

**FACULDADES DOCUTUM DE CARATINGA
CURSO DE DIREITO**

LORENA DA SILVA CAMPOS

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A relativização da vulnerabilidade dos maiores de
doze anos

**CARATINGA
2017**

LORENA DA SILVA CAMPOS

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A relativização da vulnerabilidade dos maiores de doze anos

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Caratinga, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal. Orientador: Prof. Msc. Ivan Lopes Sales.

**CARATINGA
2017**

AGRADECIMENTOS

Como não poderia ser diferente, primeiramente elevo minha gratidão à Deus, meu Senhor e Salvador, que me sustentou durante toda a caminhada, com sua mão forte me segurou. E eu venci todas as batalhas, e eu superei todos os obstáculos, pois, nem por um segundo meu Deus de mim se afastou.

Eu poderia falar somente do meu Deus e Pai, até o final desta página, até o final deste trabalho, até o final de todos os livros e papéis em branco de todo o mundo, porque ele é infinito, pleno, e nada na terra poderia se aproximar de sua imensidão. Entretanto, eu posso até o fim do meu agradecimento, endereçar somente a Ele, porém, magnífico como és, me deu presentes, bênçãos, em forma de pessoas para me amparar no caminho, meu Pai sabia que eu iria me cansar, chorar e desejar desistir, contudo, em tudo pensou Ele, por isso és merecedor de toda honra e toda glória.

Já posso falar das bênçãos que o meu Pai colocou em minha vida, a primeira delas foi em forma de mãe, tão maravilhosa, doce e forte quando precisava ser, nunca me deixou entristecer, sempre me mostrou o lado bom de tudo, e conseguir ver, meus olhos se enchem de lágrimas ao falar desta pessoa, o meu amor é grande demais. Só tenho a agradecer a essa grande mulher, minha mãe, Nadir Gomes da S. Martins.

Agradeço ao meu pai, um homem tão virtuoso, bondoso, honesto, meu exemplo, sempre fez tudo por mim, eu amo muito e respeito este homem, Enéias Campos Martins.

Meus queridos irmãos, como amo vocês, não consigo explicar, mas agradeço imensamente, pois, jamais me deixaram só, Sabrina e Miquéias.

Caros e nobres colegas, caminhamos juntos até aqui, vocês são especiais minha vida, agradeço pelo companheirismo, Josiane, Thaís, Nayara, Marccone e Sidney, toda minha turma, excelentes pessoas, da faculdade pra vida.

Minha gratidão.

DEDICATORIA

Dedico este trabalho ao meu grandioso Deus, responsável por todas as minhas vitórias, aos meus maravilhosos pais, Nadir e Enéias, aos meus queridos irmãos, Sabrina e Miquéias.

*Por isso não tema, pois estou com você, não tenha medo, pois sou o seu Deus.
Eu o fortalecerei e o ajudarei; eu o segurarei com a minha mão direita vitoriosa. **Isaías**
41:10.*

SUMARIO

I - INTRODUÇÃO	9
II - CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
III - CAPITULO 1 – DOS PRINCIPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS	13
1.1– Do princípio da Ampla Defesa	15
1.2– Do princípio do Contraditório	17
1.3– Do princípio da Adequação Social	18
1.4– Do princípio da Presunção de Inocência	21
IV - CAPITULO 2 – DO DIREITO PENAL	24
2.1 – Do estupro de vulnerável.....	25
2.1.1 – Do conceito de estupro de vulnerável	28
2.1.2 – Do sujeito ativo e do sujeito passivo	29
2.1.3 – Do conceito de adolescente	29
2.1.4 – Da vulnerabilidade à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente	30
2.2 – Principais mudanças trazidas pela Lei 12.015/09	31
2.3 – Do erro de Tipo	33
2.4 – Da imputação objetiva	37
2.5 – Da responsabilidade penal objetiva	38
V - CAPITULO 3 – TEORIA ABSOLUTISTA DA VULNERABILIDADE	40
3.1 – Conceito	40
3.2 – Posicionamento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça	40
3.3 – Jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça	40
3.4 – Jurisprudências sobre a relativização da vulnerabilidade	44
VI - CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
VII - REFERENCIAS	50

RESUMO

O presente estudo visa, doravante, desenvolver um exame crítico sobre o crime de estupro de vulnerável quanto à vulnerabilidade, ressaltando a inadequação da aplicação absoluta da norma incriminadora, com ênfase nos maiores de 12 anos – excluídos os deficientes mentais (presunção absoluta) - e em sentido estrito, se empenhará em demonstrar que a relativização da vulnerabilidade é possível, após análise do caso concreto.

Far-se-á perfeitamente possível, observar que é entendimento sedimentado e sumulado no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça que o tipo penal em voga tem caráter objetivo, sendo a vulnerabilidade da vítima absoluta, independente de quaisquer condições que o caso *in concreto* apresentar.

Asseveram ainda que a vítima menor de 14 anos, não possui consentimento válido para se autodeterminar, frente a atos sexuais que possivelmente praticar, o que por consequência, trará sanção penal para aquele que com menores de 14 anos, cometer qualquer tipo de ação dotada de conotação sexual.

Ademais se tratar de um assunto incontroverso para a Corte, há decisões, de diversos Tribunais de todo o país, em sentido contrário.

O entendimento da Suprema Corte brasileira, furta ao agente o direito de defesa, uma vez que o impossibilita de produzir provas que o poderiam inocentar, o que, de igual forma, constitui cerceamento de defesa, uma vez que as particularidades de cada caso não serão consideradas, bastando, para a condenação, que o agente tenha se envolvido sexualmente com a vítima.

Quando fala-se em cerceamento de defesa, tem-se corrompidos os princípios corolários do Direito Penal, quais sejam, o contraditório e a ampla defesa, tais princípios são expressos na Carta Magna de 1988, constituindo, dessa forma, direitos fundamentais.

Dentre os princípios acima invocados, tem-se infligido o princípio da adequação social, uma vez que sendo o tipo penal encarado de forma absoluta, não são consideradas as mudanças sociais ocorridas, principalmente no que tange à sexualidade, que cada vez mais é descoberta mais cedo pelos jovens.

Um ponto relevante a ser observado, está relacionado a imputação penal, a responsabilização penal, daquele que incorreu no tipo previsto ao teor do artigo 217-A do Estatuto Repressivo pátrio, pois, o que será demonstrado é que a aplicação da pena independe de culpa do agente, culpa em sentido *lato*, tendo em vista que independente do *animus* do sujeito ativo, ante a prática será este condenado pelo crime.

Tais explanações serão abordadas no presente estudo, não exaustivamente, contudo, de forma a demonstrar que a aplicação do tipo penal em voga, sem se considerar as peculiaridades de cada caso não é razoável para o Direito Penal moderno, de um Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS CHAVE: Vulnerabilidade; ato libidinoso; conjunção carnal; estupro de vulnerável; imputação objetiva.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho desenvolverá um exame crítico sobre o crime de estupro de vulnerável quanto à vulnerabilidade, ressaltando a inadequação da aplicação absoluta da norma incriminadora, com ênfase nos maiores de 12 anos – excluídos os deficientes mentais (presunção absoluta) - e em sentido estrito, demonstrará a possibilidade da relativização da vulnerabilidade ao analisar o caso concreto.

O presente estudo exporá sobre as principais mudanças trazidas pela Lei 12.015/09, principalmente no que tange à vulnerabilidade absoluta dos menores de 14 anos.

Segundo entendimento do ilustre doutrinador Cleber Masson¹ a vulnerabilidade da vítima substituiu a presunção de violência, antigamente prevista no art. 224 do Código Penal e também conhecida como violência ficta ou indutiva. Continua o autor advertindo que não houve, portanto, *abolitio criminis* das figuras penais anteriormente cometidas mediante violência presumida.

No que tange ao reconhecimento de tal vulnerabilidade de forma absoluta, o presente estudo pretende *a posteriori*, abordar o instituto do erro de tipo como forma de defesa.

No tocante a Teoria Absolutista da vulnerabilidade, chancelada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, o presente estudo apontará seus principais pontos, bem como a problemática advinda de sua aplicação indiscriminada.

O entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, gira em torno de que para caracterização do crime estupro de vulnerável, é irrelevante o consentimento da vítima para prática do ato. Uma vez que a vítima não possui consentimento válido, não sendo, portanto, possível à relativização da vulnerabilidade.

É válido consignar que a aplicação da vulnerabilidade absoluta aos crimes sexuais (art. 217-A do CP), confronta com princípios constitucionais e princípios do Direito Penal, em especial ao princípio da adequação social. Tal princípio afigura-se pertinente ao ramo do Direito Penal, pois o direito está para a sociedade, logo deve

¹ MASSON. Cleber. *Direito Penal, vol. 3, parte especial*. 2ª ed. São Paulo, 2012, Editora Método, p. 53.

acompanhar suas mutações, bem como, será demonstrado, doravante, o conflito com diversos princípios constitucionais penais.

O estudo analisará o reconhecimento da vulnerabilidade em razão do caráter etário à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. A Lei 8069/90 considera adolescente aquele que tem entre 12 (doze) anos completos e 18 (dezoito) anos incompletos. Tal constatação enseja para os adolescentes, de acordo com o estatuto, a aplicação de medida socioeducativa, pois o posicionamento é de que o adolescente tem discernimento nos seus atos.

No que tange a aplicação da vulnerabilidade de forma relativa ao caso concreto, afigura-se coerente, principalmente, ante a evolução da sociedade. Não somente nesse sentido, pois o caráter absoluto do reconhecimento da vulnerabilidade da vítima (menor de catorze anos e maior de doze anos), não é razoável ante as peculiaridades de cada caso.

Admitir tal aplicação de forma indiscriminada seria aceitar a existência de responsabilização objetiva no âmbito penal, o que entra em conflito com a Carta Magna de 1988.

O caráter absoluto de tal vulnerabilidade, não admite prova em contrário, à exceção do erro de tipo que é perfeitamente aceito. Entretanto é o único mecanismo de defesa.

O que o presente trabalho busca não é extinguir a vulnerabilidade absoluta, muito menos reduzir a faixa etária ao reconhecimento da vulnerabilidade, mas sim, admitir a relativização dos maiores de doze anos, ante a peculiaridade do caso *in concreto*.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Antes de se passar a análise mais aprofundada do presente tema, forçoso é discorrer sobre alguns conceitos pertinentes ao estudo, ora em debate, para alcançar uma compreensão mais satisfatória.

Conforme, já brevemente salientado, O presente estudo tem por escopo analisar as principais mudanças trazidas pela Lei 12.015/09, principalmente no que tange à vulnerabilidade absoluta dos menores de 14 anos.

Inicialmente faz-se pertinente consignar que é delito de estupro de vulnerável, ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos².

O ato libidinoso, seguindo conceito concedido pelo doutrinador Cleber Masson³ é aquele revestido de conotação sexual, a exemplo da felação, coito anal, toques íntimos, introdução de dedos ou objetos na vagina ou no ânus, masturbação e etc.

Em razão do tipo penal compreendido, insta demonstrar o que consite a vulnerabilidade, tendo em vista que o trabalho tem como seu ponto princípio o estudo da vulnerabilidade, bem como a forma de reconhecê-la no caso concreto.

Segundo entendimento do ilustre doutrinador Cleber Masson⁴ a vulnerabilidade da vítima substituiu a presunção de violência, antigamente prevista no art. 224 do Código Penal e também conhecida como violência ficta ou indutiva. Continua o autor advertindo que não houve, portanto, *abolitio criminis* das figuras penais anteriormente cometidas mediante violência presumida.

No que tange ao reconhecimento de tal vulnerabilidade de forma absoluta, o presente estudo irá, *a posteriori*, abordar o instituto do erro de tipo como forma de defesa.

² BRASIL. Decreto Lei nº. 2848/41, p. 188.

³ MASSON, Cleber, Direito Penal, volume 3, esquematizado, 2ª ed. São Paulo, 2012, Editora Método, p. 61.

⁴ MASSON, Cleber, Direito Penal, vol. 3, parte especial, 2ª ed. São Paulo, 2012, Editora Método, p. 53.

Para os doutrinadores Vitor Eduardo Rios Gonçalves e André Estefam⁵ erro, em Direito Penal, corresponde a uma falsa percepção da realidade. No erro de tipo, a falsa percepção do agente recai sobre a realidade que o circunda, vale dizer, ele não capta corretamente os eventos que ocorrem ao seu redor.

Tratar-se-á do instituto da imputação objetiva, como forma de demonstrar que o resultado só será atribuído àquele que deu causa.

Nesse sentido, o ilustre doutrinador Luiz Regis Prado⁶, seguindo entendimento chancelado por Karl Larenz e Richard Honing, tem-se que a imputação objetiva se apresenta como um complemento corretivo e em certas ocasiões de superação das diversas teorias causais. De acordo com Claus Roxin só é imputável aquele resultado que pode ser previsto e dirigido pela vontade.

O trabalho em epígrafe enfatizará, doravante, o confronto entre a aplicação absoluta no crime de estupro de vulnerável e os princípios constitucionais colorários do Direito penal, quais sejam, o contraditório e a ampla defesa.

Maria Sylvia Zanela di Pietro⁷ entende que:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita.

Realizada tais considerações, passa-se ao estudo perscrutado do tema em voga.

⁵ ESTEFAM. Andre, GONÇALVES, V. E. R, *Direito Penal Esquemático, parte geral*. São Paulo, 2012, Editora Saraiva.

⁶ LARRAURI. E., ROXIN, C. *Apud*, PRADO. L.R.; CARVALHO, E. M. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*, p. 63 e ss.

⁷ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanela, *Direito Administrativo, 20ª edição*. São Paulo, Atlas, 2007, p. 367.

CAPÍTULO 1 - DOS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS

Direito Penal, para Luiz Regis Prado⁸, em se tratando de um conceito formal, é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança. Como todos os ramos do direito, o Direito Penal é regulado por regras e princípios.

Cumpra inicialmente abordar, a diferença entre princípios e regras. Inobstante, ser o ordenamento jurídico formado por ambos há algumas diferenciações que merecem esclarecimentos.

Os doutrinadores André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves⁹ fazem tal diferenciação, em relação ao conteúdo, de forma que os princípios constituem a expressão de valores ou finalidades a serem atingidas, enquanto as regras descrevem condutas a serem observadas, mediante proibições ou autorizações. Asseveram, na sequência que os princípios são aplicados positivamente, como orientação a ser seguida, ou negativamente, para anular uma regra que os contradiga.

Do esposado, inegável a força que tem um princípio dentro de um sistema jurídico.

O Professor Pedro Lenza¹⁰ alerta que regras e princípios são, ambos, espécies de normas e que, enquanto referências para o intérprete, não guardam, entre si, hierarquia, especialmente diante da unidade da Constituição.

Continua, o doutrinador Pedro Lenza¹¹ narrando que para Humberto Ávila, “um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e

⁸ PRADO. Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral e parte especial*, 14ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 67;

⁹ ESTEFAM. Andre, GONÇALVES, V. E. R, *Direito Penal Esquematizado, parte geral*. São Paulo, 2012, Editora Saraiva, p. 79;

¹⁰ LENZA. Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 145;

¹¹ Ávila *Apud* LENZA. Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 146;

controle de poder”. De igual modo, ainda externando o entendimento de Humberto Ávila, diz que “um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos”.

O entendimento acima explanado retrata com clareza o conflito que será debatido no presente trabalho, uma vez que admitir em caráter absoluto a vulnerabilidade exposta no tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, no que tange ao critério etário do sujeito passivo do delito, trata-se de um modo formalista que torna a aplicação da penalidade demasiadamente rígida, se se considerar as peculiaridades de cada caso concreto.

No Direito, eventualmente, surgindo conflitos entre normas, deve-se lançar mão dos princípios, procedendo-se a uma ponderação, diante da exigência do caso concreto, na busca por uma solução aceitável.

De acordo com o entendimento do Professor Pedro Lenza¹², os princípios, desde os primórdios do Direito processual penal, constituem importantes instrumentos para que os julgadores balizem suas decisões e também para que o legislador atue dentro de determinados parâmetros na elaboração das leis. Trata-se de diretrizes genéricas que servem para definir limites, fixar paradigmas ou alcances das leis, bem como para auxiliar em sua interpretação.

Para o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo¹³, princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Chegamos à concepção de que o princípio – sua idéia ou conceituação – vem a ser a fonte, o ponto de partida que devemos seguir em todo o percurso; ao mesmo tempo em que é o início, também é o meio a ser percorrido e o fim a ser atingido. Dessa forma, todo o ordenamento jurídico deve

¹²LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p 74;

¹³DE MELLO. Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p 230;

estar de acordo com os princípios, pois só eles permitem que o próprio ordenamento jurídico se sustente, se mantenha e se desenvolva.

Fato é que para que haja harmonia dentro de um ordenamento jurídico, faz-se necessário que suas normas sejam capazes de coexistir dentro do sistema.

1.1 – Do Princípio da Ampla Defesa

Trata-se de um princípio que guarda correlação com o princípio do contraditório, é dever do Estado velar e proporcionar ao acusado a mais completa defesa, em relação à imputação que lhe for feita.

Para Igor Luis Pereira e Silva¹⁴ o princípio da ampla defesa determina a participação efetiva no processo penal, abrangendo a autodefesa, a defesa técnica, a defesa efetiva e a possibilidade de utilização de todos os meios de prova passíveis de demonstrar a inocência do acusado, incluindo as provas obtidas ilicitamente.

Por autodefesa, Ionilton Pereira do Vale¹⁵ assevera que esta se manifesta no interrogatório, e no direito à audiência, Por esse direito, o acusado tem a prerrogativa e o direito de estar presente à audiência, quando da oitiva das testemunhas de acusação e de defesa. É dever do Estado assegurar ao réu preso o direito de comparecer à audiência de inquirição de testemunhas, ainda mais quando arroladas pelo Ministério Público.

A não observância estrita da lei, durante o processo, em alguns casos gera nulidades, ora absoluta, ora relativa. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça¹⁶, *in verbis*:

STF - HABEAS CORPUS HC 121682 MG (STF)

Data de publicação: 14/11/2014

Ementa: EMENTA Habeas corpus. Interrogatório. Falta de citação prévia. Nulidade. Inexistência. Cientificação da imputação na data da audiência. Nomeação de defensor público ao réu que com ele se entrevistou previamente e não requereu o adiamento do ato. Negação da prática do crime pelo paciente. Inexistência de prejuízo a sua defesa. **Audiência de**

¹⁴ PEREIRA E SILVA, Igor Luis. *Princípios Penais*. 1ª Ed. Editora Juspodivm, 2012, p.270;

¹⁵ DO VALE. Ionilton Pereira. *Princípios Constitucionais do Processo Penal – Na visão do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2009, p.277;

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stj.jus.br, acesso em 24/10/2017;

instrução. Nulidade. Ocorrência. Ausência de intimação pessoal da defensoria pública para o ato. Prova acusatória, colhida na audiência, utilizada para a condenação. Prejuízo demonstrado. Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ordem parcialmente concedida. 1. A falta de citação não anula o interrogatório quando o réu, ao início do ato, é cientificado da acusação, entrevista-se, prévia e reservadamente, com a defensora pública nomeada para defendê-lo - que não postula o adiamento do ato -, e nega, ao ser interrogado, a imputação. Ausência, na espécie, de qualquer prejuízo à defesa. 2. **É nula, por violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a audiência de instrução realizada sem a presença da Defensoria Pública, não intimada pessoalmente para o ato, máxime quando a prova acusatória nela colhida tiver embasado a condenação do paciente.** 3. A atuação da Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134 , CF), não pode ser considerada fungível com a desempenhada por qualquer defensor ad hoc, sendo mister zelar pelo respeito a suas prerrogativas institucionais. 4 – Ordem parcialmente concedida, para anular a condenação do paciente;

STJ - HABEAS CORPUS HC 183113 SP 2010/0156661-2 (STJ)

Data de publicação: 31/03/2014

Ementa: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. CONDENAÇÃO EM 1º GRAU. FALECIMENTO DO ÚNICO DEFENSOR CONSTITUÍDO ANTES DA SESSÃO DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO DEFENSIVA. INTIMAÇÕES REALIZADAS EM NOME DE ADVOGADO JÁ FALECIDO. IMPOSSIBILIDADE. **AUSÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.** DESCONSTITUIÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO E NECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS. RESTITUIÇÃO DA LIBERDADE DO PACIENTE, QUE RESPONDEU SOLTO À AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. - **O falecimento do único defensor do réu, antes do julgamento da apelação defensiva, nulifica o ato e todos os subsequentes, uma vez o acusado ficou indefeso - ausência de defesa técnica. - Ante a flagrante violação ao contraditório e à ampla defesa,** a ensejar a desconstituição do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a renovação de todos os atos processuais em 2º Grau, deve ser restituída a liberdade do paciente, que respondeu solto à ação penal. - Habeas corpus concedido para declarar a nulidade de todos os atos processuais a partir da intimação das partes para a sessão de julgamento da Apelação, determinando-se, inclusive, a intimação do Paciente para constituir novo defensor. Em consequência, expeça-se alvará de soltura em favor do Paciente, se por outro motivo não estiver preso. (Grifos nossos).

Ressalte-se que só haverá o princípio da ampla defesa, se forem garantidos no caso concreto a autodefesa e a defesa técnica, trata-se de cumulação. É cediço que a autodefesa é disponível, no que tange ao acusado, o mesmo, porém, não ocorre em relação ao Juízo. Já a defesa técnica é indisponível em relação aos dois.

1.2– Do Princípio do Contraditório

De acordo com o entendimento chancelado por Maria Sylvia Zanela di Pietro¹⁷ entende-se que:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita.

O Professor Alexandre de Moraes¹⁸, seguindo o entendimento de Nelson Nery Júnior, com propriedade explica que o princípio do contraditório, além de fundamentadamente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, que significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.

Insta consignar que o acusado no processo penal possui capacidade postulatória, tal faculdade está intimamente ligada ao princípio aqui em análise, entende-se que o acusado pode produzir provas que lhe sirvam de defesa, ou mesmo, que o inocentem do fato criminoso a ele imputado.

Nesse sentido, o julgado *verbatim*:

STJ - HABEAS CORPUS HC 183113 SP 2010/0156661-2 (STJ)

Data de publicação: 31/03/2014

Ementa: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. CONDENAÇÃO EM 1º GRAU. FALECIMENTO DO ÚNICO DEFENSOR CONSTITUÍDO ANTES DA SESSÃO DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO DEFENSIVA. INTIMAÇÕES REALIZADAS EM NOME DE ADVOGADO JÁ FALECIDO. IMPOSSIBILIDADE. **AUSÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.** DESCONSTITUIÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO E NECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS. RESTITUIÇÃO DA LIBERDADE DO PACIENTE, QUE RESPONDEU SOLTO À AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. - **O falecimento do único defensor do réu, antes do julgamento da apelação defensiva, nulifica o ato e todos os subsequentes, uma vez o acusado ficou indefeso - ausência de defesa técnica. - Ante a flagrante violação ao contraditório e à ampla defesa,** a ensejar a desconstituição do trânsito em julgado da sentença penal

¹⁷DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 20ª edição. São Paulo, Atlas, 2007, p. 367.

¹⁸ Nery Júnior, *Apud*, MORAIS. Alexandre, *Direito Constitucional*, 27ª ed. São Paulo, Atlas, 2011, p.113;

condenatória e a renovação de todos os atos processuais em 2º Grau, deve ser restituída a liberdade do paciente, que respondeu solto à ação penal. - Habeas corpus concedido para declarar a nulidade de todos os atos processuais a partir da intimação das partes para a sessão de julgamento da Apelação, determinando-se, inclusive, a intimação do Paciente para constituir novo defensor. Em consequência, expeça-se alvará de soltura em favor do Paciente, se por outro motivo não estiver preso. (Grifos nossos).

Não é difícil observar que o tema em análise no presente trabalho, confronta com o princípio do contraditório, ou ao menos, lhe esbarra, pois ao admitir ser a vulnerabilidade prevista no tipo penal do art. 217-A do Código penal, como absoluta, pelo critério etário da vítima, furta ao acusado o direito à produção de provas.

1.3– Do Princípio da Adequação Social

O Direito Penal está para a sociedade, logo deve acompanhar suas mutações. É evidente que este ramo do direito é dotado de fragmentariedade, norteados pela *ultima ratio*, uma vez que o legislador elege os bens jurídicos a serem tutelados de forma restritiva, nem toda matéria deverá ser regulada pelo Direito Penal.

Tal explanação tem ligação direta com o princípio da adequação social.

Um dos princípios que regem o direito penal é o da adequação social, o que significa dizer que não se pode imputar como crime, uma conduta tolerada pela sociedade, mesmo que se enquadre em uma tipificação penal.

A teoria da adequação social formulada por Welzel surgiu como um princípio geral de interpretação e compreensão dos tipos penais.

Nesse sentido, explica o doutrinador Maurício Antônio Ribeiro Lopes¹⁹ que não são consideradas típicas aquelas condutas que se movem por completo dentro do marco de ordem social, histórico, normal da vida porque são socialmente adequadas. A ação socialmente adequada está desde o início, excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social.

¹⁹RIBEIRO LOPES. Maurício Antônio. *Princípio da insignificância no direito penal*, São Paulo: RT, p. 117;

Para os doutrinadores André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves²⁰ a adequação social deve servir fundamentalmente de parâmetro ao legislador, a fim de que, no exercício de sua função seletiva, verificando quais atos humanos são merecedores de punição criminal, tenha em mente que deve deixar de lado os socialmente adequados.

De igual modo, assevera o doutrinador Rogério Greco²¹ que o princípio da adequação social possui uma dupla função: a) restringe o âmbito de aplicação do direito penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade; b) orienta o legislador na eleição das condutas que se deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes, seja incluindo novas condutas, seja excluindo condutas não mais inadequadas à convivência em sociedade.

O Professor Greco continua dizendo que o princípio em análise não se presta a revogar tipos penais incriminadores, mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera perniciosas.

O Brasil é notadamente um país com mixogenação de culturas, o que se reflete de modo diverso em cada estado membro, logo, o que é considerado tolerado em algumas regiões do país, podem não ser encaradas da mesma forma em outras.

Nesse sentido, foi o voto exarado pela Desembargadora MARIALVA HENRIQUES DALDEGAN BUENO do Tribunal de Justiça de Rondônia que, ao julgar o recurso de apelação TJ-RO - Apelação : APL 00028721820138220010 RO 0002872-18.2013.822.0010, expressou com propriedade o que segue:

[...] como adverte Nucci (Código Penal Comentado, 9ª ed., Ed. RT, p. 891):
 [...] a simples inserção da presunção de violência na nova terminologia de vulnerabilidade não tem o condão de eliminar a discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito de se considerar tal preceito de forma absoluta ou relativa. Noutros termos, parece-nos que continuar viável debater o tema.
Visualizamos a vulnerabilidade relativa, quando envolver adolescentes (pessoas com 12 e 13 anos), passível de produção de prova, de modo a demonstrar eventual capacidade integral de compreensão do ato sexual consensual praticado.[...]. Destarte, entendo que a questão ora tratada deve ser resolvida diante

²⁰ ESTEFAM, André, GONÇALVES, V. E. R., *Direito Penal Esquematizado, parte geral*. São Paulo, 2012, Editora Saraiva, p. 108;

²¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, parte geral*. Niteroi-RJ, Editora Impetus, p.15;

da aferição concreta da vulnerabilidade absoluta ou relativa da vítima, pois a lei tem caráter geral, e, não podemos ignorar as vicissitudes dos casos concretos, especialmente, em um país com culturas e hábitos familiares tão diferentes. E é diferente a cultura, o hábito familiar do povo brasileiro pelo simples fato de sermos uma nação continental, colonizada de formas variadas e por nações variadas, com forte distinção regional de toda ordem. Não se compreende a mesma leitura social de uma família ribeirinha do Norte ou Nordeste brasileiro com outra família Sulista. São criações, valores diferentes que se constroem e se transmitem²² (...). Grifos nossos.

Depreende-se do voto exarado acima a flagrante presença do princípio da adequação social invocado, ante o caso concreto, tal princípio é pertinente ao direito, justamente pelas mutações sociais que são cada vez mais constantes, aliadas à diversos fatores, entre eles o avanço da tecnologia, o aumento do direito e acesso à informação.

Embora exaustivamente perceptível a realidade do país, bem como o que ocorre em diversos casos, envolvendo o crime de estupro de vulnerável, a possibilidade de relativização, levantada pelo voto retro exposto, não é o entendimento chancelado pelos Tribunais Superiores Brasileiros.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de que não há discussão, quanto o absolutismo da vulnerabilidade, trazida pelo tipo penal do artigo 217-A, do Código Penal Brasileiro, pelo critério etário.

Ignorando, a incidência de tal princípio, bem como a peculiaridade de cada caso concreto.

Nesse sentido, é o seguinte julgado²³:

Ementa: Embargos infringentes e de nulidade. Estupro de vulnerável. Conjunto probatório harmonioso. Condenação. Possibilidade. Relativização da vulnerabilidade. Vítima menor de 14 anos de idade. **Consentimento irrelevante. Lei n. 12.015 /09. Presunção absoluta. Verticalização da jurisprudência. Condenação mantida. A conjunção da palavra da vítima menor de 14 anos e da confissão do réu acerca da existência de relações sexuais entre ambos mostra-se suficiente para fundamentar a condenação pelo crime de estupro de vulnerável. Com a entrada em vigor da Lei n. 12.015 /09, a violência presumida foi eliminada, de modo**

²² RONDÔNIA, <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321787285/embargos-infringentes-e-de-nulidade-ei-59464220158220000-ro-0005946-4220158220000>, disponível em www.tjro.com.br, acesso em 05/06/2017;

²³ RONDÔNIA, <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321787285/embargos-infringentes-e-de-nulidade-ei-59464220158220000-ro-0005946-4220158220000>, disponível em www.tjro.com.br, acesso em 05/06/2017;

que a simples conjunção carnal ou atos libidinosos com menor de 14 anos caracteriza o crime de estupro. Conforme decidido pelo STJ em sede de recurso repetitivo, não há como relativizar a vulnerabilidade da vítima de crimes sexuais menor de 14 anos, sendo seu consentimento um fato irrelevante para a caracterização do delito. Julgamento 18/03/2016, órgão julgador: Câmaras Criminais Reunidas, publicação no Diário Oficial em 28/03/2016. (Grifos nossos).

O que se discuti, no presente trabalho é a ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, pilares do direito penal, entre outros princípios penais constitucionais, uma vez que ao considerar absoluta a vulnerabilidade trazida pelo tipo penal em análise, constitui imputação penal objetiva, o que é vedado no Direito Penal Brasileiro. Se a conduta praticada pelo indivíduo amoldar ao tipo do artigo 217-A, do Código Penal, terá este praticado o delito ali previsto, independentemente das questões fáticas em que ocorreu. Ou seja, não se admite prova em contrário.

O Supremo Tribunal Federal entende que o sistema jurídico penal brasileiro não admite imputação por responsabilidade penal objetiva²⁴; bem como o Superior Tribunal Justiça, seguindo o mesmo raciocínio, entende que inexistente em nosso sistema responsabilidade penal objetiva²⁵.

Tal entendimento, exarado pelos Tribunais Superiores, contradiz com o que eles entendem acerca da imputação penal.

1.4 – Do princípio da Presunção de Inocência

O tema em debate toca em diversos princípios adotados pelo ordenamento jurídico pátrio, dentre eles o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. A expressão “presunção” teve origem na Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

²⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, disponível em www.stf.jus.br, acesso em 05/06/2017, (STF. Inq. 1.578-4-SP, 18.12.03)

²⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, disponível em www.stj.jus.br, acesso em 05/06/2017, (STJ. HC 8.312-SP, 6ª Turma, 4.3.99, p. 231).

Segundo o entendimento do Professor Nestor Távora²⁶ existem duas vertentes a serem observadas dentro deste princípio, considerando que do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado - e não este de provar sua inocência - e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

Nesse sentido, já decidiu nossos Tribunais²⁷, vejamos:

TJ-RS - Apelação Crime ACR 70059343293 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 07/08/2014

Ementa: APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROVA INSUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E IN DUBIO PRO REO. Caso em que o réu foi acusado de abuso sexual contra a enteada de 09 anos. **Dúvida insanável a respeito da existência de crime que conduz à absolvição, com base nos princípios da inocência e in dubio pro reo, a teor do disposto no artigo 386 , incisos II e VII , do Código de Processo Penal.** Apelação do Ministério Público desprovida. Recurso da defesa provido. (Apelação Crime Nº 70059343293, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, Julgado em 17/07/2014);

TJ-RS - Apelação Crime ACR 70053897310 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 22/07/2013

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROVA INSUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. SENTENÇA RECORRIDA MANTIDA. Caso em que o AECD foi realizado mais de seis meses após o fato, apenas atestando que a ofendida não era mais virgem. Não há testemunhas do fato e o réu nega veementemente ter mantido qualquer relação sexual com a adolescente. A ofendida somente relatou a suposta relação sexual um ano após o ocorrido, o que, somado à informação trazida pelo seu próprio irmão, no sentido de que esta tinha "uns namorico" que duravam de duas a três semanas, torna impossível se afirmar, estreme de dúvidas, que o acusado tenha sido a pessoa responsável pelo desvirginamento da menina. **Pífia a prova, sem força de convencimento, a absolvição é o melhor caminho** APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70053897310, Sexta Câmara Criminal,

²⁶TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2013, p 55;

²⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, disponível em www.tjrs.jus.br, acesso em 24/10/2017;

Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 12/07/2013). (Grifos nossos).

De igual maneira, tem-se aqui um conflito entre o entendimento de nossos Tribunais Superiores e o princípio em pauta, pois ao considerar absoluta a vulnerabilidade do tipo penal do artigo 217-A, do Código Penal, não resta ao agente que praticou a conduta descrita, a possibilidade de produção de provas, sendo de plano, considerado culpado.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Não há que se negar que a ação penal segue todo o procedimento, até o momento da sentença, contudo, tem-se prejudicada a fase probatória, uma vez que, seguindo o entendimento do STF e STJ, basta que a conduta seja praticada para restar configurado o crime, desconsiderando as peculiaridades de cada caso.

O Direito Penal é um ramo do direito que não raras vezes, sofreu indagações quanto a sua nomenclatura.

Greco²⁸ leciona que o Brasil, desde que se tornou independente, em 1822, somente utilizou a expressão “Direito Criminal” uma única vez, em seu Código de 1830 (Código Criminal do Império). Nos demais, passou a adotar a denominação Código Penal para o conjunto de normas, condensadas num único diploma legal, que visam tanto a definir os crimes, proibindo ou impondo condutas, sob a ameaça de sanção para os imputáveis e medida de segurança para os imputáveis, como também a criar normas de aplicação geral, dirigidas não só aos tipos incriminadores nele previstos, como a toda legislação extravagante, desde que esta não disponha em contrário.

Em continuidade, o Professor Greco assevera que a finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade.

Ao explicar sobre a existência do Direito na sociedade, Prado²⁹, com riqueza aduz que a tarefa primordial e de maior relevância da lei positiva é de superar e conter a ameaça latente de luta de todos contra todos, propiciando uma ordem que assegure a vida e a convivência de todos os homens. Justamente porque dá lugar a uma ordem que conserva a existência, é que obriga.

Continua o doutrinador em evidência, salientado que diante do conceito formal o Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança. De outro lado, refere-se, também, a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso, no que tange ao conceito material.

O Direito Penal se presta a tutelar os bens jurídicos mais relevantes e valiosos do ordenamento jurídico. Sobre o tema Greco³⁰ assevera que a validade de tais bens não esta relacionada ao ponto de vista econômico, mas sim político que não podem

²⁸GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, parte geral*. Niteroi-RJ, Editora Impetus, p. 1;

²⁹PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral e parte especial*. 14ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 66;

³⁰GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal, parte geral*, Niteroi-RJ, Editora Impetus, p. 2;

ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito. Continua dizendo que é político o critério de seleção dos bens a serem tutelados pelo Direito Penal, é porque a sociedade, dia após dia, evolui.

2.1 – Do estupro de Vulnerável

Endossando o entendimento do Professor Luiz Regis Prado³¹, o tipo penal em estudo foi criado com a finalidade de tutelar, preservar a liberdade sexual em sentido amplo, especialmente a indenidade ou intangibilidade sexual das pessoas vulneráveis, assim entendidas aquelas que não têm suficiente capacidade de discernimento para consentir de forma válida no que se refere à prática de qualquer ato sexual.

A liberdade sexual das pessoas vulneráveis é o bem jurídico protegido pela norma, ora em debate.

O doutrinador Cleber Masson³² explica que a Lei 12.015/2009, centrada em motivos de política criminal, adota o critério etário para definição dos vulneráveis, continua explicitando que a escolha é objetiva, razão pela qual não há espaço para discutir eventual possibilidade de afastar determinadas pessoas, menores de 14 anos, da definição de vulneráveis, em decorrência de questões ligadas à educação, ao passado repleto de promiscuidade ou ao estilo de vida.

Nesse sentido, já se decidiu o Supremo Tribunal Federal³³ (HC 119091/SP):

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUALPENAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. ART. 213 C.C. ART. 224, AL. 'A', DO CÓDIGO PENAL ANTES DA ALTERAÇÃO DA LEI 12.015/2009. CONSENTIMENTO DA OFENDIDA. IRRELEVÂNCIA. NATUREZA DA VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS IMPRÓPRIO NA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA. 1. Eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal ou a sua experiência anterior não elidem a presunção de violência caracterizadora do crime de estupro praticado antes da vigência da Lei 12.015/2009. Precedentes. 2. Concluir pela absolvição do Paciente quanto ao crime de estupro demandaria o

³¹PRADO, Luiz Regis, Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral e parte especial, 14ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1044;

³²MASSON, Cleber, Direito Penal, volume 3, esquematizado, 2ª ed. São Paulo, 2012, Editora Método, p. 54;

³³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao>;

revolvimento do conjunto probatório, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do habeas corpus³. Ordem denegada;

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL OU DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO CONTRA MENOR. **PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. NATUREZA ABSOLUTA.** ART. 217-A DO CP. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. 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. 2. Agravo regimental improvido. (AgRgREsp1.244.672/MG, Quinta Turma, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador Convocado TJ/PR), DJe27/05/2013);

VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. IRRELEVÂNCIA. **8. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirmou o entendimento de que a anterior experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos são irrelevantes para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no artigo 224, alínea "a", do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta.** 9. Ressalvado posicionamento deste Relator, no sentido de que a aludida presunção é de caráter relativo[...] (AgRg no Resp 1.110.889/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 15.02.2013);

HABEAS CORPUS. ESTUPRO PRATICADO CONTRA MENOR DE 14 ANOS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NO ACÓRDÃO QUE REFORMOU FUNDAMENTADAMENTE A DECISÃO ABSOLUTÓRIA. ALEGAÇÃO DE RELACIONAMENTO AMOROSO COM CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. DESCONHECIMENTO DA SUA IDADE REAL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ERRO DE TIPO. COMPROVADAS A AUTORIA E A MATERIALIDADE. PACIENTE QUE CONFESSOU A PRÁTICA DA CONDUTA CRIMINOSA. HABITUALIDADE. VÍTIMA COM APENAS 12 ANOS DE IDADE. GRAVIDEZ PRECOCE. PARECER DO MPF PELO PARCIAL CONHECIMENTO E DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. Contando a vítima, à época dos fatos, com apenas 12 anos de idade, configura-se a presunção absoluta de violência na prática do delito de estupro. A alegação do agente de desconhecer a idade da vítima e acreditar ter ela 15 anos de idade na época dos fatos, não elide o tipo penal, uma vez que, o paciente a conhecia há mais de 1 ano e tinha proximidade com sua família, sendo inclusive alertado pela tia da vítima da menoridade de sua sobrinha. 2. **Se o paciente mantinha relacionamento amoroso com a vítima e as relações sexuais foram consensuais, sendo ela menor de 14 anos, esse consentimento não tem repercussão no Direito Penal, tratando-se de presunção absoluta de violência.** Sendo indubitosa a ocorrência do crime e confirmada a autoria inclusive pela confissão do paciente, não há ilegalidade a ser sanada. 3. Parecer do MPF pela

denegação da ordem. 4. Ordem denegada. (HC 138.239/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 01.07.2011). (Grifos nossos).

Destarte o explanado, há o entendimento de que o fundamento da presunção de violência, no caso de adolescentes, é a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos atos sexuais. Tal entendimento torna a incidência do tipo penal ao caso concreto de forma relativa, a depender das peculiaridades de cada situação.

Nesse sentido, caso a vítima adolescente demonstrasse consentimento, experiência sexual, tais hipóteses seriam aptas a afastar o delito, uma vez que haveria a ausência de circunstância elementar do tipo, não restando outra medida que não a absolvição do acusado.

A experiência sexual, bem como consentimento da vítima, dentre outras hipóteses que possam ocorrer, comprovam, não estar presente no caso concreto, o bem jurídico que a norma pretende tutelar, qual seja a dignidade sexual, em razão da vulnerabilidade.

Segundo entendimento do ilustre doutrinador Cleber Masson³⁴ a vulnerabilidade da vítima substituiu a presunção de violência, antigamente prevista no art. 224 do Código Penal e também conhecida como violência ficta ou indutiva. Continua o autor advertindo que não houve, portanto, *abolitio criminis* das figuras penais anteriormente cometidas mediante violência presumida.

O renomado autor Luiz Regis Prado³⁵ preceitua que a vulnerabilidade diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade.

Assim sendo, não há que se falar em vulnerabilidade se a vítima, maior de 12 anos, consentiu à prática dos atos, bem como de que possuía experiência sexuais, o que poderá vir acompanhado de demais circunstâncias que afastam por completo a vulnerabilidade.

³⁴ MASSON. Cleber. *Direito Penal, vol. 3, parte especial*. 2ª ed. São Paulo, 2012, Editora Método, p. 53.

³⁵ PRADO. Regis Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral e parte especial*. 14ª ed. São Paulo, 2015, Editora Revista dos Tribunais, p. 1045;

2.1.1 – Do Conceito de Estupro de Vulnerável

O doutrinador Cleber Masson³⁶ assinala que na redação original do Código Penal, existiam os crimes de estupro (art. 213) e de atentado violento ao pudor (art. 214). Agora, tais delitos estão reunidos no mesmo tipo penal, disciplinando no art. 213 e com o *nomen iuris* “estupro”. Além disso, o estupro com violência real ou grave ameaça e o estupro com violência ficta integravam um único tipo penal, com penas idênticas.

Inicialmente faz-se pertinente consignar que é delito de estupro de vulnerável, ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos³⁷.

O ato libidinoso, seguindo conceito estabelecido pelo doutrinador Cleber Masson³⁸ é aquele revestido de conotação sexual, a exemplo da felação, coito anal, toques íntimos, introdução de dedos ou objetos na vagina ou no ânus, masturbação e etc.

O doutrinador acima citado, ainda conceitua conjunção carnal como sendo, a introdução total ou parcial do pênis na vagina, razão pela qual é imprescindível, a relação de heterossexual. O ato libidinoso pode ser configurado tanto em relações hetero quanto em relações homossexuais.

O delito em debate é crime hediondo, previsto na Lei 8.072/90, no art. 1º, VI e tem como objeto material a pessoa vulnerável. Imperioso destacar que o estupro de vulnerável foi inserido no rol de crimes hediondos pela Lei 12.015/09.

A vulnerabilidade prevista no tipo penal se subdivide em duas modalidades, uma pelo caráter etário (vítima menor de 14 anos – art. 217-A do CP) e a outra quando a vítima possuir enfermidade ou deficiência mental, não possuindo assim, o necessário discernimento para a prática de atos sexuais (art. 217-A, §1º do CP).

A modalidade que leva em consideração o caráter etário é a que interessa ao presente estudo.

³⁶MASSON. Cleber. *Direito Penal, vol. 3, parte especial*. 2ª ed. São Paulo, 2012, Editora Método, p. 59;

³⁷ BRASIL. Decreto Lei nº. 2848/41, p. 188.

³⁸ MASSON. Cleber. *Direito Penal, volume 3, esquematizado*. 2ª ed. São Paulo, 2012, Editora Método, p. 61;

2.1.2 – Do Sujeito ativo e do sujeito passivo

O doutrinador Cleber Masson³⁹ ensina que o crime de estupro de vulnerável é crime comum ou geral, podendo ser cometido por qualquer pessoa, homem ou mulher, e também pelos transexuais. Admitem-se a coautoria e a participação, bem como a autoria mediata, quando o sujeito se vale de um inculpável para a execução do delito, contudo ressalta que na modalidade “ter conjunção carnal” o estupro de vulnerável é crime próprio ou especial, pois pressupõe uma relação heterossexual.

Leciona Luiz Regis Prado⁴⁰ que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, do sexo masculino ou feminino, desde que maior de dezoito anos. Continua dizendo que o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, desde que esteja na faixa etária dos catorze anos ou esteja em estado de vulnerabilidade (enfermo ou deficiente mental, ou aquele que por qualquer outra causa não pode oferecer resistência).

2.1.3 – Do conceito de adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90⁴¹, prevê em seu art. 2º a definição de criança e adolescentes *in verbis*:

“Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

O Estatuto em voga, em proteção a tais indivíduos, repudia em seu art. 5º as diversas formas de atentado contra os direitos dos menores, válido sua transcrição:

“Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos”.

2.1.4 – Da vulnerabilidade à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente

Em análise da Lei 8.069/90⁴², diploma específico de proteção das crianças e adolescentes, nota-se que o art. 103 prevê o ato infracional, como sendo “a conduta

³⁹MASSON. Cleber. *Direito Penal, volume 3, esquematizado*. 2ª ed. São Paulo, 2012, Editora Método, p. 62;

⁴⁰PRADO. Regis Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral e parte especial*. 14ª ed. São Paulo, 2015, Editora Revista dos Tribunais, p. 1044;

⁴¹BRASIL, Lei Ordinária nº 8.069/90;

⁴² BRASIL, Lei Ordinária nº 8.069/90;

descrita como crime ou contravenção penal” e arrebatada ao dizer, no art. 104 que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nessa Lei”.

Dispõe o art. 106, da mesma Lei, a possibilidade de privação de liberdade do adolescente (indivíduo com doze anos ou mais e menor de dezoito anos), bem como, no art. 112 elenca as medidas socioeducativas a eles aplicáveis.

De sorte que a lei imputa capacidade ao adolescente para entender que determinado ato é ilícito (ato infracional), inclusive elencando possibilidades de imposição de medida socioeducativa. Logo, perfaz-se incoerente o legislador conceder capacidade ao adolescente para ser punido pelos seus atos e suprimir sua capacidade de decidir acerca dos atos sexuais que queira praticar, sob o óbice de ser vulnerável.

Pela simples leitura do *caput* do artigo 217-A do CP, concluí-se que mesmo aquele com doze anos ou mais, pleno de volição e sábio dos atos sexuais e seus resultados, se encontram “impedidos” da prática sexual, uma vez que faria recair sobre o(a) parceiro(a) sexual as sanções da Lei.

Não parece razoável equiparar uma pessoa com doze anos ou mais, possuindo plena faculdade, a um indivíduo acometido de enfermidade ou doença mental, que não tenha condições de expressar validamente seu consentimento.

2.2 – Principais mudanças trazidas pela Lei 12.015/09

O estupro de vulnerável representa uma das mais importantes inovações promovidas pela lei em estudo.

Masson⁴³ analisa que enquanto no estupro com violência real ou grave ameaça a adequação típica era imediata, permitindo a imputação ao agente do crime definido

⁴³MASSON. Cleber, *Direito Penal, volume 3, esquematizado*. 2ª ed. São Paulo, 2012, Editora Método, p. 59;

no art. 213 do Código Penal, no estupro com violência presumida a adequação típica era mediata, dependendo do socorro de norma de extensão da tipicidade. Com efeito, a imputação dizia respeito ao art. 213 c/c o art. 224.

Continua explicando que atualmente existem dois crimes diversos, dependendo do perfil subjetivo do ofendido. Se a vítima é pessoa vulnerável, aplica-se o art. 217-A, ao passo que nas demais hipóteses incidem o art. 213.

Abordando as mudanças, resultado do advento da Lei em análise, foi o voto exarado pela Desembargadora MARIALVA HENRIQUES DALDEGAN BUENO do Tribunal de Justiça de Rondônia que, ao julgar o recurso de apelação TJ-RO - Apelação : APL 00028721820138220010 RO 0002872-18.2013.822.0010, expressou com propriedade o que segue:

(...) A questão aqui tratada diz respeito à interpretação da norma do art. 217-A do CP, ou seja, se ela admite ou não relativização da vulnerabilidade. Tive oportunidade de enfrentar vários casos análogos ao ora examinado, e sempre pontuei que tanto na legislação anterior quanto na atual, o consentimento da vítima menor de 14 anos nunca foi considerado uma causa suprallegal de exclusão de antijuridicidade e/ou culpabilidade; ou de exclusão de tipicidade, asseverando que antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09 o STF já havia decidido que a presunção de violência do revogado art. 224-a, não era absoluta, mas sim relativa, a depender das circunstâncias fáticas, como p. ex., o consentimento advindo da experiência e maturidade sexual da vítima (HC 73.662, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 20.09.1.996). Com o advento da Lei 12.015/09, o estupro praticado contra menor de 14 anos ganhou um tipo descritivo autônomo, com redação própria do art. 217-A (estupro de vulnerável): "Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos." O que se discutia, e atualmente se discute, é se a violência presumida (não pelo consentimento isolado, mas pelo consentimento motivado pela experiência sexual) prevista no antigo art. 224-a do CP, com as alterações da Lei 12.015/09 (que criou o art. 217-A), sepultou o debate sobre a relativização da presunção de violência. Entendo que não (repito). É que antigo artigo 213, quando praticado contra vítima menor de 14 anos de idade, tinha uma interpretação aditiva, ou seja, um de seus elementos objetivos (a violência) tinha sua conceituação definida em outro artigo (224-a), mas apenas para asseverar que aquela violência do caput do artigo 213 não precisaria ser violência física. Atualmente, com a criação do tipo autônomo do art. 217-A, aparentemente, a discussão perdeu o sentido. Aparentemente. Na verdade, em uma análise mais acurada (minha concepção) do novel tipo, o que se nota é que o que houve foi a incorporação da presunção de violência ao tipo do art. 217-A, pois, ao eleger um elemento cronológico objetivo (idade menor que 14 anos), o legislador presumiu que com esta idade a vítima, de forma geral, ainda não tem

discernimento, maturidade, para determinar a sua liberdade sexual de forma digna (bem jurídico penalmente tutelado). Presumiu-se, pois, que toda conjunção carnal ou ato libidinoso praticado com vítimas menores de 14 anos seria um ato violento, com a nova denominação de vulnerabilidade.

Mas como adverte Nucci (Código Penal Comentado, 9ª ed., Ed. RT, p. 891):

[...] a simples inserção da presunção de violência na nova terminologia de vulnerabilidade não tem o condão de eliminar a discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito de se considerar tal preceito de forma absoluta ou relativa. Noutros termos, parece-nos que continuar viável debater o tema. Visualizamos a vulnerabilidade relativa, quando envolver adolescentes (pessoas com 12 e 13 anos), passível de produção de prova, de modo a demonstrar eventual capacidade integral de compreensão do ato sexual consensual praticado. [...]

Destarte, entendo que a questão ora tratada deve ser resolvida diante da aferição concreta da vulnerabilidade absoluta ou relativa da vítima, pois a lei tem caráter geral, e, não podemos ignorar as vicissitudes dos casos concretos, especialmente, em um país com culturas e hábitos familiares tão diferentes⁴⁴ (...). Grifos nossos.

O Advento da Lei 12.015/09 não sepultou o debate sobre a presunção de violência prevista na norma, ao contrário incitou discussões, quando diante de um caso concreto.

2.3 – Do erro de Tipo

No que tange, erro sobre elementos do tipo, narra o estatuto repressivo pátrio⁴⁵ que:

“Art. 20 – O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”.

Para os doutrinadores Vitor Eduardo Rios Gonçalves e André Estefam⁴⁶ erro, em Direito Penal, corresponde a uma falsa percepção da realidade. No erro de tipo, a

⁴⁴ RONDÔNIA, disponível em <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321787285/embargos-infringentes-e-de-nulidade-ei-59464220158220000-ro-0005946-4220158220000>, www.tjro.com.br, acesso em 05/06/2017;

⁴⁵ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848/40;

⁴⁶ ESTEFAM. André, GONÇALVES, V. E. R, *Direito Penal Esquematizado, parte geral*. São Paulo, 2012, Editora Saraiva, p.97.

falsa percepção do agente recai sobre a realidade que o circunda, vale dizer, ele não capta corretamente os eventos que ocorrem ao seu redor. Continuam os autores asseverando que em Direito Penal, duas são as modalidades de erro, as quais, a depender da intensidade do equívoco em que o agente operou, podem conduzir à sua irresponsabilidade penal; são elas: o erro de tipo e o erro de proibição.

Um dos objetivos do presente estudo é a abordagem do erro de tipo, como forma de defesa do agente que incidiu no tipo do art. 217-A do CP.

Os autores, na sequência explicam que o erro de tipo se faz presente, em linhas gerais, quando o sujeito capta incorretamente a realidade que o circunda, de tal modo que em sua mente forma-se uma idéia dos acontecimentos diversa da que efetivamente ocorre, nesta situação, o equívoco retira dos autores a noção de que o ato por eles realizado possui caráter criminoso, afastando o dolo.

Prado⁴⁷ afirma que o erro sobre o fato típico diz respeito ao elemento cognitivo ou intelectual do dolo, sendo sua contraface. É aquele que recai sobre os elementos essenciais ou constitutivos – fáticos ou normativos -do tipo de injusto, sem os quais deixa de existir.

Tanto o erro de tipo quanto o erro de proibição interferem na responsabilidade penal, seja afastando o dolo, seja retirando a culpabilidade, donde se conclui que o princípio da culpabilidade e o da responsabilidade penal subjetiva, justamente por exigirem a presença dos elementos citados, impõem que a legislação, como o fez a brasileira, confira relevância ao erro de tipo e proibição, prevendo-os como excludentes.

Vitor Eduardo Rios Gonçalves e André Estefam⁴⁸ afirmam que em relação ao crime de estupro de vulnerável, apenas o erro de tipo (que não se confunde com presunção relativa) é que pode afastar o delito, quando o agente provar que, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, pensava que a moça, que concordou em ter com ele relação sexual, já tinha 14 anos ou mais.

⁴⁷PRADO. Regis Luiz, *Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral e parte especial*. 14ª ed. São Paulo, 2015, Editora Revista dos Tribunais, p. 368;

⁴⁸ESTEFAM. Andre, GONÇALVES, V. E. R., *Direito Penal Esquemático, parte geral*. São Paulo, 2012, Editora Saraiva, p.97;

Nesse sentido, já decidiu a Suprema Corte⁴⁹, *in verbis*:

STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134) APELAÇÃO. ART. 217- A CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PALAVRA SEGURA DA VÍTIMA. COERÊNCIA COM DEMAIS PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. CONCEITO DE VULNERABILIDADE DO ART. 217-A, CP. NÃO RELATIVIZADO. ERRO DO TIPO -ART. 20- CP - NÃO CARACTERIZADO. ATENUANTE DA MENORIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 231, STJ. MANTIDO O QUANTUM DA DOSIMETRIA DA PENA NO MÍNIMO LEGAL EM 08 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. APLICA-SE O ART. 33, § 2º, 'b', CP. REGIME SEMIABERTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Restando comprovadas a autoria e a materialidade do delito, impõe-se a condenação do recorrente. 2. A norma do artigo 217-A, do Código Penal, protege a menor de 14 anos por considerá-la vulnerável, razão pela qual seu consentimento mostra-se irrelevante para a configuração do delito, de forma que não prospera, a linha defensiva no sentido de relativização do conceito de vulnerabilidade contra vítima menor de 14 (quatorze) anos. 3. **O erro de tipo penal refere-se a elemento constitutivo do tipo legal que exclui o dolo, e pune na modalidade culposa, se previsto na lei.** No caso, não incide o art. 20, CP, pois confrontando as informações nos autos, tem-se que o recorrente conheceu a vítima quando ela tinha apenas 12 (doze) anos e a encontrava na saída da escola. Considerando a formação pessoal e profissional que revelou, em juízo, ele tinha consciência de que estava envolvido com uma menor de idade, cuja compleição física não autorizava, à época dos fatos, atribuir-lhe a idade de 16 (dezesesseis) anos. 3. Fixado o quantum mínimo na dosimetria da pena base, não há como reconhecer a atenuante da menoridade, pois não se pode fixar a pena aquém do estabelecido no mínimo legal, conforme teor da súmula n. 231, STJ. 4. Verifica-se que a pena aplicada em 08 (oito) anos enseja aplicação do regime semiaberto, conforme determina o art. 33, § 2º, 'b', CP. 5. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Grifos nossos.

O reconhecimento da incidência do erro de tipo ao caso concreto, de igual forma, foi observado nos seguintes julgados:

TJ-DF - APR APR 27421620118070010 DF0002742-16.2011.807.0010 (TJ-DF)

Data de publicação: 16/03/2012

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL, SEQUESTRO QUALIFICADO POR TER SIDO PRATICADO CONTRA VÍTIMA MENOR DE DEZOITO ANOS E OCULTAÇÃO DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ACOLHIMENTO. **CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCONHECIMENTO DO RÉU ACERCA DA IDADE DA VÍTIMA. ERRO DE TIPO.** CRIME DE OCULTAÇÃO DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. AUTORIA DA OCULTAÇÃO DO ARTEFATO NÃO COMPROVADA. CRIME DE SEQUESTRO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE PRIVAÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL COM PESSOA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS DE IDADE

⁴⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stf.jus.br, acesso em 24/10/2017

CONFIGURA O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, INDEPENDENTEMENTE DE TER HAVIDO CONSENTIMENTO DA MENOR. TODAVIA, DE ACORDO COM **O ARTIGO 20 DO CÓDIGO PENAL, O ERRO PLENAMENTE JUSTIFICÁVEL SOBRE ELEMENTO CONSTITUTIVO DO TIPO LEGAL DO CRIME EXCLUI O DOLO E A CULPA.** NO CASO EM EXAME, O APELANTE PROVUO QUE NÃO SABIA QUE A NAMORADA TINHA MENOS DE 14 (QUATORZE) ANOS DE IDADE, FATO ESTE CORROBORADO PELA PROVA TESTEMUNHAL COLHIDA. ASSIM, DEVE SER ABSOLVIDO QUANTO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, POR ERRO DE TIPO. 2. NÃO HAVENDO PROVAS SEGURAS ACERCA DA AUTORIA DA OCULTAÇÃO DA ARMA DE FOGO APREENDIDA, INCABÍVEL A CONDENAÇÃO DO APELANTE PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 16 DA LEI Nº 10.826 /2003. 3. NÃO TENDO A LIBERDADE DA VÍTIMA SIDO TOLHIDA, UMA VEZ QUE NÃO HÁ QUAISQUER PROVAS NO SENTIDO DE QUE A MENOR TENHA SIDO MANTIDA DENTRO DO SÍTIO DA FAMÍLIA DE SEU NAMORADO CONTRA SUA VONTADE, INCABÍVEL A CONDENAÇÃO DO APELANTE PELA PRÁTICA DO CRIME DE SEQUESTRO QUALIFICADO, PRATICADO CONTRA MENOR DE DEZOITO ANOS, DIANTE DA ATIPICIDADE DA CONDUTA. 4. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA ABSOLVER O APELANTE QUANTO AOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 148, § 1º, INCISO IV, E 217-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, E DO ARTIGO 16 DA LEI Nº 10.826 /2003, COM FUNDAMENTO, RESPECTIVAMENTE, NOS INCISOS III, VI E VII DO ARTIGO 386 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

....

Encontrado em: REJEITAR A PRELIMINAR. DAR PROVIMENTO AO RECURSO. MAIORIA. VENCIDO O REVISOR. 2ª Turma Criminal

TJ-MG - Apelação Criminal APR 10090100026203001 MG (TJ-MG)

Data de publicação: 09/12/2015

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONSENTIMENTO DA VÍTIMA - IRRELEVÂNCIA - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - ERRO DE TIPO - OCORRÊNCIA - RECURSO MINISTERIAL NÃO PROVIDO. I - **O eventual consentimento da vítima é irrelevante para a configuração crime de estupro de vulnerável, na medida em que a vulnerabilidade de pessoa menor de 14 (quatorze) anos é absoluta, diante da ausência da maturidade necessária para consentir.** II - **Se o autor pratica relações sexuais incorrendo em erro sobre a idade da vítima, circunstância esta elementar do delito de estupro de vulnerável, exclui-se o dolo de sua conduta e, conseqüentemente, a própria tipicidade, na medida em que não há previsão de modalidade culposa para referido crime.** V.V. - O bem jurídico protegido nos crimes praticados contra vulnerável é a vítima da ação incriminada, o menor e o incapaz de discernir ou de resistir, que não possui a capacidade de externar o seu consentimento racional, seguro e pleno quanto ao exercício de sua sexualidade. Assim, não pode o magistrado, na busca da proteção do indivíduo, fechar os olhos para as situações cotidianas e peculiares da sociedade, devendo ser o contexto fático o norteador de suas decisões. Destarte, não restando comprovada nos autos a situação de vulnerabilidade da vítima, imperiosa a absolvição do réu.

Encontrado em: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO DES. REVISOR Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA

TJ-MA - Apelação APL 0045822015 MA 0000651-82.2010.8.10.0113 (TJ-MA)

Data de publicação: 05/05/2015

Ementa: Ementa. Apelação Criminal. Estupro de vulnerável. Continuidade delitiva. Preliminar de nulidade processual afastada. Comprovada a maioria penal do réu ao tempo da infração. Pleito absolutório. Consentimento da ofendida. Irrelevância. Erro de tipo. Configuração. Absolvição. Recurso provido. 1. Afasta-se a preliminar de nulidade processual se comprovada nos autos a maioria do réu à época do cometimento da infração penal. 2. A norma do artigo 217-A , do Código Penal , protege a menor de 14 anos por considerá-la vulnerável, razão pela qual seu consentimento mostra-se irrelevante para a configuração do delito. 3. **Comprovado que o réu incorreu em erro sobre circunstância elementar do tipo, qual seja, a idade da vítima, resta afastado o dolo de sua conduta, impondo-se a absolvição.** 4. Recurso de apelação provido para absolver o apelante, nos termos do artigo 386 , III , do CPP .

É cediço que o erro de tipo é pacificado na doutrina e jurisprudência, contudo, o que se discute é se o erro é admitido, analisando as peculiaridades do caso concreto, razoável é, de igual modo, a relativização da vulnerabilidade da vítima maior de 12 anos, a depender das circunstâncias do caso.

Como se pode observar dos julgados retro expostos, a relativização da vulnerabilidade é tema controverso, embora seja entendimento já sedimentado em nossos Tribunais superiores, não raras vezes, pode-se observar julgados por todos os tribunais do país, admitindo a relativização, ante o caso concreto.

Greco⁵⁰ conceitua erro de tipo como sendo aquele que recai sobre as elementares, circunstâncias ou qualquer dado que agregue à determinada figura típica. Continua, asseverando que quando o agente tem essa “falsa representação da realidade”, falta-lhe, na verdade, a consciência de que pratica uma infração penal e, dessa forma, resta afastado o dolo que é a vontade livre e consciente de praticar a conduta incriminada.

O doutrinador acima citado cita como exemplo do erro de tipo, quando o agente se relaciona sexualmente com vítima menor de 14 anos, supondo-a maior.

Nesse sentido, já se decidiu os Tribunais⁵¹:

Ementa Oficial: PENAL - ESTUPRO - ABSOLVIÇÃO -NECESSIDADE - DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA - ERRO DE TIPO - ARTIGO 20 DO CÓDIGO PENAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.1. **Impõe-se a absolvição quando o apelante pratica a ação típica incorrendo em erro sobre circunstância elementar, o que afasta a tipicidade da conduta.**2. O erro etatis afasta o dolo e conseqüentemente a adequação típica da conduta.3. Recurso provido. (Relator: Pedro vergara,

⁵⁰GRECO. Rogério, *Curso de Direito Penal, parte geral*. Niteroi-RJ, Editora Impetus, p.296;

⁵¹TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. www.tjmg.jus.br, acesso em 24/10/2017;

juízo 25/02/2014, órgão julgador Camaras criminaes, publicação 10/03/2014). (Grifos nossos).

É cediço que o tipo previsto no art. 217-A do CP, não admite a modalidade culposa, logo se agente incorrer em erro de tipo, quando da prática do delito em comento, a depender das circunstancias plenamente justificadas, o fato será atípico, uma vez que estará afastado o dolo e o delito não tem previsão na modalidade culposa.

2.4 – Da imputação objetiva

Vitor Eduardo Rios Gonçalves e André Estefam⁵² conceituam a imputação objetiva como um conjunto de pressupostos jurídicos que condicionam a relação de imputação (atribuição) de um resultado jurídico (ou normativo) a um determinado comportamento (penalmente relevante).

Relaciona-se com o princípio da culpabilidade, em que um determinado fato, contido em um tipo penal, somente pode ser imputado a alguém se o agente agir com dolo ou culpa, se houver previsão legal para esta ultima modalidade.

As circunstâncias retroapresentadas são fundamentais a fim de preservar a responsabilidade subjetiva pelo fato praticado pelo agente, afastando-se aquela de natureza objetiva.

O surgimento da teoria da imputação objetiva pressupõe se o resultado previsto na parte objetiva do tipo pode ou não ser imputado ao agente, acontecendo antes da análise do elemento subjetivo (dolo e culpa).

Vitor Eduardo Rios Gonçalves e André Estefam⁵³ asseveram que através da imputação objetiva, agregam-se outros requisitos que irão atuar em conjunto com a relação de causalidade, de modo a permitir que a atribuição de um resultado a uma conduta não seja um procedimento meramente lógico (fundado na teoria da equivalência dos antecedentes), mas se constitua também um procedimento justo, ainda afirmam que a imputação (ato de atribuir a alguém determinado resultado,

⁵²ESTEFAM. Andre, GONÇALVES, V. E. R., *Direito Penal Esquematizado, parte geral*. São Paulo, 2012, Editora Saraiva, p. 261;

⁵³ESTEFAM. Andre, GONÇALVES, V. E. R., *Direito Penal Esquematizado, parte geral*. São Paulo, 2012, Editora Saraiva, p. 247;

sujeitando-o às suas consequências) não pode se basear apenas numa relação lógica, pois é preciso ter em mente que a responsabilidade penal deve atender, antes de tudo, a critérios justos.

Os autores citados acima ditam os demais requisitos que devem estar presentes no caso concreto, para permitir a imputação do fato ao agente, são eles, segundo orientação predominante, a criação de um risco juridicamente proibido e relevante; a produção do risco no resultado e que o resultado provocado se encontre na esfera de proteção do tipo penal violado.

2.5 – Da responsabilidade penal objetiva

Para que determinado agente possa ser responsabilizado pelo injusto cometido, deve-se provar sua culpa, dentre outros requisitos.

O professor Greco⁵⁴ ensina que para que o agente possa ser responsabilizado pelo fato típico e ilícito por ele cometido é preciso que seja imputável. A imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente.

No tocante à potencial consciência sobre a ilicitude do fato, assevera que, nas palavras de João Mestieri, a *Vox* possibilidade de entender o caráter ilícito (criminoso) do fato é genuinamente normativa, pois não se trata do conhecimento da ilicitude (operação de natureza psicológica), mas da mera possibilidade concreta desse conhecimento.

Nesse sentido, continua o renomado autor explicitando que a possibilidade ou impossibilidade de agir conforme o direito variará de pessoa para pessoa, não se podendo conceder um “padrão” de culpabilidade. As pessoas são diferentes umas das outras. Algumas inteligentes, outras com capacidade limitada; algumas abastadas, outras miseráveis; algumas instruídas, outras incapazes de copiar seu próprio nome. Essas particulares condições é que deverão ser aferidas quando da análise da exigibilidade de outra conduta como critério de aferição ou de exclusão da

⁵⁴ MESTIERI, João, *Apud* GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal, parte geral*. Niteroi-RJ, Editora Impetus;

culpabilidade, isto é, sobre o juízo de censura da reprovabilidade, que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.

O presente estudo toca nesse ponto, pois, ao admitir de maneira indiscriminada, a vulnerabilidade da vítima como absoluta, impossibilita o agente - que infringiu o tipo penal - de se defender, ou apresentar as peculiaridades dos fatos para se ver livre da sanção penal. Tal situação faz com o que a responsabilidade penal se torne objetiva, já que a imputação independe de culpa.

Tal modalidade de responsabilidade é vedada no Direito Penal Brasileiro. Verifica-se que o princípio da culpabilidade, que em sua acepção acomoda à máxima *nullum crimen sine culpa* (não há crime sem culpabilidade) e, impõe a subjetividade da responsabilidade penal.

CAPITULO 3 – TEORIA ABSOLUTISTA DA VULNERABILIDADE

3.1 – Conceito

O entendimento do Supremo Tribunal de Federal se baseia, no sentido de que o consentimento do menor de 14 anos não é válido, por não ter a capacidade, consciência do significado e das consequências do ato sexual. Assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela absoluta vulnerabilidade dos menores de 14 anos.

Tal posicionamento foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça em diversas oportunidades em que teve de julgar crimes de estupro de vulnerável.

3.2 – Posicionamento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça

O entendimento da Suprema Corte fundamenta-se na capacidade de que tem o adolescente, ou a falta dessa capacidade, para emitir consentimento válido, quando da prática de atos sexuais.

Assevera o STF e o STJ que com o advento da Lei 12.015/09, a violência presumida foi sepultada, de maneira que havendo conjunção carnal e a prática de atos libidinosos, resta caracterizado o delito em voga.

Nesse sentido, afirmam não ser possível a relativização da vulnerabilidade, ante a incapacidade da vítima em consentir validamente. Para corroborar o entendimento exarado, explicitam que como o tipo penal do art. 217-A do Código Penal, não exige a violência ou grave ameaça, torna então, irrelevante o consentimento ou a autodeterminação da vítima para a prática do crime.

3.3 – Julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

Conforme já explanado, as Cortes Superiores sedimentaram o entendimento pela vulnerabilidade absoluta, não admitindo outro meio de prova, nem considerando características de cada caso.

A presunção de vulnerabilidade absoluta (*juris et de jure*) é aquela que entende que a vítima é integralmente incapaz e não possui consciência da prática de suas condutas. Esta configuração ignora qualquer avaliação a respeito da culpa ou dolo do agente e este será considerado culpado independentemente de qualquer situação que possa modificar a condição de vulnerabilidade da vítima. Tratar-se-ia, portanto, de responsabilização penal objetiva.

Em diversas oportunidades, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal⁵⁵:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUALPENAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. ART. 213 C.C. ART. 224, AL. 'A', DO CÓDIGO PENAL ANTES DA ALTERAÇÃO DA LEI 12.015/2009. CONSENTIMENTO DA OFENDIDA. IRRELEVÂNCIA. NATUREZA DA

⁵⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao>, acesso em 25/10/2017.

VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ABSOLVIÇÃO.NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS IMPRÓPRIO NA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.1. **Eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal ou a sua experiência anterior não elidem a presunção de violência caracterizadora do crime de estupro praticado antes da vigência da Lei 12.015/2009.** Precedentes.2. Concluir pela absolvição do Paciente quanto ao crime de estupro demandaria o revolvimento do conjunto probatório, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do habeas corpus3. Ordem denegada;

HABEAS CORPUS. ESTUPRO PRATICADO CONTRA MENOR DE 14 ANOS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NO ACÓRDÃO QUE REFORMOU FUNDAMENTADAMENTE A DECISÃO ABSOLUTÓRIA. ALEGAÇÃO DE RELACIONAMENTO AMOROSO COM CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. DESCONHECIMENTO DA SUA IDADE REAL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ERRO DE TIPO. COMPROVADAS A AUTORIA E A MATERIALIDADE. PACIENTE QUE CONFESSOU A PRÁTICA DA CONDUTA CRIMINOSA. HABITUALIDADE. VÍTIMA COM APENAS 12 ANOS DE IDADE. GRAVIDEZ PRECOCE. PARECER DO MPF PELO PARCIAL CONHECIMENTO E DENEGACÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. Contando a vítima, à época dos fatos, com apenas 12 anos de idade, configura-se a presunção absoluta de violência na prática do delito de estupro. A alegação do agente de desconhecer a idade da vítima e acreditar ter ela 15 anos de idade na época dos fatos, não elide o tipo penal, uma vez que, o paciente a conhecia há mais de 1 ano e tinha proximidade com sua família, sendo inclusive alertado pela tia da vítima da menoridade de sua sobrinha. 2. **Se o paciente mantinha relacionamento amoroso com a vítima e as relações sexuais foram consensuais, sendo ela menor de 14 anos, esse consentimento não tem repercussão no Direito Penal, tratando-se de presunção absoluta de violência.**Sendo indubitosa a ocorrência do crime e confirmada a autoria inclusive pela confissão do paciente, não há ilegalidade a ser sanada. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem denegada. (HC 138.239/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 01.07.2011);

STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134) APELAÇÃO. ART. 217- A CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PALAVRA SEGURA DA VÍTIMA. COERÊNCIA COM DEMAIS PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. CONCEITO DE VULNERABILIDADE DO ART. 217-A, CP. NÃO RELATIVIZADO. ERRO DO TIPO -ART. 20- CP - NÃO CARACTERIZADO.ATENUANTE DA MENORIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 231, STJ. MANTIDO O QUANTUM DA DOSIMETRIA DA PENA NO MÍNIMO LEGAL EM 08 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO.APLICA-SE O ART. 33, § 2º, 'b', CP. REGIME SEMIABERTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Restando comprovadas a autoria e a materialidade do delito, impõe-se a condenação do recorrente. 2. A norma do artigo 217-A , do Código Penal , protege a menor de 14 anos por considerá-la vulnerável, razão pela qual seu consentimento mostra-se irrelevante para a configuração do delito, de forma que não prospera, a linha defensiva no sentido de relativização do conceito de vulnerabilidade contra vítima menor de 14 (quatorze) anos. 3. **O erro de tipo penal refere-se a elemento constitutivo do tipo legal que exclui o dolo, e pune na modalidade culposa, se previsto na lei.** No caso, não incide o art. 20, CP, pois confrontando as informações nos autos, tem-se que o recorrente conheceu a vítima quando ela tinha apenas 12 (doze) anos e a encontrava na saída da escola. Considerando a formação pessoal e profissional que revelou, em juízo, ele tinha consciência de que estava envolvido com uma menor de idade, cuja compleição física não autorizava, à época dos fatos, atribuir-lhe a idade de 16 (dezesseis) anos. 3.Fixado o

quantum mínimo na dosimetria da pena base, não há como reconhecer a atenuante da menoridade, pois não se pode fixar a pena aquém do estabelecido no mínimo legal, conforme teor da súmula n. 231, STJ. 4. Verifica-se que a pena aplicada em 08 (oito) anos enseja aplicação do regime semiaberto, conforme determina o art. 33, § 2º, 'b', CP. 5. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Grifos nossos.

O Superior Tribunal de Justiça, de igual forma, firmou o mesmo entendimento, em diversas oportunidades julgou, *in verbis*:

Ementa: Embargos infringentes e de nulidade. Estupro de vulnerável. Conjunto probatório harmonioso. Condenação. Possibilidade. Relativização da vulnerabilidade. Vítima menor de 14 anos de idade. Consentimento irrelevante. Lei n. 12.015 /09. Presunção absoluta. Verticalização da jurisprudência. Condenação mantida. A conjunção da palavra da vítima menor de 14 anos e da confissão do réu acerca da existência de relações sexuais entre ambos mostra-se suficiente para fundamentar a condenação pelo crime de estupro de vulnerável. **Com a entrada em vigor da Lei n. 12.015 /09, a violência presumida foi eliminada, de modo que a simples conjunção carnal ou atos libidinosos com menor de 14 anos caracteriza o crime de estupro. Conforme decidido pelo STJ em sede de recurso repetitivo, não há como relativizar a vulnerabilidade da vítima de crimes sexuais menor de 14 anos, sendo seu consentimento um fato irrelevante para a caracterização do delito.** Julgamento 18/03/2016, órgão julgador: Câmaras Criminais Reunidas, publicação no Diário Oficial em 28/03/2016;

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGATIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. [...]. 2. **Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual se tornou irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito.** 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp. 1.435.416/SC, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 3/11/2014);

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ARTS. 213, § 1º, E 217-A DO CP. VIDA PREGRESSA DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL DENOMINADA ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ADOÇÃO DO PARECER MINISTERIAL COMO RAZÃO DE DECIDIR. LEGALIDADE. 1. A condição objetiva prevista no art. 217-A do Código Penal encontra-se presente, in casu, porquanto **suficiente que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou nestes autos, para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação desse crime ou a suposta experiência sexual pregressa da vítima.** [...] 4.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp. n. 1.418.859/GO, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 10/4/2014). (Grifos nossos).

Embora tal entendimento já restar sedimentado na jurisprudência, não raras vezes, os Tribunais de todo o país tem decidido de modo diverso, admitindo, a depender do caso concreto, a relativização da vulnerabilidade dos maiores de 12 anos.

Nesse sentido, *verbatim*:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. Relação de namoro entre vítima e réu. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. Rejeição da denúncia. Ausência de justa causa para a ação penal. A vulnerabilidade da vítima tal como disposta no art. 217-A do Código Penal não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. **Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes. No caso em tela, dos elementos colhidos durante a fase inquisitória, principalmente do depoimento da vítima, extrai-se que esta (adolescente com 13 anos de idade) e o réu mantiveram relacionamento amoroso por determinado período, no qual ocorreram relações sexuais voluntárias e consentidas. Frente a tal realidade, impõe-se a confirmação da decisão que rejeitou a denúncia por ausência de justa causa para a ação penal.** (TJRS-Apelação Criminal n.70046185104, Sétima Câmara Criminal, Rel. Des. Piazzeta, Naele jul. 8/3/2012). (Grifos nossos).

Nota-se do julgado acima exposto, que a decisão ali exarada foi acertada, pois, adotou a presunção relativa em virtude da transformação nos costumes que ocorre pela natural evolução dos tempos que não foi acompanhada pela legislação.

No caso apresentado, restou evidente que a conduta enquadra-se no delito de estupro de vulnerável. No entanto, a vulnerabilidade da vítima não foi entendida de forma absoluta, simplesmente pelo critério etário, trazida a apreciação do Poder Judiciário ainda à vista de suas particularidades.

Na hipótese dos autos, provas revelaram que a relação entre ambos advinha de aliança afetiva, e que as relações ocorreram de forma consentida e voluntária. Aponta também que a até então, a vítima apresentava experiência sexual. E com a análise destas peculiaridades, foi possível a relativização de sua vulnerabilidade, importando em absolvição do réu.

Entretanto, para sepultar qualquer discussão, a 3ª seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou na quinta-feira, dia 25 de outubro de 2017, a súmula 593 que dispõe sobre estupro de vulnerável, nos seguintes termos:

O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Embora, tenha-se dito que tal súmula seria para sepultar qualquer debate, acerca da vulnerabilidade no estupro de vulnerável, isto não ocorreu na prática.

3.4 - Jurisprudência sobre a relativização da vulnerabilidade

Ademais ser sedimentado o entendimento da Corte Suprema e do Superior Tribunal de Justiça, anteriormente já divergiram em torno deste tema.

A relatora do Superior Tribunal de Justiça, Maria Thereza de Assis Moura, ao julgar os ERESP 1021634 SP 20110099313-2, (2011, S/P)⁵⁶, *in verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. REVOGADO ART. 224, A, DO CP. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. **A violência presumida prevista no revogado artigo 224, “a”, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situação da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado.** 2. Embargos de divergência acolhidos.

Conforme explicitado, a súmula do Superior Tribunal de Justiça foi editada no dia 25 de outubro de 2017, entretanto, houve mais um julgado, logo após, em sentido contrário ao entendimento das Cortes Superiores.

Na data de 26 de outubro de 2017, a Quinta Câmara Criminal⁵⁷ do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por votação unânime, conhecer do recurso de Apelação Criminal n. 0001193-07.2013.8.24.0081, da comarca de Xaxim 2ª Vara em que é

⁵⁶SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, jurisprudência disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em outubro de 2017;

⁵⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em www.tjsc.jus.br, acesso em 27/10/2017.

Apelante L. dos S. R. e Apelado M. P. do E. de S. C., e dar-lhe provimento para absolver o réu.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Desembargador Jorge Schaefer Martins, e dele participaram o Desembargador Luiz Cesar Schweitzer e o Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza.

O voto do relator abordou a realidade atual da sociedade e explicitou com propriedade a importância que existe em o direito acompanhar a evolução social, implicando a relativização da vulnerabilidade da vítima, a depender do caso concreto, como medida pertinente.

Há trechos do voto que merecem transcrição, vamos a ela:

Os crimes foram cometidos entre os anos de 2010 e 2012, quando já encontrava-se em vigor a Lei n. 12.015/2009, que alterou o Código Penal, acrescentando o art. 217-A, o qual disciplina que é crime: "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: [...]".

A intenção do legislador ao instituir o artigo 217-A do Código Penal foi resguardar a vulnerabilidade da vítima, a qual menor de quatorze anos, não teria, em tese, condições de consentir ou assentir com a prática de relações sexuais, emergindo o estado de vulnerabilidade.

É fato que o Superior Tribunal de Justiça mantém entendimento de que não é possível a relativização da conduta depois da mudança legislativa efetuada pela Lei 12.015/2009.

Todavia, os Tribunais têm relativizado a vulnerabilidade da vítima em situações extremamente excepcionais, ainda que se trate de conduta posterior à Lei. 12.015/09, observadas as peculiaridades do caso.

Assim, é necessário observar o caso concreto e analisar todo o contexto em que os fatos ocorreram, para então determinar se houve ou não ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma legal pelo réu.

(...) E, ao que parece, de acordo com a prova dos autos, ambos tiveram a intenção de formarem uma família, tendo em vista que foram morar juntos logo após o início do namoro, mobiliando e construindo uma casa, situação que perdurou por alguns meses, com o nascimento de uma filha. (...)

(...) Foi criado entre as partes um vínculo familiar, ambos passaram a residir juntos e tiveram uma filha, ou seja, o vínculo foi originado pelo afeto e não pela simples intenção de se livrar da responsabilidade penal. (...)

Desta feita, a conduta perpetrada pelo réu-apelante revela-se atípica, haja vista a inexistência de comprovação de que os atos praticados tivessem a intenção de macular a dignidade sexual da ofendida, com quem o réu manteve vínculo familiar por mais de um ano.

Logo, a absolvição do réu-apelante é medida que se impõe, nos termos do art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

Diante da absolvição, restam prejudicados os demais pedidos. Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para absolver o réu das imputações que lhe foram feitas na denúncia. Grifos nossos.

Depreende-se da decisão acima que o julgador lançou mão do princípio da adequação social, para adaptar o direito à evolução da sociedade, uma vez que a realidade atual demonstra que cada vez mais, a sexualidade aflora mais cedo. Tal fato pode estar relacionado com diversos fatores, tais como, informação, a evolução da tecnologia, bem como o seu acesso fácil.

Partindo-se de uma análise dos fundamentos da decisão em voga, percebe-se que a decisão primou, de igual forma, pelo princípio da verdade real, que por sua vez é uma verdade limitada às provas do processo. Logo, se há prova nos autos de que a vítima consentiu, desejou os atos sexuais, bem como de que vítima e o agente assumiram um relacionamento, com intenção de constituir família, não há crime, configurando-se um fato atípico.

É de sabença, que o sistema de apreciação da prova adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é o do livre convencimento motivado, da persuasão racional, ou seja, liberdade probatória.

O Código de Processo Penal elenca dez espécies de prova, contudo, não se trata de um rol taxativo, pois em busca da verdade real, pode o magistrado admitir provas inominadas, ou seja, que não estão prevista no Código de Processo. Pode-se admitir provas que não possuem um procedimento pré-definido, tais provas também são denominadas de prova irritual.

Instar consignar que há relatividade das provas, o que significa dizer que todas as provas possuem o mesmo valor, fato é que o juiz pode decidir contrário a um laudo pericial, por exemplo.

Entretanto, tal liberdade probatória não é ilimitada, sendo vedadas as provas ilícitas e as destas derivadas.

Do exposto, nota-se de forma cristalina que relativizar a vulnerabilidade da vítima maior de 12 anos, a depender da peculiaridade do caso, se encontra em total consonância com o princípio retro invocado, pois ao permitir a relativização confere ao acusado oportunidade de provar que a conduta por ele praticada não ofendeu o bem jurídico tutelado.

Não é exagero dizer que aplicar o tipo penal ao caso concreto, desconsiderando as particularidades de cada caso, constitui cerceamento de defesa, ademais, fere diversos princípios, incluindo constitucionais.

Se no caso real restou evidente que a vítima consentiu e que sabia o que estava fazendo, não há bem jurídico a ser tutelado, qual seja a dignidade sexual, uma vez que o agente não a maculou.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há que se considerar que a vulnerabilidade absoluta viola diretamente os princípios constitucionais explicitados, que são indispensáveis ao Direito Penal, pois, por meios destes pode-se chegar a verdade real dos fatos e, por conseguinte, se alcançar justiça. Isso porque se se considerar a vulnerabilidade no seu caráter absoluto, não será possível a produção de provas em contrário, ou seja, qualquer pessoa que mantiver relações sexuais com menor de 14 anos será o sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, independentemente de quaisquer circunstâncias.

Defende-se que o Direito não é ciência exata, e, portanto, deve se amoldar aos casos sociais, de forma sistêmica, atuando conjuntamente com os diversos ramos e ciências.

Corrobora-se a noção de que não se pode ignorar os avanços sociais, bem como a nova moral social, pelo que se defende a questão jurídica da aplicação da presunção de vulnerabilidade, outrora, chamada de presunção de violência, de forma *juris tantum*, pois, se se considerar tal presunção *juris et de jure* para todos os casos, serio o mesmo que ratificar em nosso ordenamento a temerária responsabilidade objetiva, conforme já debatido alhures, fato este que fere as premissas constitucionais.

Pelas exposições, inclina-se acompanhar a massa doutrinária, bem como os novos entendimentos jurisprudenciais, optando pela vulnerabilidade relativa - *juris tantum*, admitindo a produção de prova em contrário, o que pode levar tal presunção sucumbir à análise do caso concreto, pois é perfeitamente possível e razoável, conferir ao vulnerável (que está na faixa de idade a partir dos doze anos ou ainda não completou os catorze) a possibilidade de manifestar consentimento válido e exercer suas volições sexuais.

O que o presente trabalho propõe não é extinguir a vulnerabilidade absoluta, muito menos reduzir a faixa etária ao reconhecimento da vulnerabilidade, mas sim, admitir a relativização dos maiores de doze anos, ante a peculiaridade do caso *in concreto*.

Cabe ressaltar que a relativização será apenas a exceção a regra, assim, a figura do estupro de vulnerável não se furtará à sua finalidade primordial, que é a proteção da criança e do adolescente das garras de pedófilos e aproveitadores.

REFERENCIAS

AVILA, *Apud* LENZA. Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012,

BRASIL, Lei Ordinária nº 8.069/90;

BRASIL. Decreto Lei nº. 2848/41;

BRASIL. STF. Inq. 1.578-4-SP, 18.12.03, Supremo Tribunal Federal, disponível em <www.stf.jus.br>, acesso em 05/06/2017;

BRASIL. STJ. HC 8.312-SP, 6ª Turma, 4.3.99, Superior Tribunal de Justiça, disponível em <www.stj.jus.br>, acesso em 05/06/2017;

DE MELLO. Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 20ª edição, São Paulo, Atlas, 2007;

DO VALE. Ionilton Pereira. *Princípios Constitucionais do Processo Penal – Na visão do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2009;

ESTEFAM. André, GONÇALVES, V. E. R, *Direito Penal Esquematizado, parte geral*. São Paulo, 2012, Editora Saraiva;

LENZA. Pedro. *Direito constitucional esquematizado. 16. Ed.* São Paulo: Saraiva, 2012;

MASSON. Cleber. *Direito Penal, volume 3, esquematizado. 2ª ed.* São Paulo, 2012, Editora Método;

MINAS GERAIS. Tribunal De Justiça De Minas Gerais. www.tjmg.jus.br, acesso em 24/10/2017.

NERY JÚNIOR, *Apud*, MORAIS. Alexandre, *Direito Constitucional, 27ª ed.* São Paulo, Atlas, 2011;

PEREIRA E SILVA, Igor Luis. *Princípios Penais. 1ª Ed.* Editora Juspodivm, 2012;

PRADO, L.R.; CARVALHO, E. M. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*;

PRADO. Regis Luiz, *Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral e parte especial, 14ª ed.* São Paulo, 2015, Editora Revista dos Tribunais;

RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. São Paulo: RT.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, disponível em www.tjrs.jus.br, acesso em 24/10/2017;

RONDÔNIA, disponível em: <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321787285/embargos-infringentes-e-de-nulidade-ei-59464220158220000-ro-0005946-4220158220000>, www.tjro.com.br, acesso em 05/06/2017;

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em www.tjsc.jus.br, acesso em 24/10/2017;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao>;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: www.stj.jus.br, acesso em 24/10/2017;

TÁVORA. Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2013.