

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA EM CASOS DE ESTUPRO

MENDES, Giuliana Coelho ¹
COUTO, Gabrielle Paloma Santos Bezerra ²
ALMEIDA, Marcelo Coelho ³
COSATE, Tatiana Moraes ⁴

RESUMO: O presente estudo tem como escopo analisar, diante do critério etário, a presunção de violência trazida no crime de estupro de vulnerável, instituído pela Lei 12.015/2009 e a sua consequente efetividade diante dos casos concretos, abordando, para tanto, o conteúdo da Súmula 593 do STJ e julgados de Tribunais de Justiça. Em um primeiro momento, analisou-se o delito de estupro do vulnerável, após sobre a presunção absoluta e relativa do delito em comento e por fim foi estudado os julgados e a Súmula. O estudo se deu através de pesquisas bibliográficas em doutrinas, artigos relacionados, legislações e entendimentos da jurisprudência, bem como foi analisada decisões sobre a possibilidade ou não da relativização.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Presunção de violência. Efetividade.

ABSTRACT: Given the age criterion, the present study aims to analyze the presumption of violence brought about in the crime of rape of vulnerable, instituted by Law 12.015 / 2009 and its consequent effectiveness in the concrete cases, addressing, therefore, the content of the Precedent 593 of the STJ and judged by Courts of Justice. At first, the offense of rape of the vulnerable was analyzed, after on the absolute and relative presumption of the crime in the commentary and finally the judges and the Summary were studied. The study was carried out through bibliographical researches in doctrines, related articles, laws and understandings of the jurisprudence, as well as was analyzed decisions on the possibility or not of relativization.

Keywords: Rape of vulnerable. Presumption of violence. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

A Lei 12.015/2009 instituiu o art. 217-A ao Código Penal, o qual trata do crime de estupro de vulnerável. Tal inserção se fez necessária, tendo em vista a constante mutação da sociedade e a necessidade de se proteger a dignidade sexual da criança e do adolescente. Dessa forma, o mencionado artigo previu a vulnerabilidade de forma absoluta, onde o consentimento do ofendido não importa para a caracterização do delito em estudo.

¹ Acadêmica do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade de Balsas (UNIBALSAS).

² Professora do curso de Direito da Faculdade de Balsas (UNIBALSAS).

³ Professor do curso de Direito da Faculdade de Balsas (UNIBALSAS).

⁴ Professora do curso de Direito da Faculdade de Balsas (UNIBALSAS).

Diante do critério etário, a saber, os menores de 14 (quatorze) anos, trazido pela nova tipificação, em muitos julgamentos a presunção de vulnerabilidade foi relativizada para os adolescentes (pessoa entre doze e dezoito anos). A partir de então, a condenação do sujeito ativo foi tratada conforme o entendimento de cada julgador, após a análise do caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) com o fito de pacificar o entendimento quanto a relativização da presunção de vulnerabilidade da vítima, lançou a súmula 593, afirmando cabalmente o conteúdo abrangido pelo artigo em estudo, a saber, a vulnerabilidade de forma absoluta, porém mesmo com tal orientação o problema não foi sanado, uma vez que decisões em sentido contrário continuaram a serem prolatadas.

Isto posto, como fica os casos em que o adolescente, tido como vulnerável, na acepção jurídica do termo, que tenha um relacionamento amoroso como o sujeito ativo e que a relação tenha sido aprovada pelos pais? E os casos em que o adolescente tenha vida sexual ativa? Ou que conviva com o sujeito? E os casos em que a adolescente esteja grávida?

Buscar-se-á resposta para tais indagações durante o presente trabalho, a partir da análise dos principais argumentos dos entendimentos sobre o tema, bem como mostrar para qual deles a jurisprudência tem se voltado, visto que o assunto tem despertado insistentes dúvidas insanáveis.

A importância do desenvolvimento do presente trabalho se dá pela necessidade de se saber sobre o que tem sido decidido e adotado, no cenário jurídico, acerca da relativização da presunção de vulnerabilidade da vítima em casos de estupro e se o consentimento dela importa ou não para a caracterização do delito.

O presente estudo está estruturado da seguinte forma: no primeiro tópico estuda-se o crime de estupro de vulnerável, abordando brevemente as principais mudanças trazidas pela Lei 12.015/2009 e a estrutura típica. Após, será abordado sobre as presunções absoluta e relativa acerca do crime em tela e, por fim, será analisado os posicionamentos existentes em relação a relativização do estupro de vulnerável, de forma especial, o entendimento do STJ e julgados do TJRS, com os principais argumentos para defesa de suas respectivas teses.

A metodologia usada para o desenvolvimento do presente estudo foi baseada em levantamento bibliográfico e jurisprudencial, bem como no que se tem adotado pelas lideranças da área jurídica.

1 ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ESTUDO DOS ELEMENTOS DO CRIME

O estupro está previsto no rol de crimes contra a liberdade sexual. É comum o entendimento de que o estupro é o ato sexual não consentido. Tal assertiva é eivada de equívoco, pois o conceito trazido pelo Código Penal (CP) possui mais amplitude, sendo, portanto, definido como o ato pelo qual alguém é constrangido “mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (art. 213 da Lei nº 12.015/2009).

Com o surgimento do estado de vulnerabilidade, introduzido pela Lei 12.015/2009, não há que se falar presunção para a configuração do delito de estupro de vulnerável. A mencionada Lei criou o art. 217-A, segundo o qual inexistente a chamada ficção legal que existia no art. 224 do CP, através da qual a conduta do agente incidiria no art. 213 ou art. 214 do mesmo diploma legal.

Segue a redação dada ao artigo em estudo, o qual passará a ser analisado:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º Vetado,

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O *caput* do art. 217-A traz a inovação, pois a presunção de que trata o artigo é absoluta, bastando para a configuração do delito que o sujeito realize qualquer das condutas nele previstas, seja a de manter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso diverso com pessoa que possua idade inferior a quatorze anos.

Conforme foi visto, no delito em estudo não há que se falar em consentimento para a prática do ato, em virtude de que a legislação penal previu a vulnerabilidade de forma absoluta quando trouxe a ausência de violência ou grave ameaça, sendo suficiente, para a sua configuração, que as condutas previstas no tipo penal sejam

praticadas. Assim, “O consentimento, mesmo que alegado, não é válido” (MONTEIRO, 2015, p. 101).

A nova tipificação penal visa proteger a dignidade dos ditos vulneráveis. Trata-se de crime cujo elemento subjetivo é o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar a conjunção carnal ou ato libidinoso com o vulnerável. Inexiste, em tal modalidade criminosa, a figura culposa, sendo indispensável que tal elemento seja específico, que haja vontade do agente em satisfazer a lascívia (CAPEZ, 2014).

Em razão de não existir a forma culposa no delito em tela, parte da doutrina entende que seria causa de atipicidade da conduta, fundamentando tal posicionamento no erro de tipo, previsto no art. 20 do Código Penal, quando o agente praticasse os núcleos penais desconhecendo a situação de vulnerabilidade do ofendido, como é possível verificar na fala de Antônio Lopes Monteiro (2015, p.101):

[...] o agente incide em erro de tipo (art.20 do CP), acreditando sinceramente que ofendido não é menor de catorze anos, por sua estatura ou outros elementos físicos e psicológicos, por apresentação de documento falso, ou por não se encontrar numa das situações descritas no § 1º do art. 217-A caracterizadoras da vulnerabilidade, não haverá crime.

Dando força a tal entendimento, Guilherme de Souza Nucci (2009, p.38), também partindo do pressuposto da inexistência de conduta culposa, quando o agente praticar a relação sexual com o vulnerável é necessário que se tenha plena convicção da situação do ofendido. Assim, uma vez descaracterizado o elemento subjetivo, a conduta se tornaria atípica, e, portanto, não haveria crime. Nucci salienta que

o autor do crime precisa ter ciência de que a relação sexual se dá com pessoa em qualquer das situações descritas no art. 217-A. Se tal não se der ocorre erro de tipo, afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição, visto inexistir a forma culposa.

É sujeito ativo do delito em estudo, por se tratar de crime comum, qualquer pessoa, vez que não há especificidade quanto a autoria. Desta feita, significa dizer que não apenas a figura masculina pode praticar a conduta criminosa, como também mulheres e entre pessoas do mesmo sexo, visto que a redação dada possuía a denominação “conjunção carnal”, subtendendo-se que apenas o homem

poderia ser sujeito ativo e, conseqüentemente, apenas a mulher o sujeito passivo, em razão de que, como o termo sugere, era necessário o coito vaginal para a configuração do delito (BITENCOURT, 2012).

Embora o *caput* do supra artigo traga a pessoa contra a qual o delito deve ser praticado, a saber, o menor de 14 (quatorze) anos, o §1º do mesmo dispositivo traz em seu bojo outras espécies de vulneráveis, sendo eles: o indivíduo que por enfermidade ou deficiência mental, não tenha discernimento suficiente para a prática do ato, ou que, por qualquer outra forma não ofereça resistência (BITENCOURT, 2012).

Importante informar que, não há que se falar em estupro de vulnerável se as condutas trazidas no *caput* do art. 217-A forem feitas na data do aniversário do ofendido, pois, segundo Monteiro (2015, p.102), “a vítima deixou de ser menor de catorze anos”, e, portanto, deixou de ser vulnerável, no que diz respeito ao critério etário.

Conforme falado, além do sujeito passivo previsto no *caput* do artigo em estudo, há outras espécies de vulneráveis que merecem atenção que são aqueles encontrados no §1º do Artigo 217-A. Em primeiro lugar, passa a ser objeto de análise a circunstância da vulnerabilidade pela enfermidade ou deficiência mental. Tal modalidade, antes denominada “alienada ou débil mental”, passou a ter a aludida nomenclatura para que melhor se amoldasse ao Código Civil, em se falando dos absolutamente incapazes (MONTEIRO, 2015).

Para melhor esclarecimento quanto a modalidade em comento, Maximiliano Ernesto Fuhrer (2009, p. 178) traz as definições do que vem a ser enfermidade, deficiência mental e o discernimento, onde

Enfermidade é qualquer doença mental ou física com efeitos mentais que prive a vítima do discernimento necessário (...)
Deficiência mental corresponde à oligofrenia.
Discernimento é a faculdade de discernir, de apreciar, de escolher. É a opção seguindo algum critério.

Monteiro (2015, p.102) reforça o entendimento afirmando que se faz necessário não só os critérios biológicos da vítima, ou seja, não basta apenas que ela seja enferma ou deficiente mental, “É imprescindível que o ofendido, enfermo ou deficiente mental, tenha a faculdade de discernir, de perceber claramente, por qualquer de seus sentidos, esse ato” devendo ser provada que, em razão das

aludidas condições, o ofendido não tenha discernimento suficiente para discernir o ato sexual, assim devendo as circunstâncias serem comprovadas através de laudo pericial, “sob pena de não restar atestada a materialidade do crime, por se tratar de elementar, a qual integra o fato típico” (CAPEZ, 2014, p. 88).

É exigido, ainda, a presença dos critérios biológicos e psicológicos, sendo que o primeiro diz respeito a enfermidade ou deficiência mental e o outro é aquele inerente a impossibilidade de compreensão do ato. Assim, se a vítima tiver discernimento quanto a prática do ato, a conduta do agente é considerada atípica por não constituir a elementar do tipo (MONTEIRO, 2015).

Também é vulnerável aquele que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência. Nesta última modalidade, a resistência diz respeito ao estado do ofendido em não ter condições para se defender, em virtude de estar sob efeito de álcool, de alguma substância entorpecente ou algo que o torne absolutamente incapaz de estar em pleno gozo de suas faculdades mentais (CAPEZ, 2014). Segundo Monteiro (2015), se restar comprovada que a resistência foi relativa, haverá a desclassificação do delito.

A desclassificação a que se refere o autor remete ao delito previsto no art. 215, que trata da violação sexual mediante fraude, que é aquela em que o agente mantém conjunção carnal ou pratica ato libidinoso, por meio “do emprego de fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”, a tendência para a desclassificação decorre de que a pena para o crime em comento é mais branda e não constitui crime hediondo. Assim, de acordo com Capez, a presunção na modalidade em comento é relativa, admitindo, portanto, prova em contrário, sendo necessário a comprovação da “completa impossibilidade de a vítima oferecer resistência” (2014, p. 89).

O delito em estudo se consuma no momento em que acontece o resultado naturalístico: ocorre quando acontecer a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, visto que se trata de um crime material e, por esse motivo, exige a ocorrência dos mesmos. Quanto a conjunção carnal, o delito se consuma “com a cópula vagínica, ou seja, com a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina da mulher” (MONTEIRO, 2015, p. 103) e sem que haja necessidade do orgasmo ou ejaculação. Já em relação ao ato libidinoso, entendido como aquele diverso da conjunção carnal, mas que tenha a finalidade de satisfazer a lascívia (desejo sexual) de quem o

prática, sua consumação acontece quando for concretizado o ato buscado (GRECO, 2014).

Por ser crime plurisubsistente, entendido como aquele praticado por vários atos, é perfeitamente admissível a tentativa. Esta acontecerá quando, iniciada a execução pelo agente, o mesmo por circunstâncias alheias à sua vontade, seja porque a vítima reagiu ou pela presença de um terceiro, não consegue atingir o fim desejado.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em seu entendimento afirma que

Para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a conjunção carnal propriamente dita, mas qualquer prática de ato libidinoso contra menor. Jurisprudência do STJ (STJ, AgRg no REsp 1244672 / MG, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), j. 21/05/2013).

Para isso, a intenção do agente tem que ser o ato libidinoso, caso contrário, sendo a conjunção canal e o indivíduo toca no corpo da vítima para conseguir alcançar o objeto pretendido, não seria ato libidinoso, mas meio de se chegar ao fim almejado.

São formas qualificadas quanto ao delito em estudo, se da conduta do agente resultar lesão corporal de natureza grave (§3º), cuja pena é de reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos e pelo resultado morte (§4º) cuja pena é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. Segundo Greco (2014, p. 549), ambas as formas qualificadas “devem ter sido produzidas em consequência da conduta do agente, (...), do comportamento que era dirigido finalisticamente no sentido de praticar o estupro”. O autor acrescenta ainda que a imputação a tais crimes deve ser feita a título de culpa, o nomeando como crime “preterdoloso”, onde o agente, no momento em que dirige sua conduta no sentido de cometer o delito, acaba culposamente, causando ao ofendido lesão corporal grave ou até mesmo a morte.

A ação penal será pública incondicionada a representação, aquela a ser proposta pelo Ministério Público mesmo que não haja manifestação de vontade da vítima (MONTEIRO, 2015). Porém, tal informação possui ressalvas. Para o STJ, quando se tratar de vulnerabilidade momentânea, sendo esta apenas no instante em que acontecer a violência sexual, o crime será de ação penal pública condicionada a representação da vítima, ou seja, nessa hipótese é imprescindível

a manifestação de vontade do ofendido para o início da ação penal, conforme o demonstra no seguinte trecho do julgado:

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

Portanto, se a incapacidade quanto à resistência for apenas no momento em que aconteciam os atos, não há que se falar na vulnerabilidade prevista no parágrafo único do art. 225¹, de maneira que a ação penal continua sendo aquela condicionada à representação da vítima.

Cumpra-se observar que o estupro de vulnerável também está no rol do art. 1º, da Lei 8.072/90, a chamada “Lei dos Crimes Hediondos”. Não há definição legal para o que vem a ser “crime hediondo”, mas para Marysia Silva (2009, p.130)

[...] a população brasileira considera hediondo o crime que é cometido de forma brutal, horrível, repugnante e causa indignação as pessoas (...). Pode se então chamar de hediondas todas as condutas delituosas de excepcional gravidade, seja quanto a sua execução, seja quanto a natureza do bem jurídico ofendido, bem como, a especial condição da vítima que causam reprovação e repulsão

João José Leal (2009, p.37-38), aduz que o conceito sobre a hediondez está intimamente ligado aos padrões morais da sociedade, além de também estar relacionado com os interesses existentes em dada época, podendo tais valores serem “[...] manipulados por segmentos dominantes da sociedade ou mistificados por um discurso ideológico de aparente legitimidade”.

Não há, pois, conforme demonstrado, uma definição oriunda da lei para o termo “hediondez”, o que acarretou em diversas críticas por parte da doutrina, segundo a qual houve apenas a simples transcrição dos crimes preexistentes, Silva Franco (2007, p.95/96), em seu valioso comentário sobre o tema, traz o erro da legislação em não definir a aludida locução, a qual possui previsão constitucional, desta feita, segundo o autor:

¹ Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.
Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou **pessoa vulnerável** (grifo nosso).

Em vez de fornecer uma noção, o tanto quanto explícita, do que entendia ser a hediondez do crime (...), o legislador preferiu adotar um sistema bem mais simples, ou seja, o de etiquetar, com a expressão “hediondo”, tipo já descritos no Código Penal ou em leis penais especiais. Dessa forma não é “hediondo” o delito que se mostre “repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, objecto, horroroso, horrível”, por sua gravidade objetiva ou por seu modo ou meio de execução ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer outro critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador.

Conforme visto, aos crimes hediondos são dados tratamento mais severo.

Desta feita, passa-se a ser objeto de análise a forma de cumprimento e as penas aplicadas, em específico, ao agente que pratica o delito de estupro de vulnerável.

No art. 2º da Lei 8.072/1990 são encontradas as penas atribuídas aos sujeitos ativos dos crimes hediondos, das quais algumas já possuem previsão constitucional. Os aludidos crimes não são passíveis de indulto, anistia e graça, além de ser inafiançável. Também por se tratar de crime hediondo a pena deve ser cumprida em regime inicial fechado. A progressão de regime se fará após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se primário ou 3/5 (três quintos), se reincidente, para os crimes comuns essa progressão se dará após o cumprimento de 1/6 (um sexto). Diferente do que ocorre nos demais crimes, a prisão temporária é de 30 (trinta) dias, enquanto que as demais é apenas de 05 (cinco). O livramento condicional acontece após o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, porém o indivíduo não pode ser reincidente específico em crimes da mesma natureza ou equiparados. Assim prevê o art. 2º:

Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

- I - anistia, graça e indulto;
- II - fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

A hediondez no crime de estupro de vulnerável é fruto de constantes discussões doutrinárias no decorrer de um longo período, a qual se relacionou a presunção de violência. Com o art. 217-A, instituído pela Lei 12.015/2009 tal presunção se tornou absoluta, ou seja, o consentimento do ofendido de nada

adianta para a configuração do crime e o autor do delito em tela será submetido à penalidade mais severa, sob os ditames da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 0.072/1990).

2 PRESUNÇÃO ABSOLUTA E RELATIVA NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A presunção de violência constante no revogado art. 224 do CP, há muito tempo vem sendo debatida, principalmente nos Tribunais Superiores, passando a ser entendida, em muitos casos, como relativa, tendo como tese para argumentação de tal posicionamento a significativa mudança da sociedade entre o final do século XX e início do século XXI. Desse modo, aos menores de 14 (quatorze) anos não se exigia a igual proteção dada aqueles que existiam na edição do Código Penal no ano de 1940 (GRECO, 2010).

O debate entre a doutrina e a jurisprudência é sobre as presunções de violência absoluta e relativa, sendo aquela que não admite prova em contrário e a última, desde que analisada o caso concreto, admite tal prova e ainda a mista, aquela, segundo a qual a presunção absoluta é considerada para aqueles que possuem idade inferior a 12 (doze) anos e relativa para aqueles cuja idade seja entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos. Diante de tal controvérsia, com o fito de sanar o problema, a relativização da presunção de violência foi eliminada, sendo inserida a vulnerabilidade, responsável por tornar mais severa, a norma penal em estudo. De acordo com os ensinamentos de Guilherme Nucci (2012, p.37) a simples modificação na terminologia, por si só, não foi suficiente para atribuir a objetividade penal constante no art. 217-A do CP, pois segundo o referido autor: “o nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência”.

A idade da vítima, no dispositivo penal em estudo (art. 217-A do CP), é critério absoluto e objetivo para que a figura típica seja analisada, e conforme visto no tópico anterior, digna-se a proteger a liberdade sexual da vítima. Assim, caso o sujeito que pratique as condutas típicas (manter relação sexual ou praticar qualquer ato libidinoso), considerando o critério etário da vítima,

independentemente da vida pretérita e do consentimento desta, poderá sua conduta enquadrar-se no tipo penal do estupro de vulnerável (NUCCI, 2012).

Sobre a liberdade sexual, Jiménez entende que “significa que o titular da mesma determina o seu comportamento sexual conforme motivos que lhes são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre a sua sexualidade sobre como, quando e com quem mantém relações sexuais” (apud GRECO, 2010, p. 618).

Com a instituição do art. 217-A do CP, o legislador tinha como objetivo acabar com qualquer cenário fático, especialmente no que diz respeito ao consentimento da vítima. Sob essa esteira, ser vulnerável significa dizer que aquele tido como tal, não é capaz de externar, validamente, racional, responsável e segura, o seu consentimento. Para Nucci (2010), vulnerabilidade de que trata o artigo em estudo, está relacionado a capacidade para o consentir e praticar o ato sexual, considerando, assim, a imaturidade para o consentimento.

Luiz Regis Prado discorda do entendimento de Nucci (2010), por este afirmar que o critério etário para que seja caracterizado a vulnerabilidade foi constituída através de uma ficção jurídica, não encontrando esta amparo, por certas vezes, em casos concretos, principalmente quando é visto sob o prisma do desenvolvimento crescente e acesso a informações nos meios de comunicação, responsáveis pelo desenvolvimento relativo ao intelecto e ao conhecimento das crianças e adolescentes. Desse modo, Prado (2010, p. 624) descreve que

Configura o delito em análise a conduta de ter conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos, ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois a lei ao adotar o critério cronológico acaba por presumir iuris et de iuris, pela razão biológica da idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual. Daí negar-se existência válida a seu consentimento, não tendo ele qualquer relevância jurídica para fins de tipificação do delito.

Em comum acordo com Prado, quanto a determinação do critério etário no crime de estupro de vulnerável, Greco (2010, p.615) defende que “O tipo penal 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 aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A do Código Penal”.

Para Mirabete e Fabrinni (2010), mesmo com a discussão inerente a vulnerabilidade absoluta e relativa no que diz respeito aos sujeitos passivos previstos no art. 217-A do CP, a lei não conferiu ao juiz que diante do caso concreto, tivesse discricionariedade para estimar o quantum de maturidade sexual tem cada menor para que, assim, pudesse aplicar os vastos dispositivos legais.

Nucci (2012, p. 967), em seus ensinamentos faz uma explanação acerca da inovação da redação do tipo penal em estudo. Para ele, mesmo que tenha

ocorrido simples inovação de redação do tipo, não há força suficiente para alterar a realidade, nem tampouco os debates havidos, há anos, nas cortes brasileiras, ao menos em relação à presunção de violência ser absoluta ou relativa quanto ao menor de 14 anos. Partindo do seguinte ponto básico; o legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente.

Desta feita, entende que embora há anos haja o intenso debate jurídico sobre a presunção de violência ser absoluta ou relativa, nunca se conseguirá chegar à mudança da realidade fática que, por sua vez, está em constante mutação. Nessa esteira, o Ministro da Suprema Corte, Marco Aurélio Mello, em sábias palavras reflete sobre a presunção prevista no revogado Art. 224 do CP, dizendo que a modificação dos costumes nos últimos tempos é perfeitamente visível e atrelou ela a divulgação de diversas informações em meios de comunicação, as quais não possuem filtros, dentre elas, aquelas relativas à sexualidade.

A presunção de violência prevista no art. 224 do Código penal (atualmente revogado pela Lei 12.015/2009) 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 selecionadas sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural (NUCCI, 2012).

Com o fito de acabar com esse desentendimento, no que diz respeito a relativização ou não do delito em estudo, o STJ, em 06 de novembro de 2017,

lançou a Súmula 593 que trouxe o caráter absoluto, de modo que o consentimento da vítima é irrelevante para a caracterização do delito, conforme se vê:

Súmula 593: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017).

Assim, Rogério Greco (2013, p.532), reforçando o entendimento da aludida Súmula, acrescenta que o objetivo da Lei 12.015/2009 foi “justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima” e segundo o mesmo autor a partir da Lei “não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos”, ou seja, não importa se a vítima consentiu com o ato, independentemente de sua relação com o agente.

3 A ANÁLISE DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Conforme visto no título anterior os debates acerca da presunção de violência no estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do CP, instituído pela Lei 12.015/2009, continuam persistindo. Mesmo com o lançamento da Súmula 593 do STJ que previu a vulnerabilidade de forma absoluta, o entendimento acerca do assunto não foi acertado.

Em 07 de fevereiro de 2017, ou seja, após a edição da Súmula outrora citada, e contrária a ela, a Relatora Lizete Andreis Sebben, da Quinta Câmara Criminal do TJ/RS, entendeu pela relativização da vulnerabilidade da vítima do caso julgado, onde a mesma possuía um relacionamento amoroso com o acusado. Lizete absolveu o acusado da imputação penal que lhe foi imposta, a saber o delito de estupro de vulnerável, tendo em vista que, segundo ela, o mesmo não poderia ser responsabilizado por atos provenientes da união de vontades e desígnios. Segue a ementa do julgado referente ao caso relatado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL.

PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PELA IDADE DA VÍTIMA. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS E ENOVLVIMENTO EMOCIONAL ENTRE VÍTIMA E RÉU. PARECER MINISTERIAL PELO PROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA. No especial caso dos autos, a prova produzida no curso da persecução penal empresta trânsito à relativização da vulnerabilidade, isso porque, embora menor de quatorze anos, a relação sexual havida entre vítima (13 anos de idade) e acusado (22 anos de idade), consistente em conjunção carnal, fora consentida, não podendo o réu ser responsabilizado por uma conduta advinda de união de vontades e desígnios. Vítima e réu que tinham um relacionamento afetivo, o que foi confirmado pelos relatos das testemunhas. Ausência de prova de ameaça ou submissão. Parecer Ministerial pelo provimento do recurso. Impositiva, portanto, a absolvição. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70075523159, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 07/02/2018).

O consentimento da vítima em casos de estupro de vulnerável tem ganhado cada vez mais lugar no cenário jurídico. A relativização tem que ser entendida de acordo com cada caso concreto. É de se notar que a tendência dos tribunais é pela relativização quando a vítima e o acusado possuem laços afetivos e amorosos, quando são namorados o que, conforme a Súmula 593, não é permitido.

Diante do caso concreto, em 15 de março de 2018, também entendeu pela relativização o relator Ícaro Carvalho de Bem Osório, da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS. Em seu julgamento, onde estava sob análise o delito de estupro de vulnerável em que a vítima e acusado possuíam relacionamento amoroso consentido pelos pais (da vítima) e de notório conhecimento a sociedade, a decisão foi pela absolvição. Conforme segue:

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO DE NAMORO CONSENTIDA E DURADOURA. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE DESCARACTERIZAM O DELITO. ABSOLVIÇÃO. ART. 386, II, CPP. EXPRESSA DIFERENCIAÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO DO CASO SUB JUDICE E DO PRECEDENTE PARADIGMÁTICO DO STJ (RESP N.º 1.480.881/PI). SOLUÇÃO ABSOLUTÓRIA CONFIRMADA. Diante das particularidades do caso concreto, no qual evidenciado namoro consentido do acusado com a vítima, ambos jovens, com conhecimento público e concordância da família dos dois, deve ser mantida a solução absolutória. EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, MANTIDO O ACÓRDÃO RECORRIDO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70068792985, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 15/03/2018).

Recentemente, no mês de setembro do corrente ano, analisando o caso concreto, onde mais uma vez o réu possuía notório e consentido relacionamento amoroso com uma adolescente, cuja idade era de 13 (treze) anos, a relatora Ministra Genacéia da Silva Alberton, da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), decidiu pela absolvição da imputação penal que estava sendo imposta ao sujeito ativo naquela demanda, a saber, o “namorado”. Segundo a Ministra, no caso em tela, foi possível relativizar a presunção de violência da vítima, por restar demonstrado que ela tinha plena consciência dos atos que praticara, bem como inexistia qualquer indício que levasse a crê situação aparente de constrangimento. Também não foi observado ingenuidade ou inocência da ofendida, sendo manifestado por ela o desejo de constituir família com o réu, conforme segue ementa do julgado em comento:

APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CONJUNÇÃO CARNAL). NAMORO ENTRE O RÉU, COM 22 ANOS DE IDADE E A VÍTIMA, COM 13 ANOS. ABSOLVIÇÃO.

Mantida a absolvição do acusado, por se tratar de situação de namoro, em que a relação foi desejada e consentida pela menina, que, inclusive, manifestou desejo em residir com o réu, não se observando inocência ou ingenuidade da ofendida, ao contrário, demonstrou ter plena consciência dos seus atos, sem aparentar ter sofrido qualquer tipo de constrangimento, sendo, portanto, possível relativizar a presunção de violência. RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70076852755, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 12/09/2018).

Também no TJ/RS, a Ministra Genacéia, em estudo a outro caso, onde o namoro entre a ofendida e o acusado era de notório conhecimento dos pais e permitida por eles, decidiu pela absolvição do acusado. No caso, a vítima afirmou ter sido a relação com o seu consentimento e informou que já não era virgem. Para a Ministra, de forma similar ao caso anteriormente citado, não foi verificado inocência ou ingenuidade por parte da ofendida, restando evidente que ela compreendia os atos praticados, além de não ostentar de situação que demonstrasse quaisquer tipos de constrangimento, desta feita, a relativização de que trata o presente trabalho foi plenamente possível. Segue ementa do julgado analisado:

APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CONJUNÇÃO CARNAL). NAMORO ENTRE O RÉU, COM 20 ANOS DE IDADE E A VÍTIMA, COM 12 ANOS. ABSOLVIÇÃO. Mantida a absolvição do

acusado, por se tratar de situação de namoro, conhecida e admitida pelos pais da ofendida. A vítima afirmou que a relação foi desejada e consentida por ela, que, inclusive, não era mais virgem. Não se observa inocência ou ingenuidade da ofendida, ao contrário, demonstrou ter plena consciência dos seus atos, sem aparentar ter sofrido qualquer tipo de constrangimento, sendo, portanto, possível relativizar a presunção de violência. RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70077261691, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 12/09/2018).

Nota-se, contudo, que a cada vez mais os Tribunais estão decidindo pela relativização da presunção de vulnerabilidade da vítima em casos de estupro, sendo o consentimento dela plenamente relevante para a caracterização ou não do delito, de modo que os citados julgados têm em comum o fator “relacionamento amoroso”, de forma consentida e com notório conhecimento da sociedade, além da ausência de indícios que evidenciem quaisquer tipos de constrangimento em relação a ofendida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A figura da vulnerabilidade no estupro surgiu com o advento da Lei 12.015/2009, que instituiu artigo específico para tratar do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), que diante do critério etário previsto no caput do referido artigo, objeto desse estudo, é configurado com a conjunção carnal ou com a prática de outro ato libidinoso cometidos contra menores de 14 (quatorze) anos.

A presunção de vulnerabilidade trazida pelo artigo em estudo é absoluta, ou seja, o consentimento da vítima não importa para que o delito seja caracterizado. Ocorre que a referida presunção levantou debates no cenário jurídico brasileiro, vez que ela não admite prova em contrário o que vai de encontro com a realidade.

Mesmo com o surgimento do supra artigo, algumas decisões, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais foram contrários ao seu mandamento, entendendo pela relativização. A partir de então, surgiram os debates acerca da presunções de vulnerabilidade absoluta e relativa, sendo que aquela não permite a relativização do consentimento da vítima e a última, por seu turno, admite tal modalidade, ou seja, o consentimento da vítima é relevante para a caracterização do delito.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), com o fito de acabar com essa indecisão, lançou a Súmula 593, onde ratifica e reforça o comando trazido pelo

artigo do estupro de vulnerável, dizendo que a presunção de vulnerabilidade do consentimento da vítima, é considerado absoluta.

Desta feita, pode-se verificar que o consentimento da vítima de nada importa para que o delito de estupro de vulnerável seja caracterizado, nem se ambos são namorados, tampouco se houve consentimento dos pais ou ainda que a vítima tenha experiência sexual. Tanto a Súmula, como o artigo preveem a vulnerabilidade de forma absoluta.

Nota-se, contudo, que a jurisprudência não tem obedecido aos comandos da Súmula, nem do artigo em estudo, permitindo que a presunção de vulnerabilidade da vítima em casos de estupro seja relativizada, sob o argumento de que, em análise do caso concreto, onde a vítima e o acusado possuam relacionamento amoroso e que é notório conhecimento da sociedade, não há que ter responsabilização, pois os atos são provenientes de vontades e desígnios.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já após o lançamento da Súmula 593 do STJ, em dois casos concretos onde a vítima e o acusado possuíam relacionamento amoroso, consentido pelos pais e com notório conhecimento da sociedade, o entendimento foi pela absolvição, sob argumento de que em virtude de ser a união de vontade de ambos, a conduta não merecia ser de cunho condenatório.

Assim, a presunção de vulnerabilidade da vítima em casos de estupro de vulnerável, não conseguiu ser solidificada, podendo ser relativizada de acordo com cada caso concreto e de acordo com o posicionamento/pensamento do julgador.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código Penal**. Decreto-lei 2.848/1940 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 14 de mar. 2018.

BRASIL, Lei N. 8.072, de 25 de julho de 1990. **Lei dos crimes hediondos**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em 19 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 593**. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a

prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. Terceira Seção. Julgado em 25/10/2017. DJe 06/11/2017. Disponível em < >. Acesso em: 15 de mar. de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 3: parte especial; 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais**, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: parte especial**, volume III, 11. ed. Niterói: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. Código penal comentado. 4 ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 7 ed. Revista, ampliada e atualizada. Vol. III. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte especial**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 11 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. p. 965 a 973, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci; ALVES, Jamil Chaim; ZIMMARO Rafael Barone; BURRI, Juliana; CUNHA, Patricia Monteiro da; SILVA, Rafael Zanon da. **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009**. In: FRANCO, Alberto Silva, NUCCI, Guilherme de Souza (org). Doutrinas essenciais. Direito Penal: parte especial II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crime conta a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. p. 33 a 43, 2009.

LEAL, João José. **Crimes hediondos**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2009.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentário à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal: parte especial. 8 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v.2, p. 621 a 637, 2010.

SILVA, Marisya Souza e. **Crimes hediondos & progressão de regime prisional**, 2 ed., Curitiba: Juruá, 2009, p. 176.

STJ. AGRAVO REGIMENTAL: REsp 1244672/MG. Relator: Ministro Campos Marques. DJ: 21/05/2013. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/69140934/djro-16-04-2014-pg-742>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

TJ-RS. APELAÇÃO CRIME: ACR 70068792985 RS. Relator: Ministro Ícaro Carvalho de Bem Osório. DJ: 15/03/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/557114815/apelacao-crime-acr-70068792985-rs?ref=serp>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

TJ-RS. APELAÇÃO CRIME: ACR 70075523159 RS. Relatora: Ministra Lizete Andreis Sebben. DJ: 07/02/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548867466/apelacao-crime-acr-70075523159-rs>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

TJ-RS. APELAÇÃO CRIME: ACR 70076852755 RS. Relatora: Genacéia da Silva Alberton. DJ: 12/09/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631708594/apelacao-crime-acr-70076852755-rs?ref=serp>>. Acesso em: 25 set. 2018.

TJ-RS. APELAÇÃO CRIME: ACR 70077261691 RS. Relatora: Genacéia da Silva Alberton. DJ: 12/09/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/628738910/apelacao-crime-acr-70077261691-rs?ref=serp>>. Acesso em: 25 set. 2018.