

A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE NO CRIME DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL

Juliana Fonseca de Medeiros¹
João Batista Machado Barbosa²

RESUMO

Observa-se que a legislação penal vem buscando formas mais severas de punir aqueles que praticam atos sexuais com menores de 14 (catorze) anos, devido à falta de discernimento da vítima e a sua fragilidade, bem como a pouca idade. Porém, com a proteção criada pelo art. 217-A do Código Penal, a vulnerabilidade do menor de 14 (catorze) anos vem sendo interpretada como absoluta, não podendo, assim, o réu produzir provas em contrário, violando os direitos princípios constitucionais do réu. Com isso, busca-se a relativização da norma em comento, uma vez que assim seria possível a produção de provas pelo acusado.

Palavras-chave: Estupro, Estupro de vulnerável, vulnerabilidade.

ABSTRACT

It is observed that the criminal legislation has been seeking more severe ways to punish those that practice sexual acts with a child under the age of 14 (fourteen), due to the lack of discernment of the victim and their frailty due to their young age. However, with the protection put in place by art. 217-A of the Criminal Code, the vulnerability of the minor under the age of 14 (fourteen) has been interpreted as being absolute, not allowing the defendant to produce evidence to the contrary, violating the defendant's constitutional principle rights. Thus, it seeks to relativize the mentioned standard, since this would make it possible for the accused to produce evidences.

Keywords: Rape, Rape vulnerable, vulnerability.

1 Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.
julianafmedeiros@hotmail.com

2 Promotor de Justiça de Defesa do Meio Ambiente – MP/RN, Conselheiro do CONEMA/RN, professor de Direito Ambiental da UNI-RN e UNP, Mestre em Desenvolvimento Sustentável – UFRN, especialista em gestão ambiental pela Universidade Castilla La Mancha - Espanha

1. INTRODUÇÃO

Quando tratamos de estupro cometido contra menores de 14 (catorze) anos, o ordenamento jurídico pátrio tem o objetivo de proteger a dignidade sexual do menor. Hodiernamente, o estupro de vulnerável está tipificado no art. 217 – A do Código Penal³, que foi inserido pela Lei 12.015 de 2009.

No entanto, antes das mudanças trazidas pela Lei nº 12.015 de 2009⁴, o estupro cometido contra o vulnerável tinha a sua violência presumida conforme o revogado art. 224 do Código Penal, a violência ficta.

No revogado art. 224⁵ do Código Penal, a violência e a grave ameaça eram presumidas, no entanto, em alguns casos não ocorria a violência de fato, pois havia o consentimento da vítima ou o erro quanto a idade da mesma. Assim, o art. 224 tratava da violência ficta e não da violência real.

Assim, os Tribunais Superiores entendiam que o não maior de 14 (catorze) anos era uma pessoa vulnerável, frágil, sem a capacidade psicológica necessária para consentir a um ato sexual. No entanto, as demais pessoas elencadas no art. 224 do Código Penal, ou seja, os doentes mentais e as pessoas que não podiam oferecer resistência à época do fato tinham a violência presumida como relativa, assim, o julgador tinha que analisar o caso concreto, bem como a capacidade de consentimento da vítima, para só assim considerar a sua vulnerabilidade.

Porém, o fato de praticar sexo com uma pessoa não maior de 14 (catorze) anos, já caracterizada o crime de estupro, pois a violência era presumida de maneira absoluta.

Antes do advento da Lei 12015/09, alguns doutrinadores entendiam que essa violência deveria ser presumida como relativa, tendo em vista que algumas vítimas, mesmo com a pouca idade, tinha a capacidade de consentir ao ato sexual ou levavam o sujeito ativo ao erro, devido ao corpo desenvolvido e a aparência mais adulta.

3 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.

4 Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.

5 Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de 14 (catorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Com as mudanças trazidas pela Lei 12.015/09, foi revogado o art. 224 do Código Penal e criou-se o Título IV do Código Penal, “crimes contra a liberdade sexual”. Com isso, foi criado o art. 217-A, que traz um rol de pessoas que são consideradas como vulneráveis quando se trata de cometer conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, quais sejam: os menores de 14 (catorze) anos, aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o discernimento necessário para consentir a prática sexual ou aqueles que por qualquer outra causa não possam oferecer resistência.

Assim, entra-se numa nova celeuma, consistente em saber se a presunção de vulnerabilidade descrita no tipo penal (art. 217-A do Código Penal), em relação aos menores de 14 (catorze) anos, deve ser considerada absoluta ou relativa.

Os Tribunais Superiores entendem que basta a prática do ato sexual com algumas das pessoas elencadas no tipo penal para que fique configurado o delito. Assim, o consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos é um argumento inválido, caracterizando a vulnerabilidade como absoluta.

Porém, alguns doutrinadores e Tribunais de diversos Estados, entendem que essa vulnerabilidade deve ser relativizada, tendo em vista que, em algumas situações, os menores de 14 (catorze) anos já têm experiências sexuais anteriores ou tem a devida capacidade para consentir ao ato sexual.

Assim, sendo considerada a vulnerabilidade como relativa, é possível que o sujeito ativo possa produzir provas ao seu favor, pois quando se presume a vulnerabilidade como absoluta, o agente não tem a capacidade de produzir provas em sua defesa, violando assim os princípios constitucionais inerentes ao réu, como o princípio da presunção de inocência e do contraditório e ampla defesa, previstos no art. 5º, incisos LVII e LV da Constituição Federal. Com isso, abre-se vistas para a discussão acerca da presunção de vulnerabilidade do menor de 14 (anos) em crimes sexuais.

O presente trabalho tem a finalidade de por em análise a possibilidade da relativização da vulnerabilidade do menor de 14 (catorze) anos e a aferição da casuística, quando tratamos do crime descrito no art. 217-A do Código Penal Brasileiro.

Para isso, é importante primeiramente fazer um retrospecto da legislação e doutrina, anterior à vigência da Lei 12.015/09.

2. ART. 224 DO CÓDIGO PENAL E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

Antes da Lei nº 12.015 de 2009, o estupro de vulnerável não havia tipificação específica, combinava-se o estupro tipificado no art. 213 com o art. 224, ambos do Código Penal.

Assim fixavam os artigos 213 e 224 (Código Penal, 2008):

Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

.....

Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de 14 (catorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

No art. 224, caso o estupro fosse cometido contra pessoa não maior de 14 (catorze) anos o doente mental ou aquele que no tempo da ação não podia oferecer resistência, a violência ou a grave ameaça era presumida como absoluta.

Segundo Rogério Greco (2009, p. 549), adotou-se o critério de idade, pois entendia-se que as pessoas que ainda não eram maiores de 14 (catorze) anos, não importando o sexo, não tinham maturidade suficiente para discernir sobre os atos de natureza sexual. Assim, entendia-se que havia neles uma imaturidade natural, que os tornavam presas fáceis para aqueles que quisessem praticar qualquer ato sexual.

Nos crimes sexuais cometidos contra os não menores 14 (catorze) anos entendia-se que a vítima não possuía capacidade de resistência, bem como a violência era ficta, pois mesmo se o caso concreto não trouxesse a violência real, a violência corpórea ou violência moral, ainda sim a violência seria presumida.

Antes da reforma, o legislador pátrio entendeu que não havia despropósito em presumir a violência quando faltava na vítima à capacidade de manifestar a sua vontade ou de consentir validamente ao ato sexual.

No entanto, doutrinadores como Luiz Flávio Gomes, entendiam que o fato não podia ser presumido. Assim, nos ensinamentos de Gomes (2001, p. 19):

“O insuperável defeito do sistema acolhido pelo Código Penal brasileiro reside em que o Direito penal da culpa (cada um deve responder por aquilo que “faz” e na medida da sua culpabilidade) não se concilia com presunções fictas. Violência é fato e fato não pode ser presumido pelo

legislador, principalmente quando vem em prejuízo do autor do fato, que aliais, é presumido inocente.”

No caso da presunção de violência absoluta o argumento do consentimento da vítima era sempre inválido, embora o não maior de 14 (catorze) anos possuísse o desenvolvimento físico e psíquico superior a sua idade.

Assim, os Tribunais Superiores mantinham o entendimento de a violência presumida ser de caráter absoluto. Vejamos:

EMENTA: PENAL - ESTUPRO CONTRA MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. - O consentimento da menor de 14 anos para a prática de relações sexuais não tem o condão de afastar a presunção de violência para a caracterização do crime de estupro.

- Precedentes do STJ e do STF.- Recurso provido para restabelecer a sentença de primeiro grau.(Ministro JORGE SCARTEZZINI - REsp 173471 / PR- DJ 13/09/1999 p. 90)⁶

EMENTA: ESTUPRO- VIOLÊNCIA PRESUMIDA – VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE – INCAPACIDADE DE CONSENTIMENTO – PRESUNÇÃO DE QUE NÃO CEDE EM FACE DA CONSIDERAÇÃO DA EXPERIÊNCIA SEXUAL DA OFENDIDA – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 213 E 224, “A”, DO CP. RECURSO PROVIDO. (Ministro Octávio Galloti – RE 116.649-5/PR – DJU 14.10.1988)⁷

Rogério Greco (2008, p.552) entendia que a proteção legal não poderia ser dirigida à vítima que já tivesse uma vida sexual ativa, com o discernimento pleno dos seus atos. Bem como poderia ser alegado o erro de tipo, a fim de afastar a violência presumida.

Apesar do entendimento dos Tribunais Superiores, alguns nobres doutrinadores entendiam que a presunção de violência deveria ser considerada relativa. Mirabete (1996, p.470) entendia que “*a presunção cosubstanciada no art. 224, “a”, do Código Penal, seria relativa pelo seguinte motivo: como as outras duas alíneas tratam de presunções relativas e, não seria de se excluir a alínea “a”.*”

Nos ensinamentos de Nucci (2012, p.98) a discussão acerca da presunção de violência surgiu:

6 < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8382979/recurso-especial-resp-173471-pr-1998-0031765-1> > acesso em 18.10.14

7 GOMES, Luiz Flávio. Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. 4º volume. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

“Se absoluta ou relativa. Tal debate se dava, em particular, no contexto da idade, pois, quanto aos alienados em geral e as pessoas com capacidade diminuída dependia-se, na maioria das vezes, de prova pericial. Mas apurada a enfermidade ou a incapacidade, considerava-se absoluta a presunção. Em suma, a pessoa menor de 14 anos, mantendo relação sexual com maior de 18 anos, teria sido vítima de estupro necessariamente? Fosse a presunção absoluta, a resposta seria positiva. Fosse relativa, dependia de prova.”

Ademais, vejamos um julgado do Superior Tribunal de Justiça, onde o Ministro Marco Aurélio interpretou a presunção de violência de forma relativa:

EMENTA: ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO- VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal. (Ministro Marco Aurélio, do Habeas Corpus n.º 73.662 - MG, D.J.U. 20.09.96)⁸

A idade da vítima tratava-se de critério subjetivo, baseado no desenvolvimento mental das pessoas nessa faixa etária. No entanto, nem todo indivíduo se desenvolve da mesma maneira e como os fatores pessoais e culturais, étnicos e mesológicos determinam as variações relevantes, assim nem sempre o limite legal exposto estará adequado à realidade.

A primeira vez que a Suprema Corte brasileira considerou a presunção de violência relativa foi no julgamento do Habeas Corpus 73.662-9/MG, cujo relator Ministro Marco Aurélio, em seu voto deixou consignado que:

[...] Ora, passados mais de cinquenta anos – e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos – não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias, não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. (STF, 28 Turma, HC 73.662-9/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 21.05.1996, DJU20.09.1996.)

⁸ < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14701759/embdeclno-habeas-corpus-hc-73662-mg>> Acesso em: 18.10.2014.

No entanto, a doutrina nunca foi pacífica acerca do tema da presunção da violência e a jurisprudência sempre oscilou acerca do assunto.

3. A NOVA REDAÇÃO DO CÓDIGO PENAL COM O ART. 217-A

Com o advento da Lei 12.015 de 2009 criou-se o art. 217-A, eliminando o art. 224 do Código Penal, extinguindo assim, a presunção de violência e trazendo à baila a vulnerabilidade das pessoas determinadas no tipo penal.

O novo tipo penal surgiu para proteger os direitos dos menores, por isso não traz em seu texto a utilização da violência e da grave ameaça e se consuma ainda que haja o consentimento da vítima. Assim, é considerado crime o simples fato de ter relação sexual com menor de catorze anos. A lei pune todo aquele que concorra para a prática do ato criminoso, considerando que a pessoa menor de catorze anos não tem discernimento para consentir sobre o ato sexual contra ela praticado.

Diferentemente, o art. 224 do Código Penal, hoje revogado, imputava uma violência presumida quando o agente praticava ato sexual com os sujeitos elencados no tipo penal, em razão da incapacidade e discernimento da vítima.

Segundo Nucci (2012, p. 868), *eliminou-se o disposto no art. 224 do Código Penal, relativo à presunção de violência, utilizada para conferir tipicidade aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, quando obtida relação sexual com pessoa vulnerável.*

Ainda sobre a doutrina de Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 860):

Com o advento da Lei 12.015/09, optou corretamente o legislador por tutelar, em tipo penal autônomo, as pessoas cujo consentimento para a prática do ato sexual não se exterioriza de forma válida, afastando-se, assim, a tipificação por extensão dos artigos 213 e 214 combinados com o artigo 224 do Código Penal.

A expressão presunção de violência deu lugar ao termo vulnerável, mantendo-se o rol taxativo daqueles que, em tese, não possuem condições de consentir de forma válida com a prática sexual, seja ela a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

À luz do caput do artigo 217-A e seu §1º do Código Penal, vulneráveis são os menores de 14 anos, os enfermos ou deficientes mentais, e aqueles que, por outra causa, não puderem oferecer resistência.

Ou seja, o fato de praticar sexo ou qualquer outro ato libidinoso com pessoa vulnerável já configura a conduta descrita no art. 217-A do Código Penal.

Sob o prisma criminal, a vulnerabilidade está intimamente ligada à ideia de pessoas que não detêm a capacidade psicológica necessária para compreender o caráter lascivo do

ato sexual ou sequer detém a capacidade de manifestar o livre desejo quanto à relação sexual.

Ao se tratar de vulnerabilidade, Guilherme de Souza Nucci (2008. P.829)entende que a vulnerabilidade descrita no art. 217-A do Código Penal trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual.

Para Martinelli (2014, RDP nº 85), o estupro de vulnerável é um dos crimes mais controversos do Código Penal, uma vez que despreza o consentimento da vítima em decorrência da sua incapacidade. Assim, continua, *in verbis*:

“É crime praticar qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, com transtorno mental que reduza a sua capacidade de compreensão ou que, por qualquer outro motivo não possa oferecer resistência. Quer dizer, incrimina-se o comportamento de quem abusa de uma situação de vulnerabilidade para tirar proveito libidinoso diretamente com a vítima.”

Assim, a tutela penal tem como objetivo à proteção dignidade sexual daqueles que detém uma fragilidade e incapacidade de consentir aos atos de natureza sexual, seja por não ter a maturidade suficiente, seja por estar temporariamente impossibilitado de oferecer resistência.

Deixando de lado os deficientes mentais e aqueles que não podem oferecer resistência, tratemos dos menores de 14 anos.

Hodiernamente, é comum encontrar pessoas menores de 14 anos que já praticam ou já praticaram sexo.

No crime de estupro, previsto do art. 213 do Código Penal (2014), diz-se que: *constranger a vítima, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique qualquer outro ato libidinoso*. Com o texto entende-se que, se há o consentimento do sujeito passivo, não há crime.

No entanto, o estupro de vulnerável, no seu art. 217-A do Código Penal, não fala em violência ou grave ameaça, apenas cita que: *praticar conjunção carnal ou ter praticado outro ato libidinoso, com menor de 14 anos*. Do tipo penal, extrai-se que o ato de praticar sexo com menor de 14 anos já caracteriza crime, tendo o consentimento ou não.

4. ELEMENTOS DO CRIME

Diz o art. 217-A do Código Penal:

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.

Martinelli (2014, p. 107), com os seus ensinamentos acerca do estupro de vulnerável, cita que, *in verbis*:

“São três as hipóteses de vulnerabilidade nesse crime. Primeiramente, são os menores de 14 anos. O critério biológico compreende, objetivamente, que quem não completou a referida idade ainda não apresenta condições de praticar atos de natureza sexual. A falta de maturidade específica para o comportamento sexual coloca este menor em situação de fragilidade.”

Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 99), explica em seus ensinamentos quais as mudanças que ocorreram com o advento da Lei nº 12.015/09 e o surgimento do art. 217-A no Código Penal, *in verbis*:

“Uni-se no art. 217-A o contexto dos atos sexuais, abrangendo tanto a conjunção carnal quanto os outros atos libidinosos, nos mesmos moldes já realizados com o estupro. Elevou-se a pena de reclusão, de oito a quinze anos. Nesse caso, resolveu-se mais um problema, consiste na incidência do aumento determinado pelo art. 9º da Lei de Crimes Hediondos, quando fosse aplicável o art. 224 do Código Penal. A antiga discussão sobre o pretense Bin in idem está superada. O estupro de vulnerável recebe pena autônoma e superior ao estupro comum.”

O estupro de vulnerável, tanto na sua forma simples como na forma qualificada, é considerado crime hediondo, nos termos do art. 1º, VI, da Lei nº 8.072/90⁹, com a redação dada pela Lei nº 12.015/09.

⁹ Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

No art. 217-A, tutela-se a dignidade sexual, o sadio desenvolvimento sexual e a liberdade física e psíquica, em matéria sexual, de pessoa em que a lei considera mais vulneráveis ao abuso sexual.

O caput do artigo trata do objeto central da tutela, que é o desenvolvimento sexual do menor de 14 anos, presumido de forma absoluta que o menor não tem a capacidade necessária para manter relações de natureza sexual. O § 1º estende a proteção àqueles detém enfermidade mental ou que não tem, na época do fato, discernimento necessário para a prática do ato, bem como aqueles que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

Nos ensinamentos de Nucci (2012, p. 97), *in verbis*:

“A tutela pena no campo sexual estende-se, com maior zelo, em relação às pessoa incapazes de externar seu consentimento racional e seguro de forma plena. Para essas situações, não se pode pretender a tipificação perfeita no modelo comum de estupro, que significa ter conjunção carnal ou praticar qualquer 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 natural de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado”.

O sujeito ativo do crime pode ser tanto o homem quanto a mulher. A mulher pode praticar a conjunção carnal com o menor de 14 (catorze) anos do sexo masculino. Nessa forma de conduta, o autor não pode ser do mesmo sexo que o menor, pois não haverá coito normal. Já na prática de atos libidinosos, não há impedimentos de que o autor seja do mesmo sexo da vítima.

O sujeito passivo encontra-se descrito no tipo penal, é o menor de 14 anos, no entanto, se a vítima, à época do fato já tiver 14 (catorze) anos completos não será abrangida na proteção legal. Ocorre que o agente será indiciado por outro crime, tal como estupro, violação sexual mediante fraude, etc.

Assim como no sujeito ativo, qualquer gênero sexual pode ser sujeito passivo do delito, tanto na prática de conjunção carnal como na prática de outro ato libidinoso.

No §1º o sujeito passivo é a pessoa que padece de enfermidade ou deficiência mental que a priva do discernimento necessário a respeito das questões sexuais. Segundo Mirabet (2012), *aqui não se trata de presunção legal absoluta em relação a qualquer pessoa que tenha enfermidade ou doença mental, mas de condições que deve ser examinada no caso concreto, em geral por perícia psiquiátrica*. A segunda parte do §1º trata de qualquer pessoa

que se encontre impossibilitada de oferecer resistência à prática do ato sexual por qualquer causa que não esteja descrita no tipo penal.

Diferente do que ocorre com o crime de estupro e violência sexual mediante fraude, para a caracterização do estupro de vulnerável, não é necessário que o agente utilize a violência ou a grave ameaça para a consumação do delito.

O art 217-A, refere-se a prática de outro ato libidinoso com o menor, assim Nucci (2012, p.415) ensina que *“abrange os atos praticados pelo agente ou pela vítima . Se o ato libidinoso é praticado pelo menor com terceiro e o agente se limita a presenciá-lo sem para ele ter ocorrido, somente o terceiro comete o delito.”*

O dolo do agente é a vontade de praticar ato sexual com pessoa vulnerável. É necessária a consciência da condição de vulnerabilidade da vítima, pois a dúvida do agente quanto à idade ou à enfermidade ou doença mental da vítima é abrangida pelo dolo eventual. Porém, o erro quanto a essas condições exclui o dolo.

Com a reforma do Título IV do Código Penal (Lei 12.015/2009), a ação penal dos crimes definidos nos artigos 213 a 218-B do Código Penal, passou a ser pública condicionada à representação, salvo quando a vítima é menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável, onde a ação penal será incondicionada.

Nesse condão, é preciso diferenciar o estupro de vulnerável da corrupção de menores (art. 218, Código Penal), pois na corrupção de menores, o agente não pratica ato libidinoso com o menor de 14 anos, mas o induz a satisfazer a lascívia de outrem e no estupro, o agente pratica o sexo com menor de 14 (catorze) anos.

5. A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE

Anteriormente a Lei 12.015 de 2009, a sistemática acerca dos crimes sexuais cometidos contra menores de 14 (catorze) anos, adotava-se o critério da presunção de violência e da grave ameaça, mesmo que no caso concreto não houvesse a presença dos dois elementos. Era considerada apenas a incapacidade de discernimento da vítima para consentir com a prática sexual.

Assim, tanto a doutrina quanto a jurisprudência oscilavam acerca do assunto, surgindo discussões acerca da presunção de violência e o seu caráter relativo ou absoluto diante do caso concreto, onde a vítima demonstrasse conhecimento e experiência em relação às práticas sexuais.

Gomes (2001, p. 51), fixou em seus ensinamentos que, no âmbito doutrinário, além de Nelson Hungria, os doutrinadores Magalhães Noronha e Heleno Cláudio Fragoso eram adeptos da natureza relativa da presunção legal de violência.

Após 2009, com a criação do art. 217-A do Código Penal pela Lei 12.015, a discussão passou a girar em torno da presunção de vulnerabilidade da vítima menor de 14 (catorze) anos, que agora é considerado como frágil, hipossuficiente, incapaz de consentir com a realização de qualquer ato sexual. Assim, ficou caracterizada a adoção do critério meramente biológico da vítima.

No entendimento de Nucci (2010, p. 390) a vulnerabilidade deve ser entendida como relativa, de forma restritiva e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir ao ato sexual.

Nos ensinamentos de Bitencourt (2012), entende-se que há concepções distintas de vulnerabilidade. Para o doutrinador, o legislador deve entender que existem duas concepções de vulnerabilidade, a absoluta e a relativa. A vulnerabilidade a que se refere o art. 217-A do Código Penal seria a vulnerabilidade absoluta, referente ao menor de 14 (catorze) anos.

Para Mirabet (2012, p.425), embora se possa falar em vulnerabilidade absoluta e relativa em relação aos menores de 18 anos, de acordo com a faixa etária prevista do tipo penal, a lei não concedeu ao juiz a discricionariedade que permita aferir no caso concreto o grau de maturidade sexual do menor para a aplicação dos diversos dispositivos legais.

No entendimento de Sanzo Brodt (2010, p.170), a simples existência dos elementos objetivos do crime não satisfaz a tipificação da conduta, *in verbis*:

É preciso proceder a uma interpretação sistemática, em homenagem ao princípio constitucional penal da culpabilidade (art. 5.º, LVII, da CF). A exigência da responsabilidade penal subjetiva, requisito imprescindível à observância do princípio da culpabilidade entendido *latu sensu*, afasta, na hipótese, o emprego manifesto da presunção *jure et de jure*. Assim, ainda que se pratique conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso de gravidade equivalente com pessoa menor de 14 anos ou doente mental, é possível que não reste caracterizado o crime do art.217-A.

João Daniel Rassi (2011, p.61), entende que deve ser adotada uma presunção fracionada, dispondo:

Não se trata, contudo, de um elemento de natureza absoluta. Como elemento do tipo, ele é normativo e, no caso específico, poderá ser interpretado de acordo com o que foi estabelecido como critério legal de menoridade no Estatuto da Criança e do Adolescente – ou seja, é considerado menor, ou criança, aquele que não atingiu 12 anos. Assim, no caso de menores de 12 anos, há integração das normas penais e estatutárias quanto à incapacidade da criança, e por isso a idade aqui terá um papel

definitivo na formação do tipo. Por outro lado, como já apontamos brevemente acima, a elementar da idade da vítima não é absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14 anos, caso em que sua vulnerabilidade será constatada no caso concreto, tendo em vista a sua relativa capacidade. Assim, verificarse-á se houve ou não abuso na relação sexual entre o maior e o menor, que causou dano para este último, reforçando a afirmação de Roxin já acolhida de que capacidade de compreensão é matéria de fato.

Aqui, entende-se que é preciso analisar o caso concreto e verificar se de fato houve abuso ou não.

Ou seja, para os doutrinadores não a margem para aferir se o sujeito passivo já tinha experiência sexual anterior ou, por algum motivo, já tinha a maturidade sexual atingida, mesmo sendo o menor de 14 (catorze) anos. No entanto, o fato do menor de 14 anos já ter experiências sexuais anteriores ou já ter a maturidade sexual atingida leva a crer que a presunção de vulnerabilidade, nesses casos, deve ser considerada relativa.

A ausência de maturidade para consentimento ao ato sexual parte apenas do pressuposto da idade da vítima, assim observa Nucci (2010, p.20):

Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo status de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos. Verifica-se, pois, que a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseado numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual e capacidade cognitiva das crianças e adolescentes.

Assim, entende-se que não basta apenas a comprovação da idade para a caracterização do tipo penal, tendo em vista que o mero critério da idade não é absoluto. Nesse caso, segundo o entendimento de Nucci, descrito acima, deve ocorrer à aferição da casuística do grau de maturidade sexual e desenvolvimento mental da vítima para, só assim, definir se a mesma se enquadra na proteção legal, aplicando a lei de maneira mais justa no caso concreto.

Santiago Fernando do Nascimento (2009, p.394), entende que a prática delituosa deveria ser apoiada em uma conduta real e efetiva, devendo-se afastar as pretensas presunções, *in verbi*:

Ressalte-se que, em matéria de sexualidade, a intervenção do Estado deve cingir-se à exclusiva criminalização das relações obtidas mediante o constrangimento real e efetivo, não podendo haver lugar para a presunção, pois presunções não passam de ficções, com as quais é, no mínimo, difícil de trabalhar, notadamente em matéria penal, onde sempre estão em jogo a liberdade e a dignidade da pessoa. Veja-se que estes últimos elementos são alçados como princípios de ordem constitucional, não podendo, por óbvio, o legislador infraconstitucional afrontar estes princípios com uma ficção puramente legal. (...) Há de se tomar o cuidado de não tornar os mecanismos penais de tutela de determinados grupos de pessoas consideradas mais frágeis, como instrumentos de inferiorização destes grupos, por supostas reduções de capacidade física, psíquica ou cultural de seus integrantes.

No direito penal, o conceito de vulnerabilidade deve ser interpretado no conceito da norma penal. Assim, embora o tipo penal descrito faça essa interpretação de maneira taxativa, a vulnerabilidade seja em razão da idade, seja em razão da capacidade, diz respeito à capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no ato sexual.

Por um lado, a presunção de vulnerabilidade absoluta ou *iures et de iure*, é apontada como aquela que não admite prova em contrário, assim o legislador cria pressuposições de determinadas situações, consideradas requisitos de existência ou inexistência desse delito, que não poderão ser contestadas ou infirmadas. Ao conferir o caráter absoluto ao conceito de vulnerabilidade impede-se a produção de provas em contrário, gerando uma presunção de culpabilidade.

Observa-se que, quando se fala em presunção de vulnerabilidade relativa, significa o fato de produzir prova em contrário. O problema de se considerar a vulnerabilidade em seu conceito absoluto é que não será possível a produção de provas em contrário, pois qualquer pessoa que praticar ato sexual com menor de 14 anos, em qualquer circunstância, será presumidamente culpado, violando assim o princípio da presunção de inocência e do contraditório e ampla defesa, previstos no art. 5º, incisos LVII e LV da Constituição Federal

Embora a lei contemple a presunção de vulnerabilidade de maneira absoluta, afirmando que a pessoa menor de 14 (catorze) anos não tem discernimento para consentir a prática sexual, é plenamente possível afastar essa presunção mediante a produção de prova inequívoca de que a vítima apresenta comportamento totalmente incompatível com a regra da proteção legal.

Não é possível negar que na atual realidade social o menor vem amadurecendo muito mais cedo, principalmente em assuntos relacionados ao sexo, assim a vida sexual começa mais cedo, praticando com normalidade atos dessa natureza de forma plenamente consentida. Pode-se afirmar que pessoas menores de catorze anos já namoram ou já tiveram

alguma experiência sexual por vontade própria. Nessas situações o sujeito que pratica sexo com menores de catorze anos, com o devido consentimento da vítima já experiente, não pode sofrer a sanção mais gravosa, tendo em consideração a perda da inocência, ingenuidade ou proteção integral.

Nesse sentido, Rodrigo Moraes de Sá (2010, p. 17 apud Maria Lúcia Karam, 1996) discorre a respeito:

“Embora possa não ser recomendável, sendo, porém, espontâneo e consentido, o relacionamento sexual com adolescentes, ainda que contando com menos de 14 anos, ainda que muito mais velhos seus parceiros, não pode ser objeto de repressão penal, notadamente em um momento histórico em que (...) o conceito de liberdade, neste campo da sexualidade, passou por verdadeira revolução, discrepando-se de tal forma daquele de outrora, que só seria comparado ao antigamente dava a noção de libertinagem.”

Dessa maneira, a condição de vulnerabilidade deve ser avaliada conforme o caso concreto, dependendo da união de elementos que sejam capazes de comprovar a fragilidade, inocência e falta de discernimento da vítima diante do caso concreto.

Diante dos ensinamentos de Nucci (2010, p. 22):

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

Alguns Tribunais já entendem a presunção de vulnerabilidade como sendo relativa, vejamos:

TJ-SP - Apelação APL 00042066420118260554 SP 0004206-64.2011.8.26.0554 (TJ-SP)- Data de publicação: 22/11/2013
EMENTA: Apelação. Estupro de vulnerável. Absolvição. Necessidade. Vítima que contava com 13 anos de idade. Vulnerabilidade relativa. Vítima

já iniciada na vida sexual, mantendo relações com diversos parceiros, inclusive com recebimento de dinheiro. Apelo provido.¹⁰

.....

TJ-SP - Apelação APL 9000002942007826 SP 9000002-94.2007.8.26.0477 (TJ-SP) - Data de publicação: 02/05/2012

EMENTA: Apelação. Atentado violento ao pudor. Absolvição. Necessidade. Vítima que conta com 13 anos de idade. Vulnerabilidade relativa. Vítima que afirma gostar do apelante e consentir com os atos libidinosos. Inexistência de violência presumida. Recurso defensivo provido.¹¹

.....

TJ-RS - Apelação Cível AC 70060949922 RS (TJ-RS)- Data de publicação: 26/08/2014

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE DE 12 E 14 ANOS. RELATIVIZAÇÃO. CENDENTIMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Os elementos de convicção existentes no caderno processual evidenciam a ocorrência de relação sexual consentida entre o acusado, de 17 anos, e a ofendida, de 13 anos. 2. Ausência de indicativos de que a adolescente tenha sido coagida à prática do referido ato. Indemonstradas, ademais, a fragilidade ou incapacidade mental da jovem para consentir. 3. Necessidade de relativização da presunção de vulnerabilidade que recai sobre a mesma. RECURSO DESPROVIDO.¹²

Porém, os Tribunais Superiores ainda entendem o caráter absoluto, *in verbis*:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1280490 SC 2011/0226724-2 (STJ) - Data de publicação: 20/11/2013

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RESP. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83 DESTA CORTE. ESTUPRO PELA VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. FUNDAMENTOS DA DECISÃO MANTIDOS. Segundo entendimento majoritário da Terceira Seção, a presunção de violência no estupro contra menor de 14 anos é tida por absoluta, prescindindo da vontade da suposta vítima para o fim de examinar a tipicidade penal. Fundamentos da decisão mantidos. Agravo desprovido.¹³

.....

10 <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118795043/apelacao-apl-42066420118260554-sp-0004206-6420118260554>> Acesso em 20.10.2014.

11 <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21657532/apelacao-apl-9000002942007826-sp-9000002-9420078260477-tjsp>> Acesso em 20.10.2014.

12 <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136115890/apelacao-civel-ac-70060949922-rs>> Acesso em 20.10.2014.

13 <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24710476/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1280490-sc-2011-0226724-2-stj>> Acesso em 21.10.2014.

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1429103 SC 2014/0008333-0 (STJ) - Data de publicação: 27/06/2014

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL ESTUPRO. MENOR DE 14 ANOS. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR N. 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O posicionamento exarado pelo Tribunal de origem encontra-se em consonância com o entendimento desta Corte Superior, que, no julgamento do EREsp 1.152.864/SC, pela Terceira Seção, pacificou o entendimento no sentido de que a presunção de violência em casos de estupro cuja vítima é menor de 14 (quatorze) anos é absoluta. Agravo regimental desprovido.¹⁴

É possível destacar que o que se pretende não é menosprezar o fato do abuso sexual, quando ele ocorre. Pois o abuso sexual que ocorre com os menores de 14 (catorze) anos deve ser tratado de maneira mais rígida pelo julgador conforme o caso concreto.

É óbvio que uma criança de 10 (dez) anos, por exemplo, não tem a capacidade de consentir a um ato sexual. No entanto, não é possível nega que, um adolescente de 13 (treze) ou 14 (catorze) anos possa ter essa capacidade.

O que se espera do julgador é a análise da casuística para a aferição da fragilidade, hipossuficiência e da capacidade psicológica necessária para consentir ao ato sexual e não apenas considerar a vulnerabilidade pela verificação da idade do sujeito passivo à época do fato.

Embora se reconheça o momento da formação biológica, moral e psicológica do menor, a solução mais adequada reside na avaliação da casuística do grau de maturidade sexual e desenvolvimento mental do suposto ofendido, para assim definir se ele é ou não vulnerável, aplicando-se a lei de maneira mais justa e correta ao caso concreto.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que há foi exposto, entende-se que é importante a tutela de proteção dada aos menores de 14 (catorze) anos quando tratamos de crimes sexuais, afinal, as pessoas incapazes de a legislação visa à proteção quando o ato sexual é ocorrido por causa dessa condição de fragilidade.

¹⁴ ><http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25188084/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1429103-sc-2014-0008333-0-stj>> Acesso em 21.10.2014.

As mudanças trazidas pela Lei nº 12018/2009 focaram nas medidas protetivas em favor da criança e do adolescente, criando novos paradigmas observando os princípios da proteção integral, constantes na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do adolescente.

Com o advento da Lei nº 12015/09, foi instituído um novo tipo penal, caracterizado como um tipo autônomo, o art. 217-A do Código Penal, distinto do art. 213 do mesmo diploma legal.

Assim, com a criação do crime titulado “estupro de vulnerável”, foi extinto o termo presunção de violência, constante no revogado art. 224 do Código Penal, onde se presumia a o uso da violência e da grave ameaça quando o crime de estupro era cometido contra os menores de 14 anos, os enfermos e aqueles que não podiam oferecer resistência. Assim, com a revogação do art. 224 e a criação do art. 217-A do Código Penal, surgiu a presunção de vulnerabilidade.

Na exposição de motivos da parte especial do Código Penal (GRECO, Rogério, 2014, p.275), mostra-se que *o fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes e a innocentia consilli do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento.*

Aqui se entende que existem duas vertentes a serem discutidas:

1º) considerada absoluta a presunção de vulnerabilidade, o acusado não tem o direito de produzir provas em contrário, violando assim os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e da presunção de inocência;

2º) considerada relativa a presunção de vulnerabilidade, o acusado teria como produzir provas ao seu favor, assim, cabe ao julgador analisar a casuística e apurar o grau de maturidade psicológica do menor, bem como a sua hipossuficiência e a sua fragilidade, para com isso julgar o caso concreto.

Alguns doutrinadores, como Guilherme de Souza Nucci, entendem que o caso deve ser aferido particularmente, pois nem todos os menores de 14 (catorze) anos são vulneráveis frágeis ou até mesmo hipossuficientes.

Assim, a melhor solução para a celeuma parece-me que é a aferição do grau de maturidade sexual e desenvolvimento mental do ofendido, para que assim seja definido se o mesmo é vulnerável ou não, aplicando a lei de maneira mais correta ao caso concreto.

Contudo, seria pertinente que os Tribunais Superiores tivessem o entendimento da relativização da presunção de vulnerabilidade do menor de 14 (catorze) anos quando

tratamos de crimes sexuais, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, vol. 4.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. *Ciências penais*, vol. 13, p. 170, jul / 2010.
- DE JESUS, Damásio E. *Direito Penal. Parte Especial. 3º Volume. 12ª Edição*. Ed. Saraiva. São Paulo, 1998.
- GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. 4º volume*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- GRECO, Rogério. *Direito Penal. Parte especial. 3º volume. 6ª Ed.* São Paulo: Ed. Impetus. 2009.
- GRECO, Rogério. *Vade Mecum. Penal e Processo Penal*. São Paulo: Editora Impetus. 2014.
- KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, ano 1, n. 2. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini Martinelli. Dignidade e liberdade sexual: o objeto de tutela nos crimes sexuais e exploração sexual. *Revista Síntese-Direito Penal e Processo Penal*. Nº 85- Abr-Maio/2014.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, 10 ed, São Paulo: Atlas, 1996, v2.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial 2. 29ª edição*, São Paulo, Editora Atlas, 2012.
- MORAIS SÁ, Rodrigo. *Estupro De Vulnerável: Uma Análise Doutrinária Sob A Ótica Da Vulnerabilidade Do Menor*. 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral, parte especial. 4. ed.*, São Paulo. 2012
- NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, vol. 902. dez / 2010) <www.pucsp.br/cienciascriminais/agenda/site_nucci_estupro.doc> Acesso em 18.10.2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NASCIMENTO, Santiago Fernando do. Análise crítica da presunção de violência nos crimes sexuais. Revista dos Tribunais, vol. 880, p. 394, 2009.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte especial. 4ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.3.

RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 92, p. 61, 2011.

Sites acessados:

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/vulnerabilidade-nos-novos-delitos-sexuais/5314> (acesso no dia 20.10.2014)

<http://jus.com.br/artigos/29758/estupro-de-vulneraveis-uma-reflexao-sobre-a-efetividade-da-norma-penal-a-luz-da-presuncao-de-vulnerabilidade#ixzz3DsE9WK5c> (Acesso no dia 18.10.2014)

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/vulnerabilidade-nos-novos-delitos-sexuais/5314> (acesso no dia 20.10.2014)

Jurisprudências do STJ, STF e Tribunais
<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca>>. Acesso em 22.10.2014 .