



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

BEATRIZ MORESCHI TAFELLI

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: EVOLUÇÃO TEÓRICA E PRÁTICA

**Assis/SP
2017**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

BEATRIZ MORESCHI TAFELLI

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: EVOLUÇÃO TEÓRICA E PRÁTICA

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientanda: Beatriz Moreschi Tafelli
Orientadora: Maria Angélica Lacerda Marin**

**Assis/SP
2017**

T124e TAFELLI, Beatriz Moreschi
Estupro de vulnerável: evolução teórica e prática / Beatriz Moreschi Tafelli. -- Assis, 2017.

48p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientadora: Ms. Maria Angélica Lacerda Marin

1.Estupro vulnerável 2. Direito penal

CDD 341.55512

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: EVOLUÇÃO TEÓRICA E PRÁTICA

BEATRIZ MORESCHI TAFELLI

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____

Examinador: _____

DEDICATÓRIA

À minha mãe, que nunca me permitiu esmorecer, e também aos amigos que compartilharam das agruras e alegrias inerentes a essa fase crucial da vida acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por iluminar cada página deste trabalho e me conferir a capacidade necessária para concluí-lo.

Deixo aqui registrados, também, tamanha gratidão e apreço que tenho pela querida professora e orientadora M.^a Maria Angélica Lacerda Marin, pela sabedoria e paciência ímpares, pelo carinho, atenção e também pela calma nos momentos de desespero. Muito obrigada! Sem a senhora, não seria possível. Espero fazer jus a todo conhecimento a mim transmitido pelo resto de minha jornada acadêmica e profissional, independente de quais os caminhos a serem trilhados.

Agradeço também aos meus pais, porque devo a vocês minha existência, de forma que, por consequência, devo também cada objetivo alcançado. Notadamente, à minha mãe, facilitadora maior do presente trabalho, por ser fonte de inspiração, motivação e também de compreensão, mas principalmente, por nunca me deixar desistir, muito obrigada. Sem você eu não sou.

Forçoso reconhecer a importância de todos os professores do curso de Direito da Fundação Educacional do Município de Assis e agradecer a cada um, por exaustivamente se esforçarem para transmitir o vasto conhecimento que possuem e por contribuírem diariamente à construção de seus alunos.

Aos amigos que compartilharam do mesmo sofrimento e ansiedade, mas que também venceram essa etapa com maestria, por sempre estarem dispostos a ajudar uns aos outros, obrigada. Torna-se mais fácil quando sabemos que não estamos sozinhos no barco.

À minha família de modo geral e a todos que de alguma forma contribuíram para que fosse possível, agradeço genuinamente.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.
(Albert Einstein)

RESUMO

O trabalho faz uma análise da evolução histórica e social do estupro, dando maior enfoque ao estupro de vulnerável. O objetivo era abordar os tipos penais pretéritos e atuais, bem como suas particularidades teóricas e práticas enfrentadas pelo Legislador Brasileiro e os doutos acadêmicos do Direito. Foi elaborado também um estudo do posicionamento jurisdicional do Tribunal de Justiça de São Paulo, para expor a tendência do Poder Judiciário no que concerne a referida conduta delitiva.

Palavras-chave: ESTUPRO DE VULNERÁVEL – EVOLUÇÃO – POSICIONAMENTO JURISDICIONAL – TENDÊNCIA

ABSTRACT

The research brings an analysis of the historical and social evolution of rape, giving greater focus to the statutory rape. The goal was to approach the past and present interpretation about the mentioned crime, as well as their theoretical and practical particularities faced by Brazilian Legislator and academic writers of Law. A study of the jurisdictional position of the Court of Justice of São Paulo was also made, in order to expose the tendency of the Judiciary in regard to the felony mentioned above.

Keywords: STATUTORY RAPE – EVOLUTION – JURISDICTIONAL POSITION - TENDENCY

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	11
1.1. CONTEXTO HISTÓRICO DOS CRIMES SEXUAIS	11
1.2. CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DO ESTUPRO	14
1.3. DAS PENALIDADES PREVISTAS.....	18
1.4. DA AÇÃO PENAL.....	20
2. ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS.....	23
2.1. ALTERAÇÕES DA LEI: ESTUPRO PRESUMIDO VS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	23
2.2. VULNERABILIDADE	27
2.2.1. Conceito	27
2.2.2. Vítimas menores de 14 (catorze) anos.....	28
2.2.3. Vítima portadora de enfermidade ou deficiência mental	30
2.2.4. Vítima que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência	30
2.3. APLICAÇÕES PRÁTICAS	32
2.3.1. Prostituição Infantil	32
2.3.2. Da prática sexual entre menores de idade	32
2.3.3. A vulnerabilidade e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.....	33
3. ABORDAGEM DA TENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO QUANTO A VULNERABILIDADE	34
3.1. VULNERÁVEIS MENORES DE 14 ANOS.....	34
3.2. VULNERÁVEIS PORTADORES DE DOENÇA MENTAL.....	38
3.3. VULNERÁVEIS QUE, POR QUALQUER OUTRA CAUSA, NÃO PODEM OFERECER RESISTÊNCIA.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é retratar a evolução interpretativa do tipo penal contido do dispositivo legal art. 217-A, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), que versa sobre Estupro de Vulnerável.

De início, será feita uma abordagem histórica, não só do tipo específico acima mencionado, mas sim da conduta genérica de estupro, contida atualmente no art. 213 do Código Penal, abarcando as penalidades, a postura social frente a esse delito, a culpabilização da vítima e reprovabilidade do comportamento. Após, estudar-se-á o antigo dispositivo do art. 224 do mesmo diploma legal, que tratava da presunção de violência, caracterizando outro delito, dando enfoque ao estupro presumido, onde não era necessária a violência real na prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, bastando que a vítima ali se enquadrasse. Nesse jaez, chega-se a atual conjuntura legislativa, com a revogação do instituto presumido, incorporando-se ao texto penal o novo dispositivo art. 217-A, alteração proveniente da Lei 12.015/2009.

No segundo capítulo, com o advento da referida Lei Complementar que alterou o Código Penal criando então um novo tipo delitivo, se fez necessário um estudo comparativo entre o estupro presumido e o estupro de vulnerável. Mormente porque a conduta que antes era adstrita ao delito previsto pelo art. 213 – estupro lato sensu – sendo apenas complementada pelo art. 224 – presunção de violência – (ambos do Código Penal, 1940) fora substituída por um crime autônomo, que revogou o artigo 224, acrescentando o art. 217-A no CP. Aqui também será abordado de forma mais profunda o conceito de vulnerabilidade, sua relativização e os aspectos práticos que têm reverberado na sociedade contemporânea.

Por derradeiro, a pesquisa se volta a análises jurisprudenciais concernentes ao delito estudado, abordando a maneira como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem se portado frente a esses crimes e sua hediondez. Também serão feitas as considerações doutrinárias e comparações necessárias entre os acórdãos, de modo a elucidar a teoria aplicada à prática, complementando-a.

1. ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

1.1. CONTEXTO HISTÓRICO DOS CRIMES SEXUAIS

Desde os primórdios, tem-se notícia da tipificação das condutas que ferem a dignidade sexual, anteriormente denominada no Código Penal como “Crimes contra os Costumes”. Com o caminhar histórico, bem como os avanços culturais e as modificações naturais do comportamento humano, esse tipo penal teve de ser revisto diversas vezes para que acompanhasse e fosse capaz de punir aqueles que cometem tal crime de maneira eficaz, não ficando ultrapassado. Muito embora esse tipo de infração sempre tenha sido abominada, é clarividente nas legislações que precederam a atual a disseminação do machismo e do preconceito sexual relativo às mulheres.

Antes mesmo de Cristo, o estupro já era tipificado legalmente no Código de Hamurabi (1772 a.C), descrevendo a conduta no artigo 130, da seguinte maneira: *“Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre.”*

No Egito, a pena era mutilação. Na Roma Antiga, a infração era punida com a pena de morte pela *“Lex Julia de vi Pública”*. Na Inglaterra Medieval, também era tratado como crime capital.

Voltando à realidade brasileira, as diversas legislações que vigoraram no período de 1500 até 1830, tais como as Ordenações Afonsinas (1500-1514), Ordenações Manuelinas (1514-1603) e Ordenações Filipinas (1603-1916), também tipificaram a conduta. Em 1830 passou a vigorar o Código Criminal do Império, que dispunha os crimes de estupro em seu artigo 222, e punição ao delito era de prisão, de três a doze anos, bem como o dote à ofendida, além da possibilidade do réu se casar com a vítima, a fim de afastar a aplicação da pena, conforme dispunha o artigo 225. Posteriormente, em 1890, foi decretado o Código Criminal da República, que trazia os crimes de Estupro e de Atentado violento ao pudor sob o título de “violência carnal”. Nesse ponto, é importante analisar a redação utilizada pelo legislador:

Art. 268 Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena – de prisão cellual por um a seis annos.

§ 1.º Si a estuprada for mulher pública ou prostituta: Pena – de prisão cellual por seis mezes a dous annos.

§ 2º. Si o crime for practicado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será aumentada da quarta parte.

Art. 269. Chame-se estupro o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdade physicas, e assim da possibilidade de resisitir e defender-se, como seja o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anestheticos e narcóticos.

Vê-se claramente que no contexto cultural da legislação citada, não era tão somente o consentimento da vítima que importava para a consumação do ato delitivo, mas o legislador aponta a diminuição de pena para o caso da mulher vitimada ser prostitua, dando enfoque à honestidade feminina. Além disso, é importante para o desenvolvimento deste trabalho ressaltar a primeira caracterização da vulnerabilidade da vítima, mesmo que provocada pelo autor do crime, circunstância em que esta tem sua capacidade para resistir diminuída, senão anulada, diante do agressor. No artigo 269 da referida lei, são apontadas possíveis condutas “meio” do agente para atingir o crime “fim” pretendido, que também são consideradas estupro.

Em continuidade, tem-se o Código Penal de 1940, vigente até a atualidade, ainda que tenha sido reformulado por diversas vezes. No que concerne o tema em estudo, o Capítulo I, do Título VI – Dos Crimes Contra os Costumes, trazia a seguinte redação sobre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor:

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

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

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”

De encontro a essas infrações, vinha o art. 224, que combinado aos artigos retro citados, ensejava a criação de um novo tipo penal não tipificado de forma expressa.

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

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

Surge aqui o conceito de estupro presumido. É nesse ponto que se distingue o estupro comum, que é caracterizado pelo desrespeito à vontade da vítima, daquele em que a vítima sequer tem a condição de escolher consentir ou não. Quando o direito de escolha está ausente, mesmo que o ato não se dê de maneira violenta propriamente dita, a violência é presumida. A vítima não oferece resistência simplesmente por não ter capacidade para se defender e resistir.

De rigor o direito não é nem de longe uma matéria exata e, em 2009, o Código Penal sofreu novas alterações em sua redação, tendo sido diretamente atingido o tema ora abordado. Ademais, insta salientar a entrada deste delito ao rol dos Crimes Hediondos. O art. 214 que previa o atentado violento ao pudor foi suprimido pela nova redação do art. 213, que englobou os dois crimes, permitindo ainda que não somente a mulher fosse vítima do crime de estupro, mas “alguém” podendo ser qualquer pessoa:

*Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.*

Não obstante o art. 224 também tenha sido revogado, o anterior estupro presumido agora ganhava nova redação, novo tipo penal e nova intitulação. Passou a constar do Código Penal de 1940 o art. 217-A, que tipifica o “Estupro de Vulnerável”. É a sua redação:

*Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.*

Face ao exposto, é possível perceber que com a alteração da lei, as vítimas consideradas vulneráveis ganham um olhar diferenciado. Na redação anterior as penas incorridas tanto no estupro comum quanto no estupro presumido eram iguais.

Muito por isso é que se fixa uma pena maior ao delito previsto pelo 217-A, porque a pessoa que não pode sequer se defender sozinha precisa ser amparada de maneira mais eficiente pelo Estado.

1.2. CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DO ESTUPRO

Após as alterações decorrentes da lei 12.015/2009, o Código Penal de 1940 passou a apresentar não mais o título VI como “Dos crimes contra os costumes”, haja vista as mudanças escancaradas no que diz respeito aos costumes sexuais do homem médio brasileiro, passando a se chamar “Dos crimes contra a dignidade sexual”, sendo este o bem jurídico tutelado pelo Estado. O capítulo I deste título, de forma mais específica, trata dos crimes contra a liberdade sexual, ou seja, o direito de escolha de cada indivíduo. O artigo 213, posterior às referidas modificações, passou a abraçar o crime de atentado violento ao pudor, anteriormente tipificado pelo artigo 214.

Analisando o tipo objetivo do delito, tem-se:

*Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.*

O ato de constranger significa cercear o direito à liberdade da vítima, forçando ou coagindo-a, pelo emprego de violência ou grave ameaça, com a finalidade de: a) obter conjunção carnal b) praticar outro ato libidinoso c) permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Rogério Greco leciona “Na expressão *outro ato libidinoso* estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente.” (GRECO, 2015, p. 467). A conduta de “praticar”, coloca o ofendido em uma posição ativa, em que ele é coagido à prática do ato, seja em seu próprio corpo, no corpo do agente ou em terceiro, neste último caso, sendo assistido pelo agente. Já a conduta de “permitir que com ele se pratique” tem caráter passivo, uma vez que será praticado pelo agressor ou por terceiro a mando deste no corpo da vítima. Extrai-se dessa análise que se trata de um crime de forma livre, que pode ser praticado de maneiras

diversas e alternativas, podendo o agente cometer apenas uma ou todas as condutas, sem prejuízo de ensejar concurso material se contra a mesma vítima.

Trata-se de um crime comum, podendo figurar como sujeito ativo qualquer pessoa, sem distinção inclusive quanto ao sexo do agente. Ponto controverso ao disposto anteriormente, uma vez que antes da alteração da lei vigente, a mulher não poderia enquadrar-se no polo ativo deste crime. O mesmo se repete no que tange o sujeito passivo da infração, excetuando-se apenas as pessoas tidas como vulneráveis, ante a tipificação deste delito especificamente no artigo 217-A. O polo passivo também foi afetado pela lei 12.015/2009, que trouxe o vocábulo “alguém” e não mais especifica a vítima como privativa do sexo feminino.

É uma infração penal que pode ser praticada somente na modalidade dolosa. Não se apresenta de forma culposa pelo simples fato de que a prática de qualquer ato libidinoso demanda da própria vontade do agente, ou seja, dolo, sendo assim impossível constranger, obrigar, coagir alguém a satisfazer a lascívia de outrem caso esta seja inexistente. O elemento subjetivo aqui diz respeito tão somente à prática do ato, conforme colaciona Cleber Masson, o dolo é “(...) *consistente na intenção de manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém.*” (MASSON, 2014, p.99). Diz ainda que “(...) *o estupro pode ser cometido com outros propósitos, tais como humilhar o ofendido, ganhar uma aposta de amigos, contar vantagem para outras pessoas etc.*” (MASSON, 2014, p.99). Assim, resta claro que a motivação do criminoso aqui não é relevante, sendo indiferente se a prática se deu somente pelo bel-prazer do agente ou se este foi levado a cometer o crime por um sentimento de vingança em relação à vítima.

No tocante à consumação do delito, esta se dá de variadas maneiras dependendo do ato libidinoso eleito pelo infrator. Em se tratando de conjunção carnal, que de acordo com Fernando Capez “*é a cópula vagínica, ou seja, a penetração efetiva do membro viril na vagina.*” (CAPEZ, 2012, p.295) tem-se uma única forma de praticá-la, porém Nucci explica: “(...) *não se exige a introdução completa do pênis na vagina (...) não se exige, ainda, a ejaculação, nem tampouco a satisfação do desejo sexual do agente.*” (NUCCI, 2014 p. 918) Desta feita, a doutrina abarca meios alternativos da consumação do mesmo fato.

Passando a analisar a outra conduta contida do caput do artigo 213, tem-se “qualquer outro ato libidinoso”, ou seja, excetuada a conjunção carnal. Novamente,

Capez nos traduz “(...) *compreende outras formas de realização do ato sexual (...) são os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral e anal), os quais constituíam o crime autônomo de atentado violento ao pudor*”. (CAPEZ, 2012, p.295). São exemplos também o toque nas partes íntimas e o beijo lascivo. De maneira simples, Nucci destrincha a consumação deste: “(...) *basta o toque físico eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento da vítima, que se expõe sexualmente ao autor do delito, de modo que este busque a obtenção do prazer sexual*.”. Portanto, mesmo existindo infinitos atos libidinosos diversos à conjunção carnal, a sua consumação se dá de forma genérica ante a similaridade da natureza destes atos.

Por se tratar de crime plurissubsistente, ou seja, não se restringe a prática de uma única ação, mas sim de um conjunto delas, também se admite a prática do ato delitivo na modalidade tentada. Veja-se que o agente se vale do emprego de violência ou grave ameaça para constranger a vítima à prática dos atos libidinosos, sendo perfeitamente possível que o agente seja surpreendido após iniciar a execução do delito. Capez é claro ao explicar: “*Se o agente emprega violência ou grave ameaça, que são atos executórios do crime, mas não consegue, por circunstâncias alheias a sua vontade, realizar a conjunção carnal ou os atos libidinosos diversos, há crime tentado*.” (CAPEZ, 2012, p. 298). No entanto, no caso da conjunção carnal se discute se os atos preparatórios podem classifica-lo como consumado, uma vez que em sua maioria se tratam de atos libidinosos *stricto sensu*.

Passando a discutir o estupro em suas formas qualificadas, a lei 12.015/2009 trouxe à luz duas qualificadoras do artigo 213:

§1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze) anos:

Pena - reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§2º Se da conduta resulta morte:

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

Aqui, o legislador supriu a falha que acometia o artigo 223 já revogado. A priori, o estupro seria qualificado pelo resultado lesão corporal grave se este decorresse do emprego de violência e, pelo resultado morte, se este decorresse da mera conduta do autor. Veja-se que pairava certa incoerência. Na letra vigente, pouco importa se ambos os resultados decorreram do emprego de violência, podendo estes serem consequências também da grave ameaça empreendida pelo infrator.

É importante ressaltar também que, haja vista este delito exista no ordenamento com a classificação unicamente dolosa, os resultados qualificadores devem se dar impreterivelmente a título de culpa, sendo, portanto, preterdolosos. Uma vez constatado que o agente agiu com a finalidade de a) constranger a vítima à prática da conjunção carnal, e b) causar-lhe lesão corporal, ou seja, com dolo nas duas condutas, deverá o criminoso responder pelo concurso de crimes. Ilustrando a afirmação, Noronha é claro em seu posicionamento: *"se na prática de um dos delitos sexuais violentos o agente quer direta ou eventualmente a morte da vítima, haverá concurso de homicídio com um dos crimes contra os costumes, o mesmo devendo dizer-se a respeito da lesão grave. Se, entretanto, a prova indica que tais resultados sobrevieram sem que o sujeito ativo os quisesse (direta ou indiretamente), ocorrerá uma das hipóteses do artigo em exame. Excetua-se naturalmente o caso fortuito."* (NORONHA, 1991, 182). Trazendo à atual conjuntura, onde o autor menciona os "crimes contra os costumes", devemos entender "crimes contra a dignidade sexual".

Outra qualificadora ainda não abordada é a idade da vítima. Trazida pela nova redação, considera-se agora a prática do estupro qualificado nos casos em que a vítima é maior de 14 (catorze) anos e menor de 18 (dezoito) anos. Por se considerar que, mesmo já não sendo enquadrados como vulneráveis no tocante à aplicação da lei, os adolescentes demandam de maior proteção do Estado, não se qualifica o delito pelo resultado, mas sim pela vítima eleita. Complementa Rogério Greco: *"A prática de um ato sexual violento, nessa idade, certamente trará distúrbios psicológicos incalculáveis, levando esses jovens, muitas vezes, ao cometimento também de atos violentos e até mesmo similares aos que sofreram. Dessa forma, o juízo de censura, de reprovação, deverá ser maior sobre o agente (...)"*. (GRECO, 2015, p. 476). Nesta fase da vida, no limbo entre a infância e a idade adulta, os jovens se encontram em processo de desenvolvimento físico e psicológico, e sofrer uma atrocidade desse porte seria demasiadamente traumático e prejudicial, de forma mais contundente do que para um adulto.

Ante a análise feita até aqui, conclui-se que o referido artigo do código penal pode ser classificado doutrinariamente da seguinte forma em relação ao agente: crime de mão própria em relação à prática da conjunção carnal e crime comum em relação a todos os outros atos libidinosos; unissubjetivo, já que não há concurso de agentes necessário; em regra é comissivo, podendo ser cometido por omissão somente em

determinados casos em que o agente é tido como garantidor da vítima. Já quanto a forma, se clássica: crime de forma livre, não há modo de execução específico; plurisubsistente, por demandar mais de uma conduta do agente; e é um crime principal, por ser autônomo. No que diz respeito ao momento consumativo, é um crime instantâneo. Quanto ao resultado, é um crime material, ante a presença do resultado naturalístico e também é considerado crime de dano, posto que o ofendido tem seu bem jurídico prejudicado.

1.3. DAS PENALIDADES PREVISTAS

Conforme já pontuadas anteriormente, várias mudanças acometeram o Código Penal de 1940 diante da lei 12.015/2009. No entanto, as penas previstas na redação antiga dos artigos 213 e 214 não foram revistas, permanecendo como “reclusão – de 06 (seis) a 10 (dez) anos”. Ainda, os parágrafos primeiro e segundo preveem as qualificadoras deste delito, transformando a pena em “reclusão – de 08 (oito) a 12 (doze) anos” se do crime resultar lesão corporal grave ou se a vítima for maior de 14 (catorze) anos e, “reclusão – 12 (doze) a 30 (trinta) anos” se da conduta resultar a morte da vítima.

O mesmo não se pode dizer sobre o antigo crime de estupro presumido, tipificado pelo artigo 224, revogado tacitamente pela referida lei. O texto simplesmente presumia a violência, que enquadrava determinadas condutas à prática do estupro, sem condicionar nenhum aumento de pena e nem qualificá-lo, portanto, era punido como no crime de estupro em sua forma simples, constante do artigo 213. Com a mudança e o surgimento do artigo 217-A, em que passou a constar o crime de estupro de vulneráveis, a pena foi enrijecida, punindo o infrator com reclusão – de 08 (oito) a 12 (doze) anos. Não só a pena mínima, mas a máxima também foi aumentada.

No capítulo IV, onde se encontram as disposições gerais sobre os crimes contra a dignidade sexual, tem-se as circunstâncias agravantes das penas dos crimes ali tipificados. A redação é dada de forma genérica:

*Art. 226. A pena é aumentada:
I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;*

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

Há que se ressaltar que esse texto foi dado pela Lei 11.106/2005, trazendo à luz da modernidade a não aceitação do estupro entre os cônjuges. Valiam-se do artigo 23, inciso III para justificar a conduta sexual violenta do marido para com sua esposa, clamando o exercício regular de um direito para justificar o ato delitivo. Com isso, o legislador contemplou o caso no inciso II do artigo 226, prevendo o aumento de pena de metade se, dentre os outros motivos, o agente for cônjuge da vítima.

De rigor, as outras causas de majoração da pena, tais como se o crime for cometido por ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, tutor, curador, preceptor ou empregador, ou se tiver qualquer outro título que confira a ele autoridade sobre a vítima, já eram previstas pelo Código Penal. É necessário punir mais severamente o agente que se vale da condição de superioridade ou até mesmo de hierarquia sobre o ofendido, haja vista que a vítima é colocada em posição de desvantagem antes mesmo da prática do ato. Assim, nesses casos a pena também é aumentada em metade.

Nota-se que o segundo inciso é mais gravoso como já dito anteriormente pela relação pessoal do agente com a vítima, mas o primeiro inciso do artigo 226 traz a primeira condição de aumento de pena que é o concurso de agentes. Previsto no artigo 29 do Código Penal, essa modalidade em que coloca dois autores na execução de um mesmo crime, coloca também a vítima em desvantagem. São dois agressores contra um ofendido, sendo assim muito mais fácil subjuga-lo. Por esse motivo, majora-se a pena em um quarto e pune-se ambos os agentes na medida de suas culpabilidades.

Não obstante, trata-se de crime hediondo, tanto consumado ou tentado, previsto pelo artigo 1º, incisos V e VI, da lei 8.072/1990. Essa lei também teve sua redação alterada pela lei 12.015/2009, porque anteriormente considerava-se hediondo somente o crime de estupro e atentado violento ao pudor combinados ao antigo artigo 223, que qualificava o delito pelo resultado morte e lesão corporal grave. Cumpre esclarecer que era, na verdade, mera questão interpretativa, haja vista que o legislador cuidava do estupro em sua forma simples e também na forma qualificada. Atualmente, a letra da lei diz que é crime hediondo o estupro previsto

pelo artigo 213 e os parágrafos 1º e 2º, bem como o estupro de vulnerável previsto no artigo 217 e seus parágrafos, para garantir maior eficácia na aplicação da lei e para que não gere interpretações errôneas.

Pela natureza do delito, o artigo 2º também da lei 8.072/1990 prevê algumas peculiaridades quanto ao cumprimento da pena. É de se observar que os crimes hediondos já são, por regra, inafiançáveis. Ainda, não estão sujeitos à concessão de indulto, graça ou anistia. A pena deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado. A progressão, nesses casos, será apenas após o apenado ter cumprido 2/5 de sua pena se for réu primário e, 3/5 aos reincidentes.

Resta claro, pois, a gravidade dos delitos tipificados neste capítulo. Quem opta por praticá-los é mais severamente punido. Até mesmo em sede de prisão temporária, a natureza delitiva confere um prazo maior, sendo este de 30 dias, podendo ser prorrogado por igual período. Os agentes deverão ser conduzidos a estabelecimentos penais de segurança máxima por serem considerados de alta periculosidade.

1.4. DA AÇÃO PENAL

Neste interim, é importante falar também da ação penal cabível nos casos de estupro. Cuida o artigo 225 do Código Penal deste tema:

Art. 225: Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único: Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

O estupro, em regra, é processado mediante ação penal pública, diferindo somente quanto à espécie desta. O crime em sua forma simples processa-se por ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Mas, como o direito se constrói perante às exceções de suas regras, já existe uma súmula do STF que dispõe de maneira diversa. A redação da Súmula 608 do Superior Tribunal Federal preceitua que, quando o crime de estupro se der mediante o emprego de violência real, a ação penal será pública incondicionada. Demonstrativamente, tem-se o HC 102683,

Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 14.12.2010, DJe de 7.2.2011:

A questão diz respeito à legitimidade do Ministério Público para propor a ação penal no caso concreto. 2. É dispensável a ocorrência de lesões corporais para a caracterização da violência real nos crimes de estupro. Precedentes. 3. Caracterizada a ocorrência de violência real no crime de estupro, incide, no caso, a Súmula 608/STF: 'No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada'. 4. Tem a jurisprudência admitido também a posição do mero concubino ou companheiro para tornar a ação pública incondicionada. 5. Havendo o vínculo de união estável entre o paciente e a mãe da vítima, aplica-se o inciso II do § 1º do art. 225 do Código Penal (vigente à época dos fatos). 6. Writ denegado.

Também se processa por ação penal pública incondicionada os crimes de estupro cometidos contra menores de 18 anos e pessoas vulneráveis. Estas pessoas, incapazes ainda que relativamente, demandam maior proteção do Estado e, por esse motivo não se condiciona o processamento do feito somente se houver representação desta em favor disso. Há que se mencionar que os menores e os vulneráveis não respondem por si mesmos, demandando representantes ou curadores. Ante a possibilidade de haver conflito de interesse entre os responsáveis pela vítima e o processamento do agressor (ou de ainda serem a mesma pessoa) é que a ação nesses casos permanece em titularidade do Ministério Público.

De outra ponta, importante ressaltar que somente se procederá ação penal incondicionada nos casos em que as vítimas são vulneráveis de forma permanente, de modo que quando a pessoa se encontrar impossibilitada de oferecer resistência apenas temporariamente, deverá representar ao Ministério Público para que a ação seja válida. Nesse sentido, temos um trecho do voto do relator do HC Nº 276.510 - RJ (2013/0291689-4), Ministro Sebastião Reis Junior:

Em relação à vítima vulnerável, possuidora de incapacidade permanente de oferecer resistência à prática dos atos libidinosos, a ação penal é, sem sombra de dúvidas, incondicionada. Mas, em se tratando de pessoa incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos, a ação penal permanece condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o strepitus judicii. Vale dizer, a vulnerabilidade detectada apenas nos instantes em que ocorreram os atos libidinosos não é capaz, por si só, de atrair a incidência do dispositivo legal em questão (art. 225, parágrafo único, do CP).

Ainda que de maneira controvertida, as decisões têm seguido majoritariamente o entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

2. ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS

2.1. ALTERAÇÕES DA LEI: ESTUPRO PRESUMIDO VS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Após as mudanças trazidas pela Lei 12.015/2009, o título VI que tratava dos crimes contra os costumes, passou a tutelar a liberdade sexual e teve seu nome alterado para “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Conforme estudado no capítulo anterior deste trabalho, as modificações se deram a fim de acompanhar a evolução da sociedade e cumprir de forma mais eficaz o dever de proteção ao bem jurídico em apreço, uma vez que o Direito é uma matéria dinâmica e está em constante metamorfose para retratar e suprir as necessidades sociais. De modo mais pontual, passa-se a abordar o tema pretérito previsto no art. 224, CP, qual seja o estupro presumido, em paralelo com o tipo penal atualizado constante do art. 217-A, do mesmo diploma legal.

A redação do antigo tipo penal era a seguinte:

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

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

Desta feita, o texto em comento dava margem a muita discussão em relação às condições em que fora praticado o delito. Até porque, não era um tipo penal autônomo, constava das disposições gerais, estando sempre à mercê da prática dos artigos 213 e 214, que à época previam separadamente o estupro e a prática de atos libidinosos. Era simplesmente uma “explicação”, por assim dizer, de casos em que a violência seria presumida, mesmo quando estivesse ausente, sendo nada mais que um modo de execução dos crimes tipificados elencados a cima. O referido artigo não previa sequer uma pena para a prática de tal crime, sendo utilizada a do tipo principal.

Em seu material, Rogério Greco traz a transcrição de parte da Justificação ao projeto da Lei nº 12.015/2009 (GRECO, 2015, p. 540), que culminou na edição da

legislação anterior, esta foi clara e ajudou a elucidar de forma pertinente o objetivo de tais alterações:

O art. 217-A, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.

Conforme se depreende da leitura do quanto transcrito, a introdução do artigo 217-A veio de forma a enrijecer a punição e passar ideia de maior segurança jurídica, o qual é o ponto central do presente trabalho. É a sua redação:

*Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.*

De início, é de se observar que o Diploma Legal passou a tratar o delito como tipo penal autônomo, sendo desvinculado do artigo 213, que prevê o estupro em sua modalidade simples. Outro ponto a ser ressaltado é o aumento da pena mínima e máxima entre um delito e outro. Enquanto a punição do agente por estupro simples é de 06 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão, quem pratica o delito de estupro de vulnerável enfrenta a pena de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Tal diferenciação se dá em virtude da efetivação de princípios constitucionais, tais como o princípio da justiça, da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana, dentre tantos outros. Veja-se bem que o capítulo II do título VI tutela os crimes sexuais contra vulneráveis. Conforme se estudará mais adiante, as pessoas que, por qualquer dos motivos elencados no caput e parágrafo do artigo 217-A, encontram-se em desvantagem para se defender, enquanto que as pessoas que figuram no polo

passivo do delito previsto no artigo 213 são plenamente capazes, demandando uma pena mais gravosa ao crime que tem maior potencial ofensivo.

Assim, o delito passou a ser tratado de forma mais objetiva, visando evitar as discussões acerca das circunstâncias em que ocorrera o crime. Apesar de opiniões diversas, o autor supracitado leciona de forma bastante prática:

(...) existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima. Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o delito de estupro de vulnerável. (GRECO, 2015, p. 541).

Ou seja, indiferente o contexto fático, a experiência sexual da vítima ou outras circunstâncias de cunho subjetivo, devendo ser analisado de forma direta o requisito etário para ser considerado como praticado o tipo penal.

A exemplo de opinião em sentido contrário, tem-se o respeitável professor Guilherme de Souza Nucci:

O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. (NUCCI, 2010, p. 37).

Partindo dessa divergência primária, ainda que este trabalho tenda ao reconhecimento do novo tipo penal pelo critério objetivo, restou claro que não estão sanadas as discussões acerca das condições da prática delitiva.

É necessário mencionar ainda que, com a revogação do artigo 223, CP, que previa o crime de estupro qualificado pelo resultado, foram inseridos os tipos qualificados dentro de cada uma das hipóteses, para que a penalidade fosse proporcionalmente apropriada a cada delito. Com isso, passou a constar do artigo 213 os parágrafos 1º e 2º, que preveem respectivamente uma pena de 8 (oito) a 12 (doze) anos se do

estupro resulta lesão corporal de natureza grave e de 12 (doze) a 30 (trinta) se da conduta resulta morte da vítima. Ao passo que a forma qualifica pelo resultado do artigo 217-A, parágrafos 3º e 4º, traz as penas respectivas para a lesão corporal de natureza grave de 10 (dez) a 20 (vinte) anos e de 12 (doze) a 30 (trinta) se o resultado for morte.

Vejam, não só a pena do caput do estupro de vulnerável é superior à do estupro comum, como também uma de suas formas qualificadoras já parte com pena mínima mais severa ante a vulnerabilidade da vítima. É uma maneira de sopesar valores e bens jurídicos atingidos. Não é muito dizer que aqueles que não possuem, seja de forma transitória ou permanente, meios suficientes para garantir de maneira eficaz sua integridade física merecem uma proteção mais ostensiva. Nem sempre sofrerão violência física, podendo inclusive praticar o ato com o agente sem ter consciência da gravidade do que se concretiza, ante a violência e coação psicológicas.

Outro detalhe amplamente debatido pelos doutrinadores é a lacuna temporal deixada pelo legislador entre o estupro de vulnerável e a qualificadora do estupro comum. O parágrafo 1º do artigo 213 dispõe que a pena será de 08 (oito) a 12 (doze) anos de reclusão se a vítima for maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos. Sob a mesma ótica, o artigo 217-A, caput, prevê a pena de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão para o estupro de vulnerável quando a vítima for menor de 14 (catorze). O ponto central da discussão gira em torno da seguinte questão: e se o crime acontece no dia do aniversário da vítima? Os nobres doutrinadores consideram isso uma falha grotesca.

Uma parcela dos acadêmicos roga pela prática do estupro simples, pelo não enquadramento da idade nem na qualificadora do tipo comum e nem no tipo de estupro de vulnerável, ante a impossibilidade de analogia *in malam partem*, como é o caso de Cleber Masson:

A falha legislativa não pode ser solucionada no caso concreto, em face da inadmissibilidade da analogia in malam partem no Direito Penal. Cria-se uma situação injusta, pois quem estupra vítima de 14 anos responde pelo crime em sua modalidade fundamental, enquanto quem estupra pessoa maior de 14 e menor de 18 anos suporta a forma qualificada do delito. (MASSON, 2014, p.97).

De outro lado, Damásio defende:

Entendemos que deve incidir a qualificadora do art. 213, sob pena de se recair no absurdo de considerar o ato estupro simples. Explica-se: se alguém for vítima do crime no dia do seu 14.º aniversário (pela literalidade do texto), não há estupro de vulnerável (art. 217-A) ou estupro qualificado (art. 213, § 1.º). Se a infração ocorrer um dia depois, todavia, incide a circunstância mencionada, submetendo o agente a uma pena maior. Essa exegese é absurda e deve ser corrigida mediante a interpretação sistemática e teleológica do Texto Legal. Daí resulta que a conduta relativa ao constrangimento de alguém ao cometimento de ato libidinoso, mediante violência ou grave ameaça, no dia de seu 14.º aniversário, deve subsumir-se à figura típica do art. 213, § 1.º, do CP. (JESUS, 2011, p. 127).

É válido apoiar que aquele que já completou a idade prevista, ainda que naquele mesmo dia, deve ser considerado como maior a fim de sanar a lacuna, conforme defendido por Damásio. Não se trata de prejudicar o réu, mas sim de não ferir o princípio da dignidade humana ante a não observância do caráter etário.

2.2. VULNERABILIDADE

2.2.1. Conceito

Introduzido pela aclamada lei 12.015/2009, esse elemento normativo passou a ser objeto de estudo doutrinário e jurisprudencial. O que é vulnerabilidade? Quem se enquadra nesse padrão? É um aspecto absoluto ou relativo? Pode ser transitório? São muitas as perguntas que permeiam essa discussão, e são elas que se passa a analisar mais profundamente nesse capítulo.

A letra da lei já diz, em seu artigo 217-A, quem são os considerados vulneráveis: a) os menores de 14 (catorze) anos; b) os enfermos e deficientes mentais e; c) quem por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

No delito em comento, muito embora seja uma modalidade do crime de estupro, a sua tipificação se dá com a mera prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. É dispensada nesse caso o emprego de violência ou de grave ameaça, porque a condição da vítima é que estabelece a circunstância delitiva. Pode-se dizer que é a impossibilidade da vítima optar em consentir ou resistir ao agente que caracteriza esse delito.

A fim de conceituar o aspecto de vulnerabilidade, o ilustre doutrinador o fez de forma sucinta e clara: “São pessoas consideradas incapazes para compreender e aceitar validamente atos de conotação sexual, razão pela qual não podem contra estes

oferecer resistência.” (MASSON, 2014, p.126). Genericamente, não há mais o que se falar. No conceito dado pelo acadêmico mencionado fica suficientemente clara a ausência de discernimento característica das pessoas arroladas pelo tipo penal.

2.2.2. Vítimas menores de 14 (catorze) anos

O objetivo do legislador ao implementar o tipo penal trazendo um critério tão preciso quanto a faixa etária para o aperfeiçoamento da conduta delitiva era única e simplesmente por fim às discussões acerca das condições pessoais da vítima. É necessário adiantar que não foi logrado êxito neste propósito. Não só na prática, mas também na teoria, muito se discute a respeito.

Se consta do tipo penal que é crime *“ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”*, a priori não haveria razão para debater se a vítima tinha bagagem ou experiência sexual pretéritas à consumação do fato, por exemplo. A sua caracterização deveria ser facilmente obtida ante a objetividade da idade com que a pessoa ofendida contava à época da consumação.

No entanto, a questão é mais complexa do que parece.

As correntes doutrinárias se dividem entre vulnerabilidade absoluta vs. vulnerabilidade relativa.

2.2.2.1. Vulnerabilidade absoluta

Para os seguidores desta corrente, basta a comprovação da idade da vítima mediante documento formal e válido para que seja enquadrado o agente na prática criminosa contemplada pelo artigo 217-A. É o caso de Rogério Greco quando prega: *“O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos.”* (GRECO, 2010, p. 52). É razoável esse entendimento, uma pessoa de idade inferior a esta tem uma inexperiência inerente à fase da vida em que se encontra.

Este caráter absoluto é uma maneira de punir mais severamente aqueles que, ainda que sem emprego de violência, antecipam o início da vida sexual daqueles que ainda não possuem discernimento e maturidade suficientes para entender o que significa realmente o acontecido. Aos 14 (catorze) anos o ser humano ainda não se

encontra plenamente desenvolvido em nenhum aspecto, seja físico, mental ou até mesmo moral, e é sobre essa égide que se funda a vulnerabilidade absoluta dos menores de 14 (catorze) anos.

Contudo, considera-se perfeitamente possível o erro de tipo, elementar prevista pelo artigo 20 do Código Penal. É a sua redação: “*Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.*”.

Assim, uma vez não previsto no delito em apreço a modalidade culposa, deverá estar presente o dolo como elemento subjetivo para que ocorra a tipificação perfeita do crime. Portanto, mesmo que objetivo o critério de análise em relação à idade da vítima, se o agente ativo incorrer em erro por acreditar que se tratava de pessoa com idade superior terá agido sem dolo. Não havendo dolo, o fato é atípico, e, portanto não é punível.

2.2.2.2. Vulnerabilidade relativa

O que se tem aqui é a perpetuação de uma discussão pretérita no que tange a relativização das circunstâncias em que o crime ocorrera. É de se notar que essa teoria visa a todo custo beneficiar o réu, deixando de lado o caráter objetivo trazido pelo legislador. Com a devida vênia, não seria muito dizer que há uma costumeira culpabilização da vítima quando da insistência em considerar atípico o fato quando a pessoa menor de 14 (catorze) anos que tem sua dignidade sexual violada já possuía uma vida sexual ativa de forma pregressa ou é considerada com maturidade suficiente para consentir.

É um ponto de importante reflexão analisar a situação da considerada experiência sexual do menor incapaz. Se a pessoa que figura como sujeito passivo neste delito está enquadrada no quesito etário de vulnerabilidade e já possui bagagem neste sentido, ou até mesmo já experimentam de certa promiscuidade, trata-se de uma pessoa que já teve sua dignidade sexual violada anteriormente. Certamente só reproduz aquilo que, por não ter discernimento sobre suas vontades e domínio sobre o tema, lhe foi inculcado e manipulado a acreditar que tal ato se dá de forma normal.

Um dos doutrinadores que defende essa corrente de pensamento acerca da vulnerabilidade do ofendido é o respeitável Guilherme de Souza Nucci, que prega

que o menor que tem consciência do ato deve ter descaracterizado seu aspecto vulnerável. O renomado acadêmico assim justifica: “*A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.*” (NUCCI, 2010, p. 37). Esse posicionamento do citado escritor se dá em relação aos menores que já ultrapassaram a fase da infância estabelecida pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), abrangendo os adolescentes maiores de 12 (doze) anos.¹

2.2.3. Vítima portadora de enfermidade ou deficiência mental

Também são considerados vulneráveis aqueles que não têm o necessário discernimento para a prática do ato em razão de enfermidade ou deficiência mental, conforme a primeira parte do parágrafo 1º do artigo 217-A. Não há muita discussão no que concerne a caracterização da vulnerabilidade nesse aspecto. A doença mental é facilmente comprovada por meio de perícia médica e não dá margem para ponderar a capacidade de discernimento da vítima.

Para evidenciar o quanto explanado, transcreve-se trecho de decisão “... *não basta que a vítima seja alienada ou débil mental. Necessário é que a doença mental seja de natureza tal a ponto de abolir inteiramente a sua capacidade de consentimento ou de entendimento do ato sexual a que se diz submetida, o que deve ser comprovado por perícia médica. Se esta inexistente, absolve-se o acusado.*” (TJMS — Rel. Nildo de Carvalho — RT 620/342). O procedimento de comprovação de incapacidade não poderia estar dissecado de forma mais clara.

2.2.4. Vítima que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência

Aqui se chega a outro ponto pouco objetivo e debatido pela doutrina. É um conceito amplo trazido pelo legislador, que abre uma margem muito grande para sua aplicação no caso concreto. “Qualquer outra causa” é um limite indefinido e, assim como o critério etário, para Nucci, demanda de ponderação quanto ao grau de vulnerabilidade e se esta é absoluta ou relativa (NUCCI, 2010, p. 40).

¹ A vulnerabilidade será sempre absoluta quando se tratar de menor de 12 (doze) anos.

Pedro Lenza traz alguns exemplos do que pode ser considerado como outras causas e que impossibilitam a resistência da vítima: *“doença, paralisia, idade avançada, estado de coma, desmaio”*; ainda se tem a possibilidade da causa ser provocada pelo agente: *“ministração de sonífero ou droga na bebida da vítima, uso de anestésico etc”*; ou até mesmo pela própria vítima: *“embriaguez completa em uma festa”* (LENZA, 2011, p. 538).

O mesmo autor ainda leciona sobre o tema: *“É necessário que o agente se aproveite do estado de incapacidade de defesa e que se demonstre que este fator impossibilitava por completo a capacidade de a vítima se opor ao ato sexual”* (LENZA, 2011, p. 538). Assim, ficam protegidas aquelas pessoas que, mesmo capazes, encontram-se de forma temporária ou não impedidas de exercer sua autotutela.

Para Nucci, no tocante à classificação da vulnerabilidade, se esta for relativa, é possível que o ato delitivo seja desclassificado para o tipo penal constante do art. 215, do mesmo diploma legal².

O acadêmico supracitado ainda defende que, nos casos de embriaguez completa do agente e da vítima, resta descaracterizada a violação da dignidade sexual por não haver vulnerável a tutelar. Sobre isso, discorre:

Se o agente, completamente embriagado, sem discernimento, tem conjunção carnal com uma mulher, igualmente embriagada por completo, sem discernimento (...) inexistente estupro. (...) A vítima embriagou-se para divertir-se; porém, se após a relação sexual caiu em si e não gostou do resultado, não se pode punir o agente por conta disso. (NUCCI, 2010, p. 41).

Muito recentemente o Brasil assistiu à triste história que ganhou repercussão internacional de uma adolescente de 16 (dezesesseis) anos que foi brutalmente estuprada por mais de 30 (trinta) homens no Rio de Janeiro. Muito embora pela idade ela já não se enquadrasse no tipo previsto pelo 217-A, a jovem fora dopada e violada sem que pudesse optar pela prática do ato com qualquer dos homens que ali se encontravam.

² Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.

Ainda sobre este caso, que aconteceu em meados de 2016 e já teve alguns de seus indiciados julgados e condenados em 1ª Instância no começo de 2017, houve uma divisão de opiniões gritante na sociedade. Uma parcela conservadora bradava que a culpa era exclusiva da vítima que, segundo eles, não deveria sequer estar no lugar em que estava; enquanto outra parcela defendeu bravamente a adolescente e seus direitos à liberdade sexual bem como a inviolabilidade de seu corpo.

2.3. APLICAÇÕES PRÁTICAS

2.3.1. Prostituição Infantil

Muito se discute acerca de quem se beneficia de crianças colocadas no comércio sexual no Brasil e o instituto trazido pelo artigo 21 do Código Penal. A prostituição infantil é um comércio com alta rotatividade de lucro para as organizações criminosas que tiram proveito de famílias miseráveis que, por não terem sequer o que comer, trocam os corpos de suas crianças por dinheiro. É de conhecimento geral que o Brasil é um dos países que mais atrai estrangeiros que buscam exatamente o turismo sexual pela facilidade do acesso aqui encontrado.

A letra do artigo 21 dispõe: *“O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.”* No entanto, não há que se falar em erro de proibição, porque quem se vale da criança que já se encontra inserida no comércio sexual tem plena consciência da ilicitude da ação, motivo pelo qual o assunto é sempre tratado na clandestinidade. Assim, o agente deve ser enquadrado no tipo penal previsto pelo artigo 217-A.

2.3.2. Da prática sexual entre menores de idade

Este ponto só ganha comento se for adotada a corrente que considera relativa a vulnerabilidade da vítima. Dois adolescentes, maiores de 12 (doze) e menores de 14 (catorze) anos, praticam consensualmente ato sexual. Muito embora o tipo penal não demande o emprego de violência e, considerando ainda, que a aplicação da lei se daria de forma combinada ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) por se

tratar de agente inimputável, levando em conta que ambos são incapazes de consentir, quem deveria ser punido?

Esta dúvida já não permeia o tema quando o agente maior de 12 (doze) e menor de 14 (catorze) pratica as condutas tipificadas com vítima menor de 12 (doze). Isto porque, o artigo 217-A do Código Penal deverá ser aplicado combinado com o artigo 103 do ECA, que dispõe que *“Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”*

Com isso, ante a vulnerabilidade absoluta daqueles que ainda se consideram na fase da infância, a conduta do adolescente agente se amolda ao previsto ao 217-A, no entanto este instituto não pode ser aplicado sozinho ante a inimputabilidade do infrator. Por este motivo, tem-se a prática de ato infracional pela conduta análoga à descrita como crime.

2.3.3. A vulnerabilidade e o Estatuto da Pessoa com Deficiência

Com o advento da lei 13.146/2015, uma nova discussão acerca da prática sexual pelas pessoas portadoras de deficiências emergiu. Em seu artigo 6º, o Estatuto declara que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive, conforme inciso II do referido artigo, para exercer direitos sexuais e reprodutivos³.

Ora, o Estatuto, que visa proteger as pessoas com deficiência, extinguiu a incapacidade absoluta de pessoas que sejam maiores de idade.

O tema, ainda bastante controvertido, traz à tona a ideia de vulnerabilidade da pessoa com deficiência. O legislador, na tentativa de promover uma igualdade material aos deficientes, acabou por deixá-los à mercê da própria sorte. Em que pese dizer, aquele que não tem capacidade para discernir e consentir o ato sexual será refém daquele que, plenamente capaz, entende por bem sujeitar o incapaz à prática libidinoso.

³ Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

3. ABORDAGEM DA TENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO QUANTO A VULNERABILIDADE

Muito embora a legislação demarque a abrangência do conceito de vulnerabilidade, há práticas que estão ou poderão estar fora do alcance deste marco legal. O propósito é discutir como as decisões judiciais têm se pautado em relação à extensão deste tema. A análise jurisprudencial ficará adstrita ao Tribunal de Justiça de São Paulo, de modo a viabilizar uma abordagem mais direcionada ao intuito do estudo.

A pesquisa será pautada em colacionar a ementa dos julgados analisados e trazer um breve relato do caso concreto e do deslinde meritório do feito no Juízo a quo. Nesse ínterim, os acórdãos se dividirão quanto à causa da vulnerabilidade: seja ela pela idade inferior a 14 anos da vítima ou incapacidade por enfermidade, deficiência mental ou outra causa transitória.

Em razão do direcionamento dos estudos de caso ter se dado pontualmente um único Tribunal de Apelação, por vezes os posicionamentos são similares. Com o desenvolvimento da pesquisa, foi possível perceber que a relativização do caso concreto somente se dá no tocante a vítimas menores de 14 (catorze) anos, de modo que as demais são levadas ao pé da letra.

A crítica que deve ser feita é justamente que a comprovação da idade cronológica de alguém é deveras mais objetiva do que qualquer deficiência mental ou incapacidade de resistir por causa transitória. No entanto, o entendimento majoritário dos Tribunais é que deve ser levado em conta o histórico da vítima, sua experiência sexual e o consentimento dos pais, de modo que o adolescente menor de 14 (catorze) acaba sendo negligenciado reiteradamente: primeiro pelos pais, depois pela sociedade e, por fim, pelo Poder Judiciário.

Vejamos:

3.1. VULNERÁVEIS MENORES DE 14 ANOS

*Apelação: 0003347-64.2014.8.26.0062
Comarca: Bariri
Vara: 1ª Vara*

*Processo: numeração única
Apelante: Ministério Público
Apelado: Uiliam Araújo da Silva*

*ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONSENTIMENTO DA VÍTIMA QUE
DEMONSTROU POSSUIR DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DO ATO
SEXUAL VULNERABILIDADE RELATIVIZADA RELACIONAMENTO
PÚBLICO E CONSENTIDO PELOS GENITORES SENTENÇA
ABSOLUTÓRIA MANTIDA RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO.*

No caso em tela, tem-se claramente a aplicação da relativização da letra da lei. Trata-se de uma adolescente, menor de 14 anos à época dos fatos, que se envolveu com o réu de forma pública e consentida por seus genitores. A menor passou a residir com o acusado, mantendo conjunção carnal com o mesmo, resultando numa gravidez precoce.

A adolescente apresentou crescente número de faltas escolares, motivando investigação por parte do Conselho Tutelar, bem como acompanhamento com psicólogo da instituição. Dessa forma, chegou ao conhecimento do Ministério Público tal situação, que ofereceu denúncia contra o réu.

Em que pese às acusações Ministeriais, o réu não negou os fatos a ele imputados durante toda a instrução criminal, alegando apenas que a menor mentiu sua idade, afirmando que já possuía 14 anos quando começaram a se relacionar. Os depoimentos dos familiares e da própria vítima foram no sentido de que sempre houve consentimento.

O ponto controvertido é que a lei friamente afirma que configura a prática delituosa o simples fato de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, independente de consentimento ou qualquer fator externo.

Não obstante, o réu foi absolvido em primeiro grau. O Órgão Ministerial intentou recurso para reforma da decisão do Juízo a quo.

O acórdão negou provimento ao recurso do MP, porquanto adotou a teoria da vulnerabilidade relativa, já in voga na sentença recorrida.

Fundamentou o voto da seguinte forma o relator:

Conquanto a vítima contasse com menos de 14 anos de idade quando dos fatos narrados na inicial acusatória, é certo que ela mantinha relacionamento afetivo com o réu, não sendo totalmente imatura ou inexperiente e tendo consentido de maneira clara com o ato sexual, de

modo que este jamais a teria constringido a praticar relações sexuais. Diante de tal quadro, evidente que, apesar da tenra idade, a adolescente já possuía amadurecimento psíquico incompatível com a idade cronológica, ao conviver maritalmente com o apelante quando ainda menor de 14 anos.

Dessa forma, por não serem os aspectos concernentes à materialidade ou à autoria discutidos no presente caso, a sentença absolutória foi mantida em sede de recurso.

*Apelação nº 0001245-50.2012.8.26.0091
Apelante: Christian de Brito Oliveira
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo
Comarca: Mogi das Cruzes
Voto nº 6266*

Apelação – Estupro de vulnerável – Preliminar rejeitada – Não demonstrado o suposto prejuízo ao direito de defesa diante da ausência de estudo social – Mérito – Absolvção – Impossibilidade – Prova segura – Consentimento da vítima – Irrelevância – Penas redimensionadas – Pena-base que deve ser mantida no mínimo legal, diante da primariedade do réu, o qual agiu com dolo que pode ser considerado normal para o tipo penal em comento – Suficiente e adequado um acréscimo de 1/6 pela continuidade delitiva – Mantido o regime inicial fechado – Segregação em regime mais gravoso que se revela necessária diante da gravidade concreta do delito – Recurso defensivo parcialmente procedente para reduzir a pena a 09 anos e 04 meses de reclusão, mantida, no mais, a sentença recorrida – Após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão.

No feito em comento, consta da denúncia que o acusado manteve conjunções carnavais, bem como praticou atos libidinosos outros, com uma adolescente menor de 14 (catorze) à época dos fatos, que vinha a ser sobrinha da companheira do infrator. A genitora da vítima chegou a flagrar o réu deitado com sua filha na cama, no entanto relatou que este sempre demonstrou bom comportamento, aparentando afeto por seus filhos, mas nunca com pretexto sexual, enganando a todos da família. A vítima prestou depoimento e suas declarações foram bem seguras em reconhecer o acusado e informar que havia perdido sua virgindade com ele (o que foi comprovado por meio de exame pericial). Não obstante, relatou uma das testemunhas da acusação que tomou conhecimento da prática delituosa quando flagrou o réu trocando juras de amor com adolescente por mensagens de celular. O acusado, em sua tese de defesa, confirmou a prática de relações sexuais com a menor de 13 (treze) anos, conquanto estas haviam se dado de maneira consentida, o que deveria ser hábil a afastar a tipicidade do delito praticado.

A sentença foi condenatória, reconhecendo a materialidade delitiva e a autoria criminosa, cominando ao réu pena privativa de liberdade na quantidade de 24 (vinte

e quatro) anos 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, com regime inicial fechado.

A irresignação partiu do condenado, que interpôs apelação na tentativa de modificar o quanto decidido em sede recursal. Pugnou pela absolvição alegando que não havia restado comprovada a vulnerabilidade da vítima e ausência de dolo por parte do agressor, ou, alternativamente, que fosse afastada a continuidade delitiva de modo a abrandar a pena a ele cominada.

Foi dado parcial provimento ao recurso intentado.

De acordo com o voto do relator, no mérito, a sentença merece ser mantida. Em que pese às alegações do apelante no sentido de que a adolescente menor havia consentido a prática das relações sexuais, restaram comprovadas a autoria e a materialidade delitiva, e a fundamentação que refutou o argumento da apelação no tocante ao consentimento da vítima merece transcrição:

(...) o fato é que uma adolescente menor de 14 anos de idade não reúne o discernimento necessário para compreender a dimensão de um envolvimento de natureza sexual, tampouco de resistir às investidas sedutoras de um adulto experiente, notadamente em se tratando do tio da vítima, o qual, supostamente, era uma pessoa de confiança da família. A legislação pertinente pressupõe a ausência de capacidade de consentimento da pessoa menor de 14 anos de idade. Além disso, no caso vertente, é inquestionável que a conduta do denunciado é típica e se amolda perfeitamente àquela prevista no artigo 217-A, do Código Penal.

No que dizia respeito à quantidade de pena cominada ao réu, no entanto, o recurso foi provido. Foi afastada a continuidade do crime por não se ter apurado com exatidão quantas vezes o réu praticou a conduta a ele imputada, reduzindo a pena para 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Nesse ponto, há que se fazer um parêntese de comparação entre esta e a decisão anterior.

Conforme já elucidado nos capítulos anteriores, existem correntes diversas no que concerne a vulnerabilidade da vítima menor de 14 (catorze) anos. O primeiro acórdão colacionado relativiza de maneira clara a condição da ofendida, julgando que, muito embora sua idade se enquadrasse no tipo penal vigente, a tipicidade da conduta deveria ser afastada porque estava presente o consentimento não somente

da menor, mas de toda sua família que era conivente com a situação a qual ela era exposta. No segundo caso, conquanto restasse provado que vítima e agressor trocavam mensagens com juras de amor e o acusado tenha usado o consentimento da menor como tese de defesa, esta foi refutada ante a vulnerabilidade absoluta da adolescente, unicamente em razão da idade que não lhe conferia capacidade de discernimento hábil a optar ou resistir ao que estava sendo intentado pelo condenado.

Com isso, forçoso reconhecer a divergência das decisões provenientes de um mesmo tribunal, qual seja o Tribunal de Justiça de São Paulo. Nem se diga a necessidade da análise do caso concreto de cada processo, porquanto se trata de interpretação da letra fria da Lei que emana do Poder Legislativo. É uma discussão unicamente a respeito da relativização da condição de vulnerabilidade. O legislador foi taxativo ou tipificar o estupro de vulnerável no dispositivo do art. 217-A, caput, do Código Penal, afirmando que comete tal delito quem pratica conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Ora, o critério cronológico é objetivo e de fácil aferimento, de modo que não deveria jamais ser relativizado, no entanto, essa prática já é pacífica nos tribunais de todo o Brasil.

3.2. VULNERÁVEIS PORTADORES DE DOENÇA MENTAL

*Apelação nº 0000495-81.2013.8.26.0101
Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo
Apelado/Apelante: Silvio Cesar Paulino
Comarca: Caçapava Voto nº 5.308*

Apelação. Crimes de estupro de vulnerável (artigo 217- A, do Código Penal) praticados contra duas vítimas. Sentença condenatória, com reconhecimento da figura do crime continuado enfeixando os delitos cometidos pelas duas ofendidas. Recursos do Ministério Público e da defesa. 1. Quadro probatório a evidenciar a responsabilidade penal do acusado pela prática dos crimes de estupro de vulnerável somente com relação a uma das vítimas. 2. Absolvição do réu com relação à outra ofendida. 3. Alteração da pena, com aplicação do percentual de 1/3 para incremento da sanção em razão do crime continuado. Recursos parcialmente providos.

O acórdão a que se refere a ementa colacionada consta de um processo onde o acusado foi denunciado por manter conjunções carnis com sua enteada menor de idade e portadora de deficiência mental e praticar atos libidinosos com sua outra enteada menor impúbere, entre os anos de 2005 e 2012. A sentença prolatada pelo

juízo de 1º grau condenou o acusado pelos crimes praticados por ambas as vítimas e reconheceu a figura do crime continuado, englobando todas as condutas.

Apresentaram recurso tanto o MP quanto o condenado. O primeiro, no sentido de aumentar a pena cominada ao agente criminoso para que fosse considerado crime continuado. O segundo, pleiteando sua absolvição alegando ausência de provas.

Foi conferido parcial provimento a ambas as apelações.

O acórdão considerou comprovada a autoria e materialidade do delito no que tange a primeira vítima, enteada deficiente mental, diante das provas produzidas nos autos, tais como Boletim de Ocorrência, exame de corpo de delito, depoimento pessoal da vítima e a ausência de impugnação do tocante à condição de deficiente da ofendida. No entanto, quanto à segunda vítima, a sentença foi reformada no sentido de excluir a condenação imputada ao réu, porquanto não restou devidamente comprovada a responsabilidade criminal do agente. Foi destacada a contradição da vítima em seus depoimentos na fase administrativa e na fase processual, tendo em vista que em uma reputou ter sido molestada uma única vez pelo acusado, e na outra afirmou ter sido abusada mais de dez vezes.

O pleito do Ministério Público foi atendido quanto à condenação mantida, aumentando-se a pena base (08 anos de reclusão) em ½ em razão do art. 226, II, CP⁴, passando para 12 anos de reclusão, mais 1/3 em decorrência de configurar crime continuado (art. 71, CP), perfazendo o total de 16 anos de reclusão, quantidade de pena que, somada à alta reprovabilidade da conduta do réu, ensejou o início do cumprimento em regime fechado.

*APELAÇÃO CRIMINAL nº 0000011-54.2014.8.26.0514
Comarca: JUNDIAÍ FORO DISTRITAL DE ITUPEVA
Juízo de Origem: VARA ÚNICA
Apelante: PAULO CÉSAR DE BRITO
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo Magistrada
Sentenciante: Dra. Roberta Cristina Morão
VOTO nº 05652*

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. Recurso defensivo. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas. Comprovada a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, com o propósito de

⁴ Art. 226, CP: “Aumenta-se a pena: II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”.

satisfação da própria lascívia, inviável a desclassificação para contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. Pena bem dosada. Regime preservado. Parcial provimento.

A acusação que pesava contra o réu é que em setembro de 2014 havia praticado ato libidinoso diverso da conjunção carnal com o adolescente A.S., deficiente mental, submetendo-o à prática de sexo oral. Judicialmente, negou a autoria. Alegou que tomava conta de carros na igreja, quando chamou o ofendido, porque estava passando mal e, após a chegada deste, teria ficado inconsciente e desconhecia quaisquer fatos posteriores.

No entanto, diferente do que ocorre habitualmente, este caso foi amparado por depoimentos de testemunhas oculares, contando com dois Policiais Militares que foram acionados e chegaram ao local a tempo de divisar o réu molestando sexualmente a vítima. A condição de deficiência foi comprovada pelo depoimento de sua genitora.

A sentença em 1º grau condenou o réu pelo crime de estupro de vulnerável, motivo pelo qual esse interpôs recurso de apelação quanto a este decisum, visando a desclassificação do delito para mera contravenção penal.

Nesse sentido, o acórdão reconheceu inviável a desclassificação pleiteada pelo apelante, porquanto não se tratava de simples investidas sexuais atentatórias, ofensivas ou ultrajantes apenas ao pudor público, mas sim objetivava claramente a satisfação da lascívia do agente. Analisou-se também a dosimetria da pena cominada na sentença, sendo integralmente mantida no acórdão. Assim, foi negado provimento ao recurso do réu, mantendo-se a condenação.

Dito isso, o que se vê é que as decisões seguem a mesma linha no que tange a incapacidade por doença mental. Basta a comprovação da condição da vítima, de modo que a relativização trazida pelo próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que assegura o direito à vida sexual e reprodução às pessoas deficientes, não fora utilizado nas decisões colacionadas por motivo de as vítimas além de serem deficientes, eram adolescentes à época dos fatos.

3.3. VULNERÁVEIS QUE, POR QUALQUER OUTRA CAUSA, NÃO PODEM OFERECER RESISTÊNCIA.

Apelação nº 0025595-53.2014.8.26.0602

Apelante: Alberto Donato da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Sorocaba

Voto nº 6.001

APELAÇÃO CRIMINAL. Estupro de vulnerável. Sentença condenatória. Defesa aduz, preliminarmente, nulidade do processo em razão de deficiência técnica. No mérito, pede absolvição, ante a não configuração do crime de estupro de vulnerável e insuficiência de provas para a condenação. Alternativamente, pede a desclassificação para o delito de violação sexual mediante fraude, com fixação de pena mínima e regime inicial aberto, em consequência da detração penal. Nulidade por deficiência da defesa técnica não se verificou descaso ou desinteresse pela realização de diligências no curso do processo. Divergências acerca de questões processuais entre os defensores que atuaram na defesa não podem, agora, ensejar nulidade. Mérito: autoria e materialidade comprovadas. A vítima, em ambas as fases da persecução criminal narrou com clareza os fatos. Não restou minimamente comprovado que são contadas estórias. Prova idônea e irrefutável do estupro de vulnerável, daí porque não se há falar em desclassificação para o delito do artigo 215 do Código Penal. Dosimetria não merece reparos. Regime fechado mantido. Detração penal é matéria afeta ao Juízo das Execuções Preliminar rejeitada e recurso não provido.

No caso supracitado, de acordo com a denúncia do Ministério Público, o agressor havia se relacionado com a mãe da vítima por dois anos, sem nunca ter demonstrado qualquer comportamento suspeito. Não obstante o relacionamento tenha se findado, o réu continuou mantendo contato com os filhos da ex-companheira, porquanto sempre os tratou como se filhos fossem. No fatídico dia, o acusado convidou a vítima, outrora enteada, para que o acompanhasse a um churrasco. Na festa, induziu a jovem a ingerir bebidas alcoólicas e a convidou para ir até sua casa, onde a fez ingerir mais bebidas. A vítima se quedou inconsciente, relatando que quando acordou o agressor já estava a violentando enquanto dizia “*E agora você vai me chamar de pai?*”.

A vítima, sem forças para resistir, ficou novamente desacordada. Quando retomou sua consciência, estava nua, deitada ao lado do homem que via quase como pai, despido também, sobre um lençol ensanguentado. A jovem ligou para a Polícia Militar e noticiou o acontecido.

Instruído o processo, o réu foi condenado ante a ampla produção probatória que corrobora os indícios de autoria e prova da materialidade trazidos pelo Parquet na peça inaugural.

O recurso da defesa versou sobre a deficiência da defesa técnica, porque o réu trocou de advogado no curso do processo, sendo que o novo causídico fundamentava sua defesa em teses diversas daquelas intentadas pelo primeiro representante, e no mérito pugnava pela absolvição ou, subsidiariamente, a desclassificação do delito para violação sexual mediante fraude, tipificado pelo art. 215 do Código Penal.

No acórdão, afastada a tese preliminar porquanto o réu não ficou sem defesa técnica em nenhum ato processual e a divergência das teses defendidas pelos patronos não tem o condão de ensejar deficiência na defesa técnica. Quanto à defesa meritória, razão também não assistiu ao recorrente. Os desembargadores entenderam que *“é certo que a vítima, em razão da ingestão de bebida alcoólica, não possuía o necessário discernimento para a prática do ato, não conseguindo, ainda, oferecer resistência.”*, afastando também os pedidos de absolvição e desclassificação do crime. A dosimetria da pena e o regime inicial também foram mantidos conforme definidos em sentença.

*Apelação Criminal no. 0053586-16.2011.8.26.0050
Apelante: Luciano Ferreira
Apelado: Ministério Público
Assistente do Ministério Público: Thalita Ribeiro Gomes
Comarca: São Paulo
Voto nº 26.448*

De início, importa esclarecer que a apelação supramencionada não conta com ementa referente ao julgado, diferente das demais, porém, trazê-la ao presente trabalho é de suma importância, pois vem ao encontro do tema abordado. Por esse motivo, a fim de aclarar os acontecimentos atinentes à lide, colaciona-se cópia da denúncia:

“(…) no dia 18 de junho de 2011, na casa noturna Kiss'n Fly, situada na Avenida Presidente Juscelino Kubitschek, no. 2041, nesta Capital, a vítima Thalita Ribeiro Gomes ingeriu cerca de cinco doses de vodca com energético, embriagou-se, sentiu-se mal, vomitou e foi socorrida pelo ora

apelante Luciano Ferreira, que trabalhava no local como bombeiro brigadista; por volta das 05h00, Luciano trancou-se em um banheiro do estabelecimento com Thalita e colocou seu pênis na boca dela; em seguida, ele empurrou-a contra a parede e com ela manteve conjunção carnal, tendo, inclusive, ejaculado em sua vagina; Thalita, em razão do alto grau de embriaguez em que se encontrava, não pode oferecer resistência.”

Na instrução processual, a defesa alegou que a vítima não estava embriagada, que teria desmaiado devido ao quadro de pressão baixa associado ao calor e, ainda, que ela teria beijado o acusado e que este somente havia ingressado no banheiro a pedido da vítima. A ofendida prestou declarações em Juízo, de forma bastante verossímil e corroborando o alegado na inicial acusatória. Um dos Policiais Militares que prestaram depoimento como testemunha no processo afirmou que, de início, o acusado negou qualquer envolvimento com a vítima, posteriormente, admitiu que havia mantido relações sexuais com ela de maneira consentida.

Não bastassem os depoimentos contundentes de todas as testemunhas ouvidas e as declarações da ofendida, foi realizado exame pericial após a agressão. O laudo comprovou a alegada relação sexual e, três horas depois do ocorrido, a jovem apresentava concentração de 1,3 g/l de álcool no sangue. Ou seja, se horas depois do fato imputado ao réu a vítima ainda se encontrava embriagada, ficou evidente a sua condição quando do cometimento do delito.

Dessa forma, a sentença julgou procedente a pretensão punitiva do Estado representada pelo Ministério Público, e condenou o acusado a 10 (dez) anos e 08 (oito) meses.

Insurgiu-se contra a sentença prolatada em 1º grau de jurisdição o condenado, alegando cerceamento de defesa, alegando inclusive que o nobre Delegado de Polícia que conduziu o Inquérito Policial havia lhe prejudicado, e pediu absolvição.

De acordo com o voto do Desembargador Relator do presente acórdão, a nulidade preliminar foi afastada, porquanto o depoimento prestado pelo apelante em sede investigatória foi fielmente por ele reproduzido em Juízo, sob o crivo do contraditório, de modo que se o Delegado houvesse alterado seu depoimento administrativamente para prejudica-lo, a versão contada em seu interrogatório na fase de instrução processual seria substancialmente diferente. No mérito, considerou amplamente comprovado por meio de prova testemunhal e pericial o fato imputado ao réu

condenado, mantendo a sentença em seus exatos termos, bem como a quantidade de pena a ele cominada.

Dessa forma, é possível perceber que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem um comportamento mais uniforme no tocante aos crimes de estupro de vulnerável que, por causa transitória, não podem resistir. É dada extrema importância às declarações da vítima na fundamentação dos acórdãos, bem como aos depoimentos testemunhais colhidos durante a instrução processual. Isso porque se tratam de casos em que uma prova pericial nem sempre é capaz de provar a existência de um crime.

O exame de corpo de delito, nesses casos, pode ser capaz somente de evidenciar a ocorrência de ato sexual, uma vez que o tipo penal não exige que a violência seja real. E, no que tange a capacidade para consentir ou resistir, de modo a caracterizar a tipificação do delito, essa exige outros meios probatórios. Tem caráter mais subjetivo e demanda maior sensibilidade do julgador em cada caso concreto. Por esse motivo, depois de ampla pesquisa entre os julgados deste Tribunal constantes do banco jurisprudencial, chega-se a conclusão que o TJ-SP tende a uma análise pormenorizada dos elementos constantes dos autos de maneira bem adequada ao assunto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início, a pesquisa histórica feita no primeiro capítulo permite uma visão ampla dos avanços culturais da sociedade como um todo. A análise vem desde os primórdios, trazendo informações comportamentais da era antes de Cristo, preconizada pelo famoso Código de Hamurabi, que já previa o estupro como conduta delitiva. Já no Brasil, desde 1500 tem-se o estupro tipificado em seus vários ordenamentos jurídicos, evoluindo dia a dia em conjunto com realidade social. Nesse sentido, um bom exemplo é que, lá em 1830, a consumação do delito não dependia somente do consentimento da vítima, mas sim se essa era uma mulher honesta. Até mesmo a legislação vigente desde 1940 foi sofrendo alterações com o passar do tempo.

Ainda, foi feita uma análise pormenorizada do tipo penal do crime de estupro, com alta carga doutrinária de modo a facilitar os próximos passos ao aprofundamento no estupro de vulnerável. Tendo uma ideia clara da conduta principal do crime em comento, torna-se mais fácil o estudo das especificidades conceituais tipificadas pelo art. 217-A. As diferentes penas aplicáveis a cada delito e também suas qualificadoras ganham espaço para discussão, assim como os tipos de ação penal cabíveis em cada caso concreto.

O segundo capítulo abordou especificamente o tema central deste trabalho. A priori, pautou-se o estudo nas alterações sofridas pelo Código Penal à luz do advento da Lei 12.015 de 2009, notadamente a transmutação do estupro presumido em estupro de vulnerável. Seguidamente, esmiuçou-se o conceito de vulnerabilidade, passando por cada espécie trazida pelo dispositivo, bem como suas particularidades inerentes à natureza de cada um deles, quais sejam: vítimas menores de 14 (catorze) anos e as vertentes que consideram tal vulnerabilidade absoluta ou relativa; enfermos ou deficientes mentais e; vítimas que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência. Após, trouxemos aplicações práticas desse tipo penal, situações cotidianas enfrentadas pelo legislador e algumas críticas. Esse tópico iniciou-se com o tema polêmico que trata de prostituição infantil, passando pela prática sexual entre menores de idade e se encerra com uma pontuação acerca da influência prática do Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência.

Desta feita, depois da análise teórica, no terceiro capítulo foram colacionadas seis ementas de julgados provenientes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, distintos entre si, expondo os fatos contidos na denúncia, o resultado em 1º grau de jurisdição, bem como o posicionamento dos Desembargadores nos referidos casos, de modo a demonstrar a efetiva aplicação dos dispositivos legais. Também foram feitas as colocações doutrinárias concernentes aos casos concretos eleitos na pesquisa e, principalmente, as críticas consideradas necessárias.

Assim, conclui-se que: a) é pertinente a crítica em relação à relativização da vulnerabilidade de adolescente menor de 14 (catorze) anos, pela objetividade do critério cronológico adotado pelo legislador, não devendo ser afastada a tipicidade da conduta por elementos como consentimento dos pais ou experiência sexual pregressa; b) o posicionamento nos casos em que as vítimas são enfermos ou doentes mentais tem sido uniforme e a contento, de modo que basta a comprovação da condição especial da pessoa ofendida; c) no tocante aos casos em que figuram como sujeitos passivos do delito pessoas que por qualquer outra causa não possam consentir, entende-se coerentes os posicionamentos dos Desembargadores, porquanto tratam os casos com a sensibilidade e higidez necessárias à análise subjetiva exigida para tipificação da conduta.

Neste diapasão, feitas as apreciações necessárias e os apontamentos complementares, encerra-se o presente trabalho após devidamente observados todos os detalhes atinentes ao tema.

REFERÊNCIAS

DECRETO Nº 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890

DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.

LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990.

LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009.

LEI Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015

GRECO, Rogério - Curso de Direito Penal Vol. 3, 12ª Edição, 2015.

MASSON, Cleber - Direito Penal Esquematizado Parte Especial Vol. 3, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza – Código Penal Comentado, 2014.

CAPEZ, Fernando – Direito Penal Simplificado Parte Especial, 2012.

NORONHA, Edgar Magalhães – DIREITO PENAL – 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza – Crimes contra a dignidade sexual - comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. – 5ª Edição, 2014.

Santos, Tony Coelho – Panorama histórico da legislação penal e sua evolução à atualidade, 2007.

TARTUCE, Flávio – Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC, 2015.