nos crimes contra a dignidade sexual, se o ofendido não fosse maior de catorze anos. O ponto nevrálgico das discussões envolvia o caráter absoluto ou

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

relativo da referida presunção. Chegou a entender o Superior Tribunal de Justiça que, em tais casos, a violência deveria “ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado”⁴.

De outro lado, o Supremo Tribunal Federal pensava de modo diverso, considerando que “o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior, não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro”⁵. O órgão guardião da constituição tratava a presunção, portanto, como absoluta, de tal modo que a simples conjunção carnal seria o suficiente para caracterização da situação de violência apta a ensejar o aperfeiçoamento do estupro ou do atentado violento ao pudor. Mais tarde, o STJ começou a seguir esta visão, arguindo:

A presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, possui caráter absoluto, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações como de um inválido consentimento da vítima; eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima.⁶

No entanto, com a edição de Lei nº 12.015/2009, que modificou sobremaneira o tratamento aos crimes contra a dignidade sexual, outrora rubricados de crimes contra os costumes, o art. 224 do Código Penal foi revogado, motivo pelo qual o diploma repressor não mais presumiu a violência. Além disso, a figura do atentado violento ao pudor se fundiu ao crime de estupro, configurando-se, a partir de então, como um tipo penal único.⁷

⁴ STJ. EREsp nº 1.021.634/SP. Terceira Seção. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília: 23/11/2011. DJe: 23/03/2012.

⁵ STF. HC nº 94.818/MG. Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília: 24/06/2008. DJe: 15/08/2008.

⁶ STJ. EREsp nº 1.152.864/SC. Terceira Seção. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília: 26/02/2014. DJe: 01/04/2014.

⁷ De se ressaltar que, atualmente, apenas está tipificado o crime de estupro. Isso não significa, porém, que o atentado violento ao pudor deixou de existir. Pelo contrário, ocorre o fenômeno da continuidade normativo-típica, que se verifica quando um crime incorpora a outro, passando a caracterizar um único injusto típico. Nestes casos, não há abolitio criminis, pois não houve a expurgação do delito do ordenamento jurídico, razão pela qual quem respondia por atentado violento ao pudor, antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, por ele ainda responderá. É a visão do STJ: “ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABOLITIO CRIMINIS. FATO QUE CONTINUOU SENDO

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Outra inovação importante foi a criação do art. 217-A, que tipificou o crime de *estupro de vulnerável*, punindo a conduta de “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” com reclusão, de oito a quinze anos. A partir de então, a discussão travada não se reporta mais à presunção de violência, mas à presunção de vulnerabilidade.

É que, na atual ordem vigente, estupro (art. 213, CP) e estupro de vulnerável (art. 217-A) são duas figuras distintas. Primeiro, porque este último somente pode ser praticado contra pessoas menores de catorze anos. Segundo, pelo fato de que o estupro ainda exige a ocorrência de violência ou grave ameaça, ao passo que o estupro de vulnerável dispensa esta elementar. Sobre o assunto, César Roberto Bitencourt tece minuciosas críticas:

Observa-se que o legislador, *dissimuladamente*, usa os mesmos enunciados que foram utilizados pelo legislador de 1940 para *presumir a violência sexual*. Constatamos que o legislador anterior foi *democraticamente transparente* (mesmo em período de ditadura), isto é, destacando expressamente as causas que levavam à *presunção de violência* [...]; curiosamente, no entanto, quando nosso ordenamento jurídico deve redemocratizar-se sob os auspícios de um novo modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, o legislador contemporâneo usa a mesma *presunção de violência*, porém, *disfarçadamente*, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei (grifos do original).⁸

De mais a mais, travou-se a discussão sobre se a presunção de vulnerabilidade seria absoluta ou relativa. De forma favorável àquela é a opinião de Rogério Greco, que aduz:

O núcleo *ter*, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo *constranger*, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, *conjunção carnal*, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não terem sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, características do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima.

TIPIFICADO APÓS O ADVENTO DA LEI 12.045/2009. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Com o advento da Lei 12.015/2009, as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor foram condensadas em um mesmo dispositivo, não havendo que se falar em abolição criminis, estando-se diante do princípio da continuidade normativa” (STJ. HC 215.444/BA. Quinta Turma. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília: 12/11/2013. DJe: 21/11/2013).

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial, vol. 4**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99-100.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (catorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito do estupro de vulnerável (grifos do original).⁹

Assim sendo, à luz dessa corrente, o simples fato de se praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com pessoa menor de catorze anos é suficiente para caracterizar o estupro de vulnerável, ainda que não haja violência e que a relação sexual seja consentida. De outra banda, filiava-se a entendimento diverso o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *ex vi* dos seguintes julgados:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - VULNERABILIDADE NÃO COMPROVADA - ABSOLVIÇÃO - POSSIBILIDADE. 1- **A condição de vulnerabilidade da vítima, trazida pela Lei nº 12.015/09, é relativa, já que o direito penal não admite presunções absolutas, ainda mais nos dias atuais, onde as cenas sexo são temas dominantes na mídia televisiva.** 2- Admitir-se hipocritamente que uma jovem com idade inferior a 14 anos seja ingênua e inexperiente, sem capacidade de se autodeterminar em relação à sua sexualidade, é fazer vista grossa à moderna realidade que aí está, onde as meninas, como no caso dos autos, tomam as iniciativas das relações sexuais, dizendo ao namorado que queria perder a virgindade com ele. 3- Restando comprovado que a conjunção carnal ocorreu de comum acordo, sem que tenha havido qualquer tipo de violência ou grave ameaça, não há que se falar em crime de estupro de vulnerável, pois a inexistência da *innocentia consilii* afasta vulnerabilidade da vítima. 3- Recurso defensivo provido. Recurso ministerial prejudicado (grifo nosso).¹⁰

E, ainda:

ESTUPRO DE VULNERÁVEL - VULNERABILIDADE RELATIVA - ATO PRATICADO COM AQUIESCÊNCIA PLENA E CONSCIENTE DA MENOR - CONSTRANGIMENTO INEXISTENTE - CONDUTA ATÍPICA. RECURSO PROVIDO. **A vulnerabilidade contida no artigo 217-A, assim como a presunção de violência do revogado art. 224, "a", do CP, é relativa.** É por isso que nos casos em que a menor tem consciência e capacidade de discernimento acerca dos fatos, e tem condições de oferecer resistência (física ou mental) à investida, mas aquiesce à relação, fica afastado o crime (grifo nosso).¹¹

Entretanto, o Recurso Especial nº 1.480.881/PI, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 26 de agosto de 2015, sufragou o entendimento acerca da presunção

⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, vol. III.** 12. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2015, p. 541-542.

¹⁰ TJ/MG. Apelação Criminal nº 1.0693.10.007817-1/001. Terceira Câmara Criminal. Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos. Belo Horizonte: 01/11/2011. Publicação: 03/02/2012.

¹¹ TJ/MG. Apelação Criminal nº 1.0702.10.047428-8/001. Primeira Câmara Criminal. Relator: Des. Flávio Leite. Belo Horizonte: 24/01/2012. Publicação: 03/02/2012.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

de vulnerabilidade em relação ao delito de estupro de vulnerável, haja vista que a decisão ocorreu em caráter repetitivo, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973.

O dispositivo recém-mencionado continha a seguinte redação: “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo”. Com o advento do novo Código de Processo Civil, a disciplina se locomoveu para o art. 1.036, cujo *caput* dispõe: “Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça”.

Desse modo, o entendimento firmado pelo tribunal supremo ou superior passa a ser de observância obrigatória em relação aos órgãos jurisdicionais inferiores. Assim, o pedido contrário a acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos acarretará na sua improcedência liminar (art. 332, II, CPC). Além disso, é tarefa dos relatores negar provimento a recurso em desconformidade com a decisão repetitiva, ou dar-lhe provimento, caso o *decisum* rebatido for contrário ao entendimento pacificado (art. 932, IV, “b”, e V, “b”, CPC).

Ainda que tais normas se encontrem no compilado processual civil, são de perfeita aplicação ao processo penal, tanto em razão de se tratarem de normas de superdireito, como pelo fato de ser possível a operacionalização por intermédio do acoplamento estrutural.¹² Destarte, no recurso especial repetitivo em comento, o Superior Tribunal de Justiça fixou o seguinte raciocínio:

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

¹² Quando falamos em acoplamento estrutural fazemos referência à teoria autopoiética de Luhmann, sobre a qual não há espaço para maiores intervenções, motivo pelo qual aconselhamos a leitura da obra: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Para formular esta síntese, a corte superior considerou diversas variantes, a exemplo da irrelevância da existência ou não de violência e do consentimento da vítima, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente; o etiquetamento que comumente recai às vítimas de estupro, tentando justificar-se o comportamento do autor dos fatos; a instabilidade jurídica que eventual relativização poderia acarretar; a impossibilidade de incidência do princípio da adequação social.

2.2 PONTO DE VISTA FISIOLÓGICO

Verifica-se que é justamente no período da adolescência – espaço de idade entre doze e dezoito anos (art. 2º, ECA) – que são desenvolvidas grandes mudanças no ser humano, estas que podem ser de ordem física, biológica e psicológica. Esse período de mudanças é denominado puberdade.

Dessa forma, na puberdade, a fisiologia dos adolescentes passa por diversas mudanças em virtude dos hormônios, causando o desenvolvimento do corpo, o que é rapidamente perceptível. Essa mudança corporal passa a mudar o modo como o adolescente se vê e o modo como é visto pelos demais, bem como, pelo qual interage com os próprios desejos que sente.¹³

As mudanças corporais e os hormônios são elementos essenciais para o desenvolvimento da consciência sexual do adolescente, porém, para que se forme a chamada idade de maturação sexual, não podem ser vistos isoladamente, logo, devem sempre ser analisados juntamente com condições psicológicas e sociais, que interferem diretamente no comportamento do adolescente.¹⁴

Por conseguinte, o processo de desenvolvimento se dá a partir da infância, quando inicia a maturação cerebral, com o desenvolvimento das regiões sensoriais e motoras do cérebro, em média, até os dois anos de idade. Logo em seguida passa-se ao estágio de desenvolvimento de associação, ligada ao lobo temporal e parietal, que dura, em média, até os seis anos de idade. Por conseguinte, tem-se “a

¹³ FARIA, Aléxia Alvim Machado; VIANNA, Túlio. Maioridade sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Minas Gerais, v. 118, n. 0, p.15-54, jan/fev. 2016, p. 5.

¹⁴ Idem.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

maturação dos córtices pré-frontal e temporais laterais, responsáveis pelos processos cognitivos superiores, que ligam as habilidades motoras e sensoriais com a modulação da atenção e linguagem, o que acontece lentamente”¹⁵.

É essa última maturação que irá interferir diretamente na capacidade de tomar decisões. O cérebro do adolescente passa por alguns refinamentos, conforme se extrai da lição de Aléxia Alvim Machado Faria:

Além disso, o cérebro adolescente sofre refinamentos significativos, denominados eliminação de sinapses (responsável por aperfeiçoar as ligações cerebrais, extinguindo as sinapses menos utilizadas a fim de que as mais usadas funcionem com maior eficiência), sinaptogênese (formação das ligações sinápticas entre os neurônios) e mielinização (isolamento dos axônios por meio do revestimento de mielina, o que contribui para o aumento da velocidade de comunicação entre os sistemas Nervoso Central e Periférico).¹⁶

Esses processos de maturação cerebral descritos são essenciais para a formação do lobo frontal, incidindo na capacidade de tomar decisões e consentir com determinados atos. Com efeito, outra área importante para o desenvolvimento da personalidade e capacidade de julgamento e até o comportamento emocional é o córtex pré-frontal, que fica no lobo frontal. Embora pareça simples, o processo de desenvolvimento do córtex pré-frontal é de alta complexidade, pois não se pode definir com precisão quando o estágio da mielinização se finda. Além do mais, as situações vivenciadas pelos adolescentes irão interferir nesse processo.¹⁷

Destarte, jamais se pode deixar de analisar o meio social em que vive o adolescente e como exterioriza suas relações sociais. Assim, diversos psicólogos elaboraram teorias ao longo da história para descrever o processo de desenvolvimento pelo qual passa o adolescente. Dentre eles, destaca-se Sigmund Freud, que afirmava que a sexualidade é o centro da maturação e que, por meio desse processo, é que o sujeito desenvolve o modo de reagir aos estímulos internos e externos.¹⁸

¹⁵ FARIA, Aléxia Alvim Machado; VIANNA, Túlio. Maioridade sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Minas Gerais, v. 118, n. 0, p.15-54, jan/fev. 2016, p. 5-6.

¹⁶ Idem, Ibidem, p.6.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem, Ibidem, p. 7.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Por conseguinte, deve-se analisar também a teoria de Erik Erikson, chamada de Teoria Psicossocial, por meio da qual o autor demonstra que as experiências sociais do sujeito interferem em seu desenvolvimento psicológico, do início ao fim da sua vida. Desse modo, não basta analisar os fatores fisiológicos e biológicos para se entender a maturação sexual, haja vista que os elementos culturais e a realidade vivenciada por cada pessoa interferem diretamente em seu desenvolvimento.¹⁹

Erikson define oito estágios para o desenvolvimento, dos quais o quinto é o mais importante e se caracteriza pelo período da identidade, que se desenvolve durante a adolescência. É nesse estágio que o adolescente passa a ter maior percepção sobre si e começa a se identificar com determinadas culturas e grupos. Desenvolve-se, ainda, a vida sexual, com interferência de fatores biológicos e externos (sociais).²⁰

Note-se que o legislador definiu que os vulneráveis não podem oferecer consentimento para os atos sexuais. Cabe mencionar que ele se utilizou de um critério objetivo para definir como vulneráveis os menores de 14 anos. Nos escólios de Cleber Masson:

A vulnerabilidade decorre do incompleto desenvolvimento físico, moral e mental dos menores de 14 anos, pois estas pessoas ainda não estão prontas para participar de atividades sexuais. A idade da vítima deve ser comprovada por documento hábil (art.155, parágrafo único, do CPP).²¹

Essa concepção de que o adolescente não possui desenvolvimento mental e moral para a prática sexual não se vislumbra mais nos dias atuais, em que há um amadurecimento mais precoce dos adolescentes, pois é justamente no período da adolescência que se tem o desenvolvimento da capacidade de consentir e da maturação sexual.

Por óbvio, deve-se analisar cada caso em concreto para que se defina a questão da vulnerabilidade, haja vista que o processo de maturação sexual é diferente para a diversidade das pessoas, uma vez que não depende, tão só, de

¹⁹ FARIA, Aléxia Alvim Machado; VIANNA, Túlio. Maioridade sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Minas Gerais, v. 118, n. 0, p.15-54, jan/fev. 2016.

²⁰ Idem, Ibidem, p. 8.

²¹ MASSON, Cleber. **Código Penal comentado. 2. ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2014. P.950. Obra digital.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

fatores biológicos, mas, também, de fatores sociais. Assim, parece-nos infundado julgar pela presunção absoluta de vulnerabilidade, de forma que não se pode deixar de sopesar o crescente desenvolvimento das novas gerações, que já nascem com acesso à informação de maneira mais completa que os jovens de outrora.

3 ANÁLISE CRÍTICA

Muito embora a repetitividade do recurso e a fixação do entendimento prolatado em acórdão pelo Superior Tribunal de Justiça, cremos seja equivocado objetivar-se, pura e simplesmente, o conceito de vulnerabilidade que se insculpe no art. 217-A do Código Penal. É preciso, por conseguinte, realizar a análise das circunstâncias concretas do caso.

Isso não quer significar que se rotulará primeiramente a vítima para, somente depois, sopesar a conduta do autor. Pelo contrário. Política criminal, *permissa venia*, não se consubstancia na simples objetivação de um conceito, pois requer a análise substancial de acordo com os critérios norteadores de todo o sistema penal. De ser desconsiderada, assim, uma das premissas arguidas pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.480.881/PI, *verbis*:

É de se perguntar: com quais dados os desembargadores concluíram que a ofendida poderia estar preparada e madura para livremente decidir sobre sua vida sexual? Ainda: qual o limite de idade para que o infante não seja "responsabilizado" pela prática do ato sexual? E se as relações sexuais, na espécie, houvessem se iniciado quando a vítima e o recorrido começaram a namorar, ou seja, quando ela tinha oito anos de idade, ainda assim estaria "justificada" a conduta do agente?

A resposta a essas perguntas não deve ser dada pelo juiz, pois já foi dada pelo legislador, quando **estabeleceu a idade de quatorze como limite para o livre e pleno discernimento quanto à iniciativa de uma relação sexual**. Não cabe, destarte, ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta (grifo do original).

Não obstante os belos argumentos gizados pela corte superior, a orientação que reputamos cabível deve ser diversa. Supunha a simples hipótese de uma adolescente de treze anos e onze meses que venha a manter relações sexuais consentidas com seu namorado, de dezoito anos de idade, sem que haja violência ou ameaça. Seria razoável processá-lo por estupro de vulnerável, sem a

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

compreensão concreta da relação? A despeito da posição jurisprudencial, consideramos que a resposta é negativa, pois, caso contrário, não se estaria diante de um critério de política criminal, mas, sim, de uma interpretação levada aos extremos de um positivismo exegético.

Além disso, caso seja deferida alguma medida cautelar contra o autor, ou, ainda, este venha a ser condenado ao final do trâmite processual, sabe-se lá quais as nefastas consequências que o cárcere lhe traria, pois, cedo ou tarde, ser-lhe-ia aplicada a pena de talião,²² o que não corresponde, de modo algum, a aspectos político-criminais.

Importante destacar que, no caso concreto julgado pelo STJ, reputamos correta a sua decisão, posto que uma criança, com oito anos de idade, não tem o necessário discernimento para dizer se está ou não apaixonada por alguém. Esta conclusão, aliás, prescinde de maiores referências. A crítica é em relação à tese fixada, que, invariavelmente, deixará de lado a análise das circunstâncias concretas da situação, afastando a atuação, por exemplo, de profissionais da psicologia, que muito bem poderiam auxiliar na compreensão do desenvolvimento do fato.

A propósito, recentemente, alguns tribunais de justiça emitiram julgamentos contrários ao entendimento do STJ no REsp nº 1.480.881/PI, a exemplo do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, em apelação criminal de relatoria do ilustre Desembargador José Conrado Kurtz de Souza, assim se pronunciou:

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. INTERPRETAÇÃO DOS FATOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA (ULTIMA RATIO) E FRAGMENTARIEDADE DO DIREITO PENAL. FLEXIBILIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE MANTIDA. É bem verdade que a nova legislação que introduziu o artigo 217-A em nosso Código Penal, aliás, na esteira de legislações alienígenas, veio a agravar a conduta de quem, em termos gerais, pratica ato sexual com menores de 14 anos. O legislador buscou afastar a brecha legislativa que oferecia interpretação "dúbia" (?) que se instalava com a expressão presunção a que se referia o artigo 224 do CP brasileiro, ou, mais precisamente, se a presunção seria absoluta ou relativa, optando, com a reforma, pela fórmula mais rígida de que o consentimento do menor não é válido *tamquam non esset*, isto é, a presunção é absoluta. Nada obstante, o direito penal não tem caráter absoluto e deve sempre ser visto em sua conformidade constitucional, portanto sob os auspícios dos

²² Vide, a respeito: MARQUES, Archimedes. **A Lei de Talião ainda sobrevive para o autor do crime de estupro**. Disponível em: <http://www.soleis.com.br/artigos_taliao.pdf>. Acesso: 02/10/2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

princípios do Estado democrático de direito, da dignidade da pessoa humana e da intervenção mínima (*ultima ratio*). Assim, se por um lado houve agravamento pelo legislador de condutas como a que ora está sob análise, de outro positivou-se o entendimento, já de longo presente na doutrina e jurisprudência, de que a tutela sobre os crimes sexuais não se insere na órbita de uma mutável, relativa e abstrata moralidade pública, sob a fórmula "crimes contra os costumes", mas, diversamente, na da autodeterminação sexual, que está diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana. O direito à autodeterminação sexual, em sentido penal, deve, contrariamente, ser entendido como um direito de defesa do indivíduo. Contém, na verdade, a liberdade contra a "determinação" que venha de fora (externa) sobre o âmbito (pessoal) sexual. **Assim, apesar de a vítima ter menos de 14 anos de idade na data do fato, revela a prova a sua evidente maturidade sexual e liberdade escolha, o que, como já referido, impõe a flexibilização do rigor legal, afastando-se a tipicidade da conduta do apelado.** ACÓRDÃO MANTIDO NA ÍNTEGRA (grifo nosso).²³

No mesmo sentido segue a opinião do Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação Criminal nº 2015.058399-5, de relatoria do Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, decisão da qual transcreveremos alguns excertos, cujo teor perfilhamos integralmente, tendo em vista a lucidez neles inserta:

[...] A questão, aqui, não é concordar ou não com a precocidade com que os jovens de hoje se relacionam sexualmente, mas a de que não se pode ficar indiferente a essas mudanças. É inadmissível que o julgador de hoje, no exercício da exegese, prenda-se ao espírito do legislador de ontem, pois que aquele espírito não é mais o que norteia o texto legal. A evolução dos tempos permite e exige uma interpretação mais tolerante, sem, porém, deixar de ser responsável.²⁴

Portanto, não se trata de violação à separação de poderes, pois acreditamos que, na esteira do que pensa Ronald Dworkin, no conflito entre um princípio e a literalidade da lei, aquele deve prevalecer. Dessa forma, o exame do caso fático deve ser visualizado à luz dos princípios da ofensividade, da proporcionalidade e da razoabilidade intrínsecos ao Direito Penal.

Outra parte da decisão do tribunal barriga verde assim dispõe:

Aliás, a jurisprudência, inclusive deste Tribunal, já fixou entendimento no tocante à relatividade do dispositivo em questão. Para que a violência presumida possa ser tida como absoluta, mister se faz que o consentimento

²³ TJ/RS. Apelação Criminal nº 70050072925. Sétima Câmara Criminal. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre: 12/05/2016. Publicação: 01/06/2016.

²⁴ TJ/SC. Apelação Criminal nº 2015.058399-5. Terceira Câmara Criminal. Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Florianópolis: 03/11/2015.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

da vítima seja desprovido de qualquer valor, ou seja, quando aquela demonstrar não possuir discernimento esperado para sua idade.

É bem verdade que não se deve generalizar. A presunção estabelecida no art. 217-A do Código Penal, não pode ser tomada como absoluta, devendo ser analisada a compleição física da vítima, sua personalidade, maturidade, capacidade de entender o fato e as consequências que tenha trazido para sua vida, sem olvidar, por certo, de que ainda há adolescentes menores de 14 anos que sequer iniciaram sua vida sexual. É preciso, pois, observar o caso concreto, analisar o contexto em que os fatos ocorreram.²⁵

Destarte, a presunção de vulnerabilidade deve ser vista como *juris tantum*, isto é, relativa, pois, caso se constatar, no caso concreto, que tal circunstância resta afastada, excluir-se-á a tipicidade penal em relação ao crime de estupro de vulnerável, seja em decorrência do consentimento da vítima, seja pela não caracterização de sua vulnerabilidade, enfim, levando-se em conta critérios que obedeçam aos verdadeiros padrões de política criminal, isto é, à ofensividade, à proporcionalidade e à razoabilidade.

4 CONCLUSÃO

Antes da edição da Lei nº 12.015/2009, o art. 224 do Código Penal trazia uma situação de violência presumida nos crimes contra a dignidade sexual, à época denominados de “crimes contra os costumes”, praticados em desfavor de menores de catorze anos. Com o advento do referido diploma, o dispositivo recém-mencionado foi revogado. No entanto, criou-se o art. 217-A, que tipificou o crime de estupro de vulnerável. A partir de então, nova controvérsia surgiu, agora em relação à presunção de vulnerabilidade, tendo em vista que o legislador não adequou a legislação à nova realidade,

O cerne do debate se centrou em definir se a presunção é absoluta ou relativa. Para sufragar a discussão, em 26/08/2016, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial Repetitivo nº 1.480.881/PI, entendendo presumir-se absoluta a vulnerabilidade contida no art. 217-A do Código Penal. Mesmo assim, alguns tribunais ainda divergem da opinião emitida pela corte superior, a exemplos dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul.

²⁵ TJ/SC. Apelação Criminal nº 2015.058399-5. Terceira Câmara Criminal. Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Florianópolis: 03/11/2015.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Nessa toada, dado o processo de desenvolvimento da maturação sexual, que ocorre durante a adolescência, é equivocado aventar uma presunção *iuris et de iure* acerca da vulnerabilidade, pois esta depende da análise do caso concreto, tendo em conta que tal processo não ocorre de maneira uniforme, variando de pessoa para pessoa. Devido a isso, alguns adolescentes, em decorrência da eventual capacidade de autodeterminação, iniciam a vida sexual mais precocemente.

Portanto, a presunção absoluta de vulnerabilidade deve se orientar pelo caso em concreto, a fim de possibilitar maior retidão das investigações sobre os fatos, obedecendo-se aos verdadeiros critérios de política criminal que delineiam o sistema penal, em especial aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial, vol. 4.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848 (Código Penal), de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso: 03 out. 2016.

_____. STF. HC nº 94.818/MG. Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília: 24/06/2008. DJe: 15/08/2008.

_____. STJ. EREsp nº 1.021.634/SP. Terceira Seção. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília: 23/11/2011. DJe: 23/03/2012.

_____. STJ. EREsp nº 1.152.864/SC. Terceira Seção. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília: 26/02/2014. DJe: 01/04/2014.

_____. STJ. HC 215.444/BA. Quinta Turma. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília: 12/11/2013. DJe: 21/11/2013.

_____. TJ/MG. Apelação Criminal nº 1.0693.10.007817-1/001. Terceira Câmara Criminal. Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos. Belo Horizonte: 01/11/2011. Publicação: 03/02/2012.

_____. TJ/MG. Apelação Criminal nº 1.0702.10.047428-8/001. Primeira Câmara Criminal. Relator: Des. Flávio Leite. Belo Horizonte: 24/01/2012. Publicação: 03/02/2012.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

_____. TJ/RS. Apelação Criminal nº 70050072925. Sétima Câmara Criminal.
Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre: 12/05/2016. Publicação:
01/06/2016.

_____. TJ/SC. Apelação Criminal nº 2015.058399-5. Terceira Câmara Criminal.
Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Florianópolis: 03/11/2015.

FARIA, Aléxia Alvim Machado; VIANNA, Túlio. Maioridade sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Minas Gerais, v. 118, n. 0, p.15-54, jan/fev. 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, vol. III**. 12. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2015.

MARQUES, Archimedes. **A Lei de Talião ainda sobrevive para o autor do crime de estupro**. Disponível em: <http://www.soleis.com.br/artigos_taliao.pdf>. Acesso: 02/10/2016.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado. 2. ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2014. P.950. Obra digital.