

FACULDADE DA CIDADE DE MACEIÓ – FACIMA

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

SANDRO LUIZ FERREIRA

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A VULNERABILIDADE
FUGAZ E SUA CONSEQUÊNCIA JURIDICA**

**MACEIÓ- AL
2017**

SANDRO LUIZ FERREIRA

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A VULNERABILIDADE FUGAZ E SUA
CONSEQUÊNCIA JURIDICA**

Trabalho de curso apresentado à Faculdade da Cidade de Maceió – FACIMA, como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Especialista Rodrigo Monteiro de Alcântara

**MACEIÓ - AL
2017**

FICHA CATALOGRÁFICA DIRETO NA FONTE
(BIBLIOTECA CENTRAL FACIMA)

TC
F383e

Ferreira, Sandro Luiz

Estupro de vulnerável: a vulnerabilidade fugaz e sua consequência jurídica. Sandro Luiz Ferreira. – Maceió, 2017.
32f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) –
Faculdade da Cidade de Maceió - FACIMA, 2017.

Orientação: Prof. Esp. Rodrigo Monteiro de Alcântara.

1. Direito Penal – Estupro de vulnerável. 2. Código Penal – Art. 217-A, § 1º. 3. Vulnerabilidade fugaz. I. Alcântara, Rodrigo Monteiro de. II. Título.

FACIMA / BC

CDU 34

RESULTADO FINAL DO TRABALHO DE CURSO

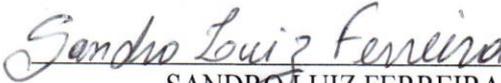
CURSO: Direito

ALUNO(S) ORIENTADO(S): Sandro Luiz Ferreira

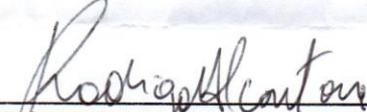
TÍTULO DO TRABALHO: Estupro de vulnerável – a vulnerabilidade fulgaz e a sua consciência jurídica.

RESULTADO FINAL DO TRABALHO DE CURSO	Nota
Professor Orientador: RODRIGO MONTEIRO DE ALCÂNTARA	10
Membro Avaliador Nº 1: ALEXANDRE CÉSAR DOS SANTOS	10
Membro Avaliador Nº 2: RODRIGO COLOMBELLI	10
MÉDIA FINAL	10

ALUNO(S):


SANDRO LUIZ FERREIRA

BANCA EXAMINADORA:


RODRIGO MONTEIRO DE ALCÂNTARA
(Orientador(a))


ALEXANDRE CÉSAR DOS SANTOS


RODRIGO COLOMBELLI

Maceió, 12 de dezembro de 2017.

Dedico este trabalho a duas pessoas em especial, meu pai José Doca Ferreira e minha mãe Maria Luiza dos Santos "*in memoriam*" e também aos meus irmãos Silvana, Sivaldo e Simone, bem como aos meus filhos Sandro Victor, Isabele Maryna e Crislayne Vitória, que neles busquei meu exemplo de coragem, dedicação e luta.

AGRADECIMENTO

Agradeço em primeiro momento a Deus que me abençoa e guia.

Agradeço aos meus professores, colegas, amigos e minha família em especial pelo apoio que prestaram nesta árdua empreitada.

Agradeço ao professor orientador, Dr. Rodrigo Monteiro, por ter prestado seu auxílio e seus conhecimentos na elaboração desse trabalho, por sua competência e verdadeira amizade.

Agradeço ainda à Coordenadora do Curso de Direito, Dr^a. Solange Marques, que de forma carinhosa e meiga sempre acreditou em nosso potencial.

“Ontem meditei sobre o medo e a coragem e me perguntei por que enfrentar tudo isso. Na verdade tudo que enfrentei até agora não foi por coragem e sim por medo, medo de errar ou decepcionar a instituição a qual faço parte”.

Rodrigo Janot.

RESUMO

A temática abordada visa demonstrar as consequências jurídicas quando da decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que relativizou a vulnerabilidade quanto aos crimes cometidos na última hipótese do §º 1º do art. 217-A, que por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Destarte, esmiúça-se o delito de estupro, caput, acerca da temática, a vulnerabilidade presumida do menor de 14 (quatorze) anos que estava disposta no art. 224 (presunção de violência) do CP antes da validade da nova lei. Regressa no tempo perfazendo um breve histórico do delito de estupro e sua consequência no mundo jurídico, desde a antiguidade até nossos dias. Propõe uma conceituação e pormenorizar os elementares do tipo (objeto material e bem juridicamente protegido), bem como sujeitos, consumação, tentativa e ação penal que diz respeito a esse delito, onde se aprofunda na temática. Estuda uma quantidade considerável de diversos pensamentos doutrinários e julgados de nossas cortes superiores para verificar a possibilidade de aplicação da ação penal pública condicionada à representação ou incondicionada nos delitos contra as pessoas consideradas vulneráveis. Ademais, considera as diferentes posições doutrinárias quanto a que melhor se aplica à vítima de estupro de vulnerável, no que diz respeito à ação penal. Visa contextualizar como se comporta a sociedade no cenário atual com tais relativizações, gerando uma problemática. Confronta os textos normativos, a produção doutrinária, jurisprudências e julgados, com referência a relativização da vulnerabilidade absoluta em qualquer de suas hipóteses elencadas no caput e no § 1º da art. 217-A do CP, visando descobrir se há possibilidade da referida decisão da 6ª Turma do STJ tome rumos prejudiciais para as vítimas que se não representarem seu algoz ocorrerá a decadência. Finaliza enfatizando pela aplicação literal e gramatical do texto trazido na literatura do art. 225, parágrafo único do CP, não dando margem para a relativização da ação penal, pois, se o agente não deve e não teme a ele será dado o devido processo legal onde caberá se defender, sendo assim, inclinado a acompanhar o pensamento daqueles que comungam majoritariamente, qual seja, a não possibilidade de aplicar a relativização da vulnerabilidade dos vulneráveis menores de 14 anos, bem como os considerados vulneráveis por equiparação. A presente obra aborda o tema de forma ampla, expondo fatos e tentando dissipar as discussões suscitadas e, por consequência, não tem o escopo de esgotar o tema escolhido.

PALAVRAS CHAVES: Direito Penal – Estupro de Vulnerável. Código Penal-Art. 217-A, § 1º. Vulnerabilidade Fugaz.

SUMMARY

The issue addressed aims to demonstrate the legal consequences of the decision of the 6th Panel of the Superior Court of Justice that relativized the vulnerability regarding the crimes committed in the last hypothesis of paragraph 1 of art. 217-A, who for any other cause can not offer resistance. Thus, the crime of rape, caput, about the subject, the presumed vulnerability of the under 14 (fourteen) years that was disposed in art. 224 (presumption of violence) before the validity of the new law. It returns in time, making up a brief history of the crime of rape and its consequence in the juridical world, from the antiquity until our days. It proposes a conceptualization and to detail the elementary of the type (material object and legally protected good), as well as subjects, consummation, attempt and criminal action that concerns this crime, where it delves deeper into the thematic. It studies a considerable amount of diverse doctrinal thoughts and judged of our superior courts to verify the possibility of application of the public action conditioned to the representation or unconditioned in the crimes against the people considered vulnerable. In addition, it considers the different doctrinal positions as to what best applies to the victim of rape of vulnerable, with respect to the criminal action. It aims to contextualize how society behaves in the current scenario with such relativizations, generating a problematic. Confronts normative texts, doctrinal production, jurisprudence and judgments, with reference to relativization of absolute vulnerability in any of its hypotheses listed in the caput and paragraph 1 of art. 217-A of the CP, in order to find out if there is possibility of the said decision of the 6th Panel of the STJ take harmful directions for the victims that if they do not represent their deceased will occur the decay. It ends by emphasizing the literal and grammatical application of the text brought in the literature of art. 225, sole paragraph of the CP, not giving scope for the relativization of the criminal action, since, if the agent does not and does not fear it, due process will be given where it will be necessary to defend itself, being thus inclined to follow the thoughts of those who they are in a majority, that is, the possibility of applying the vulnerability relativization of the vulnerable under the age of 14 years, as well as those considered vulnerable by equalization. The present work deals with the theme in a broad way, exposing facts and trying to dissipate the discussions and, consequently, does not have the scope to exhaust the chosen theme.

KEY WORDS: Criminal Law - Rape of Vulnerable. Criminal Code-Art. 217-A, § 1. Fugaz Vulnerability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 – O GÊNESIS DO DELITO DE ESTUPRO	10
1.1 - O DEUTERONÔMIO E O CÓDIGO DE HAMURABI.....	10
1.2 - GRÉCIA E OS ROMANO.....	10
1.3 - AS ORDENAÇÕES AFONSINAS, MANUELINAS E FILIPINAS.....	11
1.4 - A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA ACERCA DO ESTUPRO.....	11
1.4.1 - Código Penal do Império (1830)	11
1.4.2 - A Codificação repressiva republicana – 1890	12
1.4.3 - Código Penal (1940) e a impropriedade do título “Dos crimes contra os costumes”	12
2 - O SURGIMENTO DA CIFRA ESTUPRO DE VULNERÁVEL COM O ADVENTO DA LEI 12.015/2009	14
2.1 – CONCEITO.....	14
2.2 - OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO... ..	15
2.3 - ELEMENTOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO TIPO.....	16
2.4 - SUJEITO ATIVO.....	17
2.5 - SUJEITO PASSIVO.....	18
2.6 - CONSUMAÇÃO E TENTATIVA DOS DELITOS CONTRA VULNERÁVEL CAPUT (217-A) E EQUIPARADO (§ 1º).....	18
3 - A AÇÃO PENAL DO DELITO DE ESTUPRO E A DE ESTUPRO DE VULNERÁVEIS	20
4 - O NOVEL ENTENDIMENTO DA 6ª TURMA DO STJ A DESPEITO DA VULNERABILIDADE FUGAZ	23
4.1 - O PERIGO DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NOS DELITOS SEXUAIS.....	26
CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS	32

INTRODUÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso ora apresentado visa discutir a vulnerabilidade fugaz e sua consequência jurídica à luz do novel entendimento da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), acerca da ação penal nos moldes do parágrafo único do artigo 225 do Código Penal.

Esse entendimento trouxe para o ordenamento jurídico-penal consequências relevantes no contexto fático normativo, dando nova roupagem a interpretação do que dispõe o parágrafo único do artigo 225, *in fine*, do Código Penal.

A nova interpretação tornou, assim, a vulnerabilidade absoluta nos delitos sexuais contra as pessoas vulneráveis em vulnerabilidade relativa. Pode-se apontar como exemplos: a embriaguez, vítima desmaiada, dentre outras formas, excluindo-se dentre estes os casos de menores de 14 anos; as pessoas com enfermidades ou deficiência mental, as pessoas que não têm o necessário discernimento para a prática do ato e os menores de 18 anos (vulnerabilidades absolutas).

Diante de tal entendimento da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça a respeito da relativização da vulnerabilidade, não estamos propensos a banalizar o estupro de vulnerável, prejudicando de forma potencial a liberdade sexual do vulnerável fugaz? O novo entendimento não é um tanto perigoso? Sendo que aumentaria o espectro de liberdade do autor e reduziria a segurança da vítima?

Para a concretização deste estudo, foi realizada uma ampla pesquisa bibliográfica em diferentes livros e artigos e na legislação pertinente ao tema abordado.

Antecipo que o entendimento da 6ª Turma é uma decisão isolada e discrepante do que recomenda a doutrina, bem como não é possível predizer se tal entendimento prevalecerá no próprio STJ.

1 - O GÊNESIS DO DELITO DE ESTUPRO

É de suma relevância fazer uma viagem no tempo sobre a historicidade do delito de estupro, antes mesmo de iniciar a pesquisa da problemática apresentada neste trabalho, pois vejamos:

1.1– O DEUTERONÔMIO E A LEI DE TALIÃO

O Deuteronômio é um dos cinco primeiros livros da Bíblia, fazendo parte da coletânea denominada Pentateuco. No Deuteronômio estão escritas as normas de condutas que os hebreus deveriam cumprir; caso contrário, estariam contrariando a Ordem Divina. Dentre os comandos normativos morais e divinos encontramos o repúdio ao estupro, como se observa do texto abaixo transcrito:

Os delitos sexuais, entre eles o estupro, foram severamente reprimidos pelos povos antigos. Na legislação mosaica, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados. Mas se o homem encontrasse essa donzela nos campos e com ela praticasse o mesmo ato, usando de violência física, somente aquele era apedrejado. Se a violência física fosse empregada para manter relação sexual com uma donzela virgem o homem ficava obrigado a casar-se com ela, sem jamais poder repudiá-la e, ainda, a efetuar o pagamento de 50 ciclos de prata ao seu pai (PRADO, 2006, p. 192-93).

O Rei Hamurabi conhecido historicamente, pela frase “olho por olho, dente por dente”, elaborou um código bastante rígido (Lei de Talião), mas abordou os delitos sexuais de forma muito breve. O delito previsto em seu art. 130 era semelhante ao crime de sedução, que estava previsto em nosso ordenamento jurídico até o ano de 2005. Deve aqui ser notada a preocupação, ainda em tempos remotos, em se preservar a “virtude” feminina, posicionando-se o dogma da virgindade como objeto de discutível interesse social, o que somente veio a cair por terra, ao menos no Direito Penal, recentemente (GILABERTE, 2014, p. 3).

1.2– GRÉCIA, ROMA E IDADE MEDIEVAL

Na história mitológica grega vislumbram-se vários casos de estupros, em especial o estupro de Medusa por Netuno. Já na Roma antiga, surge o termo

stuprum, todavia não com os contornos atuais, mas sim abarcando qualquer forma de constrição da virgem e da viúva, alcançando o status de crime vil quando do emprego de violência (PIERANGELI, 2007, p. 460).

Também na era medieval houve previsão de *stuprum*. Decretada em 736, a *lex julia de adulteriis*, além do *stuprum*, eram igualmente punidos o *adulterium*, o *lenocínio*, e o *incestum*. Ocorrendo o emprego de violência, a conduta era considerada sempre criminosa, mas nesse caso de contato sexual voluntário, ainda assim poderia subsistir o crime, desde que havendo a *defloratio*, ou seja, continuava-se dando ênfase à virgindade feminina (*Idem, Ibidem*).

1.3- AS ORDENAÇÕES AFONSINAS, MANUELINAS E FILIPINAS

As Ordenações Afonsinas no Livro V, Título VI: “Da mulher forçada, e como fe deve provar a força” (CANELA, 2012, p.34). Logo, comprovado o estupro contra a mulher casada, religiosa, virgem ou viúva, cuja conduta era considerada honesta, era imputada ao agente criminoso a pena capital (morte).

Nas Ordenações Manuelinas, o estupro estava inserido no Livro V, Título XIV: “Do que dorme por força com qualquer mulher, ou traua dela, ou a leua por su vontade” (*Idem, Ibidem*). Aqui, qualquer homem que dormisse com uma mulher, forçadamente, ficava sujeito à pena de morte, salvo contra escrava ou prostituta.

Já as Ordenações Filipinas transcrevem em seu Livro V, Título XVIII, os fundamentos iguais aos das Ordenações Manuelinas quanto ao delito de estupro, não havendo mudanças nessa matéria.

1.4– A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA ACERCA DO ESTUPRO

1.4.1 - Código Penal do Império (1830)

No direito brasileiro, o rapto já era conhecido e punido por algumas tribos indígenas, embora, ainda não houvesse a consciência de constituição de uma ciência penal. À época do Código Penal do Império (1830), encontrávamos o delito de estupro nos artigos 219 a 224, sendo certo que este não pressupunha violência ou grave ameaça, mas, uma variada gama de crimes sexuais, inclusive os praticados mediante constrangimento (então previstos nos artigos 222 e 223 do CP).

Os demais dispositivos tratavam do defloramento de mulher virgem e das suas variantes, bem como da sedução. O rapto violento era incriminado no artigo 226, ao passo em que o consensual ficava no artigo 227. O artigo 280 trazia conduta que hoje seria considerada ultraje público ao pudor, então classificada como “crime policial” (GILABERTE, 2014, p. 4).

1.4.2 - A Codificação repressiva republicana – 1890

No dia 11 de outubro do ano supracitado fora editada a codificação repressiva republicana, conhecido como Código Penal Republicano que mencionava em seu Título VIII os delitos contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor. No artigo 266, topologicamente alocado no Capítulo I, denominado “da violência carnal”, estava o atentado ao pudor de pessoas de ambos os sexos, que pressupunha violência ou ameaça, ao passo em que o parágrafo único do mesmo artigo estabelecia uma espécie de corrupção de menores, a qual dispensava estes meios executórios. Sob a mesma rubrica estava a sedução de mulher virgem (art. 267). O estupro não definido no tipo penal encontrava-se no artigo 268, com a previsão da modalidade privilegiada no caso de ser vítima “mulher pública” ou prostituta. A proteção mais intensa da lei somente era oferecida à “mulher honesta” (GILABERTE, 2014, p. 4 e 5).

1.4.3 Código Penal (1940) e a impropriedade do título “Dos crimes contra os costumes”

O legislador de 1940 atribuiu à tutela da moralidade sexual e do pudor público nos delitos sexuais em geral, ao lado, e, às vezes, acima da proteção de outros bens jurídicos relevantes como a integridade física e psíquica e a liberdade sexual. É o que se verifica nas palavras de Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2011, p. 383).

Na previsão como causa extintiva da punibilidade o casamento da ofendida com o autor do crime sexual, por se considerar este causa de desonra para a vítima e a união em matrimônio uma forma de se reparar o mal causado pelo delito, mediante a restauração do conceito que usufruía ela no meio social. A anterior denominação também “transmitia a impressão de que se preocupava impor às pessoas um padrão mediano no que concerne sua atividade sexual”, ainda que esse comportamento tido com desviante não fosse ilícito. Exemplo de que não se tratava de mera impressão era a exclusão da proteção penal da mulher que não fosse considerada “honestas”, segundo os padrões morais vigentes, nos crimes de posse

sexual mediante fraude, atentado violento ao pudor mediante fraude e rapto violento ou mediante fraude, antes previstos nos arts. 215, 216 e 219.

No entanto, Cesar Roberto Bittencourt (2015, p. 978) entende que o legislador de 1940 já reconhecia que o título “Dos crimes contra os costumes” era impróprio, pois não correspondia aos bens jurídicos que pretendia tutelar, violando o princípio de que as rubricas devem expressar e identificar os bens jurídicos protegidos em seus diferentes preceitos.

2 – O SURGIMENTO DA CIFRA ESTUPRO DE VULNERÁVEL COM O ADVENTO DA LEI 12.015/2009

2.1 – CONCEITO

Conforme se extrai do dicionário Aurélio *online*, a palavra vulnerável significa “é o lado fraco de uma questão ou ponto por onde alguém pode ser ferido ou atacado” (DICIONÁRIO DO AURÉLIO, 2017). Apesar da temática jurídica em questão, tem-se a transparência dessa vulnerabilidade quando da incapacidade, inconsciência, circunstâncias e motivos especiais que não possa manifestar sua vontade para a prática do ato.

Com o nascimento da Lei nº. 12.015/09, o Código Penal Brasileiro recebeu uma nova roupagem, inovando, quanto aos delitos sexuais contra vulnerável, vejamos:

Estupro de vulnerável

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

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

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

§ 2º (vetado)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 2009). (Grifo nosso).

Analisando friamente o dispositivo acima transcrito, o comportamento incriminador é simplesmente ter a conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. Basta, apenas, que a vítima seja menor de 14 anos, mesmo que a relação seja consentida, logo, há presunção de que tal consentimento de uma pessoa nestas condições é completamente inválido.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não há neste caso (menor de 14 anos) possibilidade de prova em sentido contrário, tendo em vista que esta presunção é absoluta, assim, o infrator não pode alegar que a vítima “já tinha discernimento”, ou que “já praticava relações sexuais com outras pessoas” (AgRg no Resp 1353398/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe. 09/06/2014).

Antes do surgimento da Lei nº. 12.015/2009, não tinha um tipo penal específico para estes casos, sendo, portanto, aplicado o artigo 213 (estupro) ou 214 (atentado violento ao pudor), dependendo do caso, cumulando com o artigo 224 (revogado) do Código Penal que estabelecia, nesta hipótese, o que se chamava de presunção de violência.

Vale salientar que no estupro com violência real ou grave ameaça, a adequação típica era direta, permitindo a imputação ao agente do crime definido no artigo 213 do Código Penal. No estupro com violência presumida, a adequação típica era indireta, dependendo do socorro de norma de extensão da tipicidade, conforme explicitado no parágrafo anterior, *in fine*.

Hodiernamente a situação é outra. Existem dois delitos com *nomem iuris* diferentes, um para o artigo 213 “estupro” e outro para o artigo 217-A “estupro de vulnerável”, em que sua adequação típica será observada dependendo do perfil subjetivo da vítima. Se o ofendido é pessoa vulnerável, aplica-se o artigo 217-A, e nas demais hipóteses incide para o agente delituoso o artigo 213, ambos do Código Penal. Além disso,

[...] o estupro de vulnerável é um crime mais gravoso, justificando-se a maior reprovabilidade na covardia do agente, na fragilidade da vítima e na amplitude dos efeitos negativos causados à pessoa de pouca idade, portadora de enfermidade ou deficiente mental ou sem possibilidade de resistir ao ato sexual (STJ – HC 131.987/RJ, rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 19.11.2009).

O delito em estudo abarca também a ação comissiva prevista no § 1º, em que se pune o agente delituoso, com a mesma sanção penal, as condutas descritas no *caput* quando praticadas (MASSON, 2015, p.58). Todavia, neste trabalho, abordamos com maior ênfase o estudo sobre a relativização da ação penal prevista no parágrafo único do artigo 225 do CP, relacionado ao estupro de vulnerável, artigo 217-A, § 1º do CP, especificamente nos casos em que a vítima não puder oferecer resistência, por qualquer outra causa.

2.2 - OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE TUTELADO

Insculpido na Parte Especial do Código Penal em seu Título VI – Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual – a criminalização da conduta do estupro de vulnerável “visa tutelar a dignidade sexual dos vulneráveis, com a finalidade de proteger a

integridade e a privacidade de tais pessoas no âmbito sexual” (MASSON, 2015, p. 60). Aqui, repousa escudar a dignidade e o desenvolvimento sexual da pessoa vulnerável. Apesar de não constar no capítulo dos delitos contra a liberdade sexual, a doutrina majoritária afirma que se protege também a liberdade sexual das pessoas que justamente não possuem capacidade de discernimento para consentir validamente sobre o ato sexual.

No entanto, entende-se que seus objetos materiais do crime são: as pessoas menores de 14 anos (art. 217-A, caput, do CP) e a enferma ou doente mental que não tenha o necessário discernimento para o ato sexual ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência (art. 217-A, § 1º, do CP). Já Masson (2015), em seu raciocínio sobre o objeto material do crime de estupro de vulnerável, parafraseando-o, entende que são as pessoas vulneráveis sobre a qual recai a conduta criminosa.

2.3 - ELEMENTOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO TIPO

Nos ensinamentos de Masson (2015, p. 61), o tipo penal contempla duas condutas distintas, quais sejam:

- 1) Ter conjunção carnal com menor de 14 (quatorze) anos, onde são elementos objetivos do tipo: **Ter** (é realizar ou efetuar) **conjunção carnal** (consiste na introdução total ou parcial do pênis na vagina); 2) Praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos; onde **praticar** (manter ou desempenhar) **ato libidinoso** (revestido de conotação sexual). (Grifos do autor)

Damásio de Jesus (2013, p. 163) conceitua que “conjunção carnal constitui o ingresso do órgão sexual masculino na cavidade vaginal”. Continua, ainda, o doutor doutrinador que “é irrelevante verificar se a introdução foi total ou parcial, até porque a lei inclui na disposição a prática de outros atos libidinosos como suficientes para caracterização da conduta penalmente relevante”.

Ajudando a compreender os elementos objetivos da norma debatida, Paulo Queiroz (2015, p. 577) nos lembra de que:

O Código tem por vulneráveis e, portanto, passíveis de delito de estupro independentemente do uso de violência ou grave ameaça, os indivíduos que se encontram numa das seguintes hipóteses: a) menor de 14 (quatorze) anos; b) quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; c) ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. São casos em que o legislador, valendo-se de um critério de política criminal, declara tais indivíduos

incapazes de consentirem validamente, negando-se-lhes o direito de decidirem por conta própria sobre a sua própria autodeterminação sexual.

Segundo Greco (2017, p. 1194), é o dolo o elemento subjetivo necessário ao reconhecimento do delito de estupro de vulnerável, devendo abranger as características exigidas pela descrição típica do art. 217-A do Código Penal; vale dizer, deverá o agente ter ciência de que a vítima é menor de 14 anos, ou, que esteja acometida de enfermidade ou deficiência mental, fazendo com que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por outra causa, não possa oferecer resistência.

Em análise do caso concreto, em que for constatado o erro de tipo, verificando-se que o autor do fato não tinha conhecimento de nenhuma situação em questão quanto as condições da vítima, é medida que se impõe o afastamento do dolo, tornando o fato, conseqüentemente, atípico.

Entretanto, quando a ação delituosa for prejudicial a pessoa com problemas mentais, não se faz necessário que o agente criminoso tenha conhecimentos técnicos e/ou apurados acerca da doença mental da vítima, sendo possível que ele possa perceber a impossibilidade de discernimento da vítima.

O legislador ordinário achou por bem não trazer um dispositivo legal admitindo a modalidade culposa. Diante de tal ausência não se admite a modalidade culposa.

2.4 - SUJEITO ATIVO

Com a nova roupagem introduzida pela Lei nº. 12.015/09, o estupro de vulnerável ganha outros ares, deixando de ser responsabilizado único e exclusivamente o homem, para agora ser responsabilizado tanto o homem quanto a mulher (crime comum). Além disso, o crime pode ser praticado por um único agente (autor) ou em concurso com outros agentes (coautoria e participação), sendo também possível a autoria mediata.

Rogério Sanches Cunha (2015, p. 437) aduz que antes da Lei nº. 12.015/2009, a doutrina lecionava que o delito de estupro era bipróprio, exigindo condição especial dos dois sujeitos, ativo (homem) e passivo (mulher). No entanto, com a reforma, conclui-se que o delito é bicomum, em que qualquer pessoa pode praticar ou sofrer as conseqüências da infração penal.

Segundo Gonçalves (2014, p. 547), é o homem que obriga a mulher deixar que ele penetre seu pênis em sua vagina. E a mulher que força o homem a penetrá-la. O homem que força outro homem ou uma mulher a nele realizar sexo oral. Da mesma forma, a mulher que força outra mulher ou um homem a nela fazer sexo oral.

2.5 - SUJEITO PASSIVO

A tipologia trazida pelo o art. 217-A tem como sujeito passivo, segundo Greco (2017, p. 1193), "a pessoa menor de 14 (quatorze) anos, ou acometida de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o discernimento necessário para a pratica do ato, ou que por outra causa, não possa oferecer resistência".

Nesse interim, uma questão bastante polêmica surgiu com o advento da Lei 12.015/2009, que foi o enquadramento típico quando a vítima for estuprada no dia do seu aniversário de 14 anos. Isso porque, conforme o art. 213, § 1º, CP, o delito de estupro será qualificado se a vítima for menor de 18 ou menor de 14 anos.

De antemão, o art. 217-A do CP, preleciona que será estupro de vulnerável o fato de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Fazendo uma interpretação literal do texto incriminador, se a vítima fosse estuprada no dia do seu 14º aniversário seria estupro simples.

Assim, a melhor interpretação, para se evitar injustiças por falha do legislador, é afastar a hipótese de estupro simples, pois, no dia seguinte ao seu 14º aniversário já seria estupro qualificado, sendo um crime mais grave, gerando um contrassenso.

Portanto, deve-se considerar como sendo estupro qualificado ou estupro de vulnerável. Como se trata de analogia, a melhor opção seria a primeira cuja pena é menor e mais benéfica ao réu.

Por fim, quanto ao sujeito passivo, deve-se observar também a parte *in fine* do paragrafo primeiro do tipo em análise, quando por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, tirando da vítima a vontade do consentimento na prática do ato sexual.

2.6 – CONSOMAÇÃO E TENTATIVA DOS CRIMES CONTRA VULNERÁVEL CAPUT (217-A) E EQUIPARADO (§ 1º)

Considerando a parte inicial, disposta no *caput* do art. 217-A do Código Penal, consoma-se a infração penal de estupro de vulnerável com a real conjunção carnal,

independentemente, se a penetração foi total ou parcial, não havendo a necessidade de ejaculação.

No que concerne ao previsto no caput do art. 217-A do estatuto repressivo, segunda parte, está consumado o delito em análise no momento em que o agente praticar qualquer outro ato libidinoso com a vítima.

Imperioso enfatizar que, de qualquer forma, a vítima deve se adequar às características previstas tanto pelo *caput*, como pelo § 1º do art. 217-A do Código Penal, independentemente, se tenha ou não consentido para o ato sexual.

Como se está falando de um crime que se divide em vários atos, é perfeitamente possível a tentativa. Sobre o caso, apresenta-se dois precedentes do STJ:

É pacífica a compreensão de que o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima. Precedentes (STJ, REsp 1.273.776/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 21/06/2016).

A consumação do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Precedentes. No caso, o recorrido segurou o pênis da criança, após lhe retirar os shorts, tirou suas próprias calças, colocou a mão do menor sobre o seu pênis e, pedindo que a criança fizesse o mesmo, movimentou sua própria mão sobre o órgão genital da vítima, de 10 anos de idade à época dos fatos, o que, de per si, configura ato libidinoso para a consumação do delito de estupro de vulnerável. Entendeu a Corte de origem que o delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade de agente, visto que a genitora da vítima chegou ao local durante a prática dos atos libidinosos. Não cabe a desclassificação do delito para sua forma tentada, por ser contrário à norma legal, pois os atos já praticados configuram a prática do delito em sua forma consumada (STJ, REsp. 1432394/GO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ªT., DJe 20/6/2014).

3 - AS AÇÕES PENAIS DO CRIME DE ESTUPRO SIMPLES E A DO ESTUPRO DE VULNERÁVEIS

Em similitude com o que se sabe, ação penal é um direito público subjetivo abstrato onde o Estado-Administração vem pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto.

Em conformidade com a nova leitura do art. 225 do CP, trazida pela Lei nº. 12.015, de 07 de agosto de 2009, nos afirma com segurança que a intervenção penal, para os delitos indicados nos Capítulos I (Dos Crimes contra a Liberdade Sexual) e II (Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável), do Título VI (Dos Crimes contra a Dignidade Sexual) do Código Penal, será de iniciativa pública condicionada à representação. Todavia, diz em seu parágrafo único que se procede por intermédio de ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Ao contrário do que ocorria antes é que não mais existe a previsão de início da persecução criminal no judiciário através da ação penal de iniciativa privada propriamente dita, pois, que os novos dispositivos penais apontam, exclusivamente, para as ações penais de iniciativa pública, sejam elas condicionadas à representação ou incondicionadas. Mesmo assim, ainda será possível a propositura da ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública na questão de inércia do Ministério Público.

Devemos apontar um erro evidente na produção escrita do *caput* do art. 225 do Código Penal, desde o início, no que diz respeito à seleção das ações penais feitas pelo legislador, no Capítulo II do Título VI do CP, que cuida dos crimes sexuais contra vulnerável. No que diz respeito ao fato de mencionar o Capítulo II do Título VI do Código Penal que cuida, especificamente, dos crimes sexuais contra vulnerável, falando que a ação penal poderá ser de iniciativa pública condicionada à representação quando ato contínuo, o seu parágrafo único afirma que se procede através de ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

A despeito de STJ, vejamos:

Dispõe o art. 225 do Código Penal, com redação anterior à Lei nº 12.015/2009, esta Corte já decidiu que “[...] O Ministério Público é parte legítima para propor a Ação Penal instaurada para verificar a prática de atentado violento ao pudor contra criança, independentemente da condição

financeira da mesma.[...] (HC 148.136/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 21/03/2011). Isso porque a proteção integral à criança e ao adolescente, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado (art. 227, caput, c/c o § 4º, da Constituição da República) e de instrumentos internacionais (STJ, RHC 23.656/SE, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 20/09/2016).

Desse modo, a regra nas ações penais, será de iniciativa pública condicionada à representação quando tratarem sobre o capítulo I, - dos crimes contra a liberdade sexual -, que abarca os crimes de estupro, art. 213; violação sexual mediante fraude, art. 215; e assédio sexual, art. 216-A.

No tocante ao capítulo II, “Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável”, cuja previsão estão os delitos de estupro de vulnerável, art. 217-A; corrupção de menores, art. 218; satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente, art. 218-A; e favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, art. 218-B, a ação será, sempre, de iniciativa pública incondicionada.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento quanto à representação nos crimes do capítulo I, vejamos:

A representação de que trata o art. 225 do Código Penal não exige nenhum rigor formal, bastando a demonstração inequívoca do interesse da vítima ou do representante legal em iniciar a persecução criminal (STJ, HC 240678/SP, Relª Minª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 14/4/2014).

Greco entende que apesar da nova redação legal trazer a necessidade da representação nos crimes do capítulo I, é ainda aplicável a Súmula nº. 608 do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao delito de estupro, conforme verbete: Súmula nº 608: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada” (BRASIL, 2017).

Nesse entendimento do STJ, a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, praticados com violência real, continua sendo pública incondicionada, permanecendo hígida a orientação constante do verbete nº. 608 da Súmula da Suprema Corte, mesmo após o advento da Lei nº. 12.015/2009 (STJ, RHC 40719/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 26/3/2014, RJP vol. 57 p. 173) (grifo nosso).

Dessa forma, como se observa no entendimento sumular do Pretório Excelsior, toda vez que o delito de estupro for cometido com o emprego de violência

real, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada, fazendo, assim, letra morta parte das disposições contidas no *caput* do art. 225 do Código Penal, somente se exigindo a representação do(a) ofendido(a) nas hipóteses em que tenha sido praticado com o emprego de grave ameaça.

Damásio de Jesus (2013) afirma que nas situações de crimes sexuais, dos quais resultem lesões corporais de natureza grave ou morte, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada, aplicando-se a Súmula nº. 608 do STF.

Em sentido antagônico, Guilherme de Souza Nucci (2014, p.75), entende pelo afastamento da Súmula nº. 608, asseverando:

Elimina-se a Súmula nº 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação. Lembremos ser tal Súmula fruto de Política Criminal, com o objetivo de proteger a mulher estuprada, com receio de alertar os órgãos de segurança, em especial, para não sofrer preconceito e ser vítima de gracejos inadequados. Chegou-se, inclusive, a criar a Delegacia da Mulher, para receber tais tipos de ocorrência. Não há razão técnica para a subsistência do preceito sumular, em particular pelo advento da reforma trazida pela Lei nº 12.015/2009.

Com todo o respeito ao ilustre mestre Nucci (2014), não compactuamos com tal entendimento em que haja qualquer incompatibilidade entre as novas disposições legais e a Súmula nº. 608 do STF.

4 - O NOVEL ENTENDIMENTO DA 6ª TURMA DO STJ A DESPEITO DA VULNERABILIDADE FUGAZ

Tudo que fora exposto foi de expressiva relevância na linha de desenvolvimento deste estudo para chegarmos até a temática proposta por essa monografia.

Partindo dessa linha de raciocínio, se faz imperioso trazer à baila o fato gerador de nosso estudo, fundamentado no parágrafo único do art. 225, *in fine*, do Código Penal Brasileiro, extraído do informativo nº 553, que é a decisão histórica da 6ª Turma do STJ, Vejamos:

[...] De fato, segundo o art. 225 do Código Penal, o crime de estupro", em qualquer de suas formas, é, regra, de ação penal pública condicionada à representação, sendo, apenas em duas hipóteses de ação penal pública incondicionada, quais sejam, vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável. A própria doutrina reconhece a existência de certa confusão na previsão contida no art. 225, caput e parágrafo único, do Código Penal, o qual, ao mesmo tempo em que prevê ser a ação penal pública condicionada à representação a regra tanto para os crimes contra a liberdade sexual quanto para os crimes sexuais contra vulnerável, parece dispor que a ação penal do crime de estupro de vulnerável é sempre incondicionada. A interpretação que deve ser dada ao referido dispositivo legal é a de que, em relação à vítima possuidora de incapacidade permanente de oferecer resistência à prática dos atos libidinosos, a ação penal seria sempre 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 iudicii*. Com este entendimento, afasta-se a interpretação no sentido de que qualquer crime de estupro de vulnerável seria de ação penal pública incondicionada, preservando-se o sentido da redação do caput do art. 225 do Código Penal. No caso em exame, observa-se que, embora a suposta vítima tenha sido considerada incapaz de oferecer resistência na ocasião da prática dos atos libidinosos, esta não é considerada pessoa vulnerável, a ponto de ensejar a modificação da ação penal. Ou seja, a vulnerabilidade pôde ser configurada apenas na ocasião da ocorrência do crime. Assim, 'a ação penal para o processamento do crime é pública condicionada à representação' (STJ. 6ª Turma. HC 276.510-RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 11/11/2014, Info 553).

Como aduz o texto normativo incriminador, colacionado no art. 225 do Código repressor, tendo como regra a ação penal, reclama a representação do ofendido, ressalvadas, duas hipóteses elencadas no parágrafo único, das quais, vítima menor de 18 anos e vítima pessoa vulnerável, cujas consequências para iniciar a ação penal, em ambos os casos, independem de representação.

Assim, segundo se depreende da decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, aguçando ainda mais o debate doutrinário acerca da questão sobre a vulnerabilidade relativa ou absoluta, que a vulnerabilidade da vítima, mesma apontada impossibilitada de mostrar resistência na prática do ato sexual não consentido, não é considerada pessoa vulnerável ao ponto de transmudar a ação penal.

A vulnerabilidade estampada no tipo penal do art. 217-A, § 1º do CP, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, conforme decisão alhures se dá somente no momento da ocorrência do delito, ou seja, vulnerabilidade momentânea ou fugaz, caso a vítima não represente o autor do fato no prazo previsto para o delito de ação penal pública condicionada à representação, que são de 06 (seis) meses, a contar do conhecimento da autoria, ocorrerá à decadência, incidindo como consequência, lógica, em uma causa de extinção da punibilidade prevista no art. 107, IV, do Código Penal.

O mestre Gonçalves (2017, p. 601) relata que a doutrina majoritária coaduna que a ação penal é pública incondicionada em qualquer hipótese, avaliando sempre que o enquadramento seja no crime de estupro de vulnerável.

Diante desse contexto fático uma pergunta se faz pertinente. Qual a interpretação mais favorável para a vítima?

Segundo o renomado autor penalista Bittencourt (2015, p. 1040), há interesses bilaterais de cunho vantajoso para ambas às partes, caso seja reconhecida a ação penal pública condicionada à representação ao caso em análise:

Deve-se reconhecer, de plano, que a norma constante do *caput* do art. 225 – que define ação penal como pública condicionada – é duplamente mais vantajosa, ou seja, tanto para a vítima quanto para o infrator: reconhece à vítima a preponderância de seu interesse comparado ao interesse estatal; relativamente ao infrator, a *persecutio criminis* depende da iniciativa do ofendido, não havendo a obrigatoriedade da ação penal (enquanto não ofertada à denúncia). Por outro lado, a norma constante do parágrafo único – que impõe a ação pública incondicionada – agrava a situação de ambos – ofendido e infrator -, trazendo consigo a indisponibilidade da ação penal, e ignora a preponderância do direito do ofendido, colocando-o em segundo plano, como simples sujeito passivo mediato (desrespeitada o seu direito ao exercício à liberdade sexual), além de piorar a condição do agente.

Infere-se do texto do ilustríssimo doutrinador que, a ação penal pública condicionada à representação é mais benéfica para vítima e autor, nos casos de

estupro de vulnerável, listados no parágrafo único, quais sejam as pessoas menores de 18 e as consideradas vulneráveis.

Entende a doutrina minoritária que a referida espécie de ação penal inspira-se em imperativos de foro íntimo e na colisão de interesses coletivos com interesses individuais, podendo o ofendido, se preferir, afastá-los do *strepitus fori*, evitando a publicidade escandalosa que a divulgação processual provocaria; por isso mesmo, nesses casos, o Estado permite a subordinação do interesse público ao particular.

Sobre os interesses que envolvem crimes sexuais Gomes (2009) afirma que “Nos crimes sexuais não existem interesses relevantes apenas do Estado. Antes, e, sobretudo, também marcantes são os interesses privados (o interesse de recato, de preservação da privacidade e da intimidade etc.)”.

Assegurar a iniciativa da vítima para a *persecutio criminis*, nos crimes sexuais, visa evitar novo e penoso sofrimento dela, que, pela inexpressiva ofensa, desproporcional gravidade entre a lesão e a sanção estatal correspondente, ou pela especialíssima natureza do delito (que é o caso), lesando valores íntimos, prefere amargar a sua dor silenciosamente. Essa decisão é exclusiva da vítima.

Pretende-se, assim, evitar a divulgação e a repercussão social, que podem causar ao ofendido ou a seus familiares dano maior do que a impunidade, gerando a conhecida vitimização secundária, geralmente, ignorada não somente pelas autoridades repressoras, como também pelo próprio legislador.

Aduz ainda os doutrinadores contrários ao nosso entendimento que, quando da retirada do exercício da ação penal privada pelas vítimas de estupro, o legislador deu um tiro no próprio pé, razão que em virtude da publicitação da ação penal levará as sofridas vítimas dos crimes sexuais a ficarem mais reticentes, mais temerosas e desencorajadas a denunciar seus possíveis agressores, por não disporem, privatisticamente, do exercício da ação penal.

Relata ainda que nos crimes sexuais, quando há desinteresse da vítima, a instrução probatória resulta visivelmente prejudicada, por isso, é recomendável que se procure conciliar os interesses privados com o interesse público, facilitando o resultado positivo da prestação jurisdicional.

Data máxima vênia, não compartilhamos com esses entendimentos supracitados, tendo em vista ser o estupro de vulnerável, parágrafo único, *in fine*, praticado de forma a retirar da vítima a capacidade de se opor à conjunção carnal ou outro ato libidinoso, serem atos excessivamente reprováveis.

Como se sabe, o delito de estupro deixa sequelas na vítima para o resto de sua vida e o Estado como defensor dos direitos e da ordem não pode se quedar silente, aguardando o ofendido manifestar sua vontade através da representação, colocando como desculpas o *strepitus iudicii*. Hodiernamente, são latentes os casos de estupros de vulneráveis, na situação estudada, e tais pessoas não denunciam por vários motivos: medo do estuprador, impunidade, trauma, fuxicos, bem como o fato da imprensa para vender matéria, expondo a vítima.

Na verdade, estamos diante de um conjunto de fatores que fazem com que a vítima não denuncie e não, tão somente, pelo estresse de uma ação judicial como defendem alguns doutrinadores. Imputando, assim, a responsabilidade para a vítima, e caso ela não represente o agente (estuprador), ele fica impune, fazendo novas vítimas até que uma tenha coragem de denunciá-lo; isso é um despautério.

Por isso, deve sim, o Estado tomando conhecimento de um fato de estupro de vulnerável (qualquer que seja a espécie), por qualquer meio hábil, iniciar a persecução penal, mesmo em detrimento da vontade da vítima, porque o que está em jogo não é só a sua dignidade sexual, mas, a dignidade sexual de todo ser humano que se encontre em situação de vulnerável.

Logo, caso o Estado fique inerte, esperando a vítima se manifestar, e ela não se manifeste representando o agente delituoso, no lapso temporal de seis meses, teremos um criminoso potencial nas ruas estuprando mais uma vez, duas, três..., ela mesma novamente e sabe se lá quantas vítimas mais.

4.1 – O PERIGO DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS

Conforme defendemos nesta monografia, a ação penal nos crimes sexuais contra pessoas vulneráveis deve ser, sempre, pública incondicionada. Tal motivo se justifica pelo perigo que tal decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, possa causar no meio social e jurídico, podendo, assim, trazer de volta a prática da justiça pelas próprias mãos (autotutela), ou, entendimentos judiciais *contrario sensu*, no sentido de relativizar, também, a vulnerabilidade absoluta do menor de 14 anos, o que já começa a acontecer conforme demonstraremos na matéria retirada da internet intitulada “Namoro Precoce” – Consentimento da família afasta tipificação de estupro de vulnerável – por Jomar Martins (2017):

A 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que a idade não basta para a aplicação do dispositivo. Para o colegiado, também é preciso analisar o contexto dos fatos para se verificar a vulnerabilidade da menor. Por isso, manteve o trancamento de uma ação penal do Ministério Público contra um rapaz de 18 anos, seus pais e a mãe de sua namorada, uma menina de 12 anos. Nos dois graus de jurisdição, o entendimento predominante foi de que o convívio do rapaz com a menor na casa dele, com a ciência e conivência dos pais, está inserida em uma realidade social em que os jovens têm iniciação sexual mais precoce.

O caso retrata a vida em comunhão de um rapaz de 18 anos e uma garota de 12 anos, que tinham relações sexuais com o consentimento de seus pais. Diante disso, o *parquet* denunciou o rapaz (estupro de vulnerável), a mãe da garota e os pais do rapaz por estupro de vulnerável e omissão de dever legal de cuidado, proteção e vigilância.

Em seguida, a peça exordial acusatória fora rejeitada pelo magistrado *a quo*, usando como fundamentação para embasar sua decisão as palavras do mestre Nucci apud Martins (2017), vejam:

O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Creemos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais.

Em grau de recurso, os Desembargadores que compõem a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por unanimidade, acordaram em negar provimento ao apelo, mantendo a decisão recorrida por seus próprios fundamentos, conforme ementa:

APELAÇÃO. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NO CASO CONCRETO, NÃO RESTOU DEMONSTRADA A TIPICIDADE DO FATO DESCRITO NA EXORDIAL ACUSATÓRIA, DIANTE DA REALIDADE SOCIAL EM QUE VIVEM DENUNCIADOS E VÍTIMA. RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA (MARTINS, 2017).

Sobre a presunção da vulnerabilidade se faz mister trazer à baila o mestre Rogério Greco (2017, p. 1187) que traz em seu livro dois julgados do STJ:

Por força do julgamento do REsp repetitivo 1.480.881/PI, de minha relatoria, a Terceira Seção desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela **presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14**

anos (STJ, REsp 1.607.392/RO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 04/10/2016) (grifo nosso).

De acordo com entendimento majoritário da Terceira Seção, a presunção de violência no crime de estupro cometido contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea “a”, do Código Penal, é de **natureza absoluta**, de maneira que a **aquiescência da ofendida**, a **existência de relacionamento amoroso** entre o agente e a vítima ou **mesmo sua experiência com relação ao sexo não tem relevância jurídico-penal**. Ressalva do entendimento da Relatora (STJ, EDcl no REsp 1.515.962/PR, Rel.a Min.a Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 23/04/2015, grifos nosso).

Ainda relacionado ao tema alguns precedentes do STF, corroborando com a presunção absoluta do menor de 14 (quatorze) anos:

[...] “Por último, ainda que fosse possível ultrapassar esses óbices, destaco que a jurisprudência desta **Corte Suprema perfila o entendimento de ser absoluta a presunção de violência nos casos de crime de estupro praticados contra menor de catorze anos (estupro de vulnerável)**, independentemente da conduta ter sido praticada, antes ou depois, da vigência da Lei 12.015/2009. Cito precedentes: “HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. CONSENTIMENTO E EXPERIÊNCIA ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA. **PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO.** ORDEM DENEGADA. Para a configuração do estupro ou do atentado violento ao pudor com violência presumida (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009), **é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos** ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a **presunção de violência** a que se refere a redação anterior da alínea a do art. 224 do Código Penal **é de caráter absoluto**. Precedentes (HC 94.818, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 15.8.2008). Ordem denegada.” (HC 99.993/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 11.12.2009) “HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRETENSÃO À ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. **VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA.** CRIME COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORAÇÃO MÁXIMA DA PENA. COMPATIBILIDADE COM O NÚMERO DE CRIMES COMETIDOS. PRECEDENTES” [...] (STF - ARE: 923847 PR - PARANÁ 0001144-26.2008.8.16.0028, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/10/2015, Data de Publicação: DJe-212 23/10/2015, grifos nosso).

Percebam que, mesmo havendo decisões dos tribunais superiores a respeito de que a vulnerabilidade é absoluta em relação ao menor de 14 anos, a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) decidiu de modo contrário. É sabido que as decisões da Suprema Corte, aqui colacionadas, só tem o caráter de persuasão e não de vinculação as instâncias inferiores; além do mais, o magistrado pode decidir de acordo o seu livre convencimento, desde que o motive é claro.

Sendo assim, é por esse motivo que entendemos ser muito perigosa a

relativização da vulnerabilidade, seja em qualquer espécie: do menor de 14 anos, portador de enfermidade ou deficiência mental, ou por qualquer outra causa não consiga oferecer resistência.

Na decisão da 6ª Câmara do TJRS que, entendeu em relativizar a vulnerabilidade da jovem tinha 12 anos, uma indagação se faz necessária: não estaríamos diante de uma relativização generalizada, em que hoje foi uma criança de 12 anos e amanhã poderão ser crianças de 11 anos, 10 (dez) anos, e no futuro próximo, as nossas criancinhas de 5 (cinco) anos, que poderão decidir a respeito de sua liberdade sexual?

Mais uma vez ratificamos nosso entendimento em sentido contrário a relativização da vulnerabilidade. No fato indagado, caso não se dê um basta nesses entendimentos quanto à relativização da vulnerabilidade, estaremos jogando nossas crianças indefesas na cova dos leões pedófilos de plantão.

Como se sabe, atualmente, com o alcance global da internet, toda criança tem fácil acesso à informação que circula nas redes sociais. Nesse momento os aproveitadores (pedófilos) de plantão atuam sornateiramente, iludindo as suas vítimas.

Na temática trazida à discussão nesta monografia é importante mencionar que na segunda hipótese do § 1º do art. 217-A, qual seja portador de enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, não é aplicada sanção ao agente que, tão somente, tem relação sexual com a pessoa que está nesta situação, como ocorre no do art. 217-A, caput. Neste caso se caracteriza o delito se o autor do fato tiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa na condição acima grifada.

Aqui, é necessário, porém, apurar concretamente se a pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental tinha ou não discernimento para a prática do ato. Não obstante, em nada interferiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº. 13.146/2015) na caracterização do delito de estupro de vulnerável, tendo em vista que a presunção de violência foi expurgada do ordenamento jurídico pátrio, e agora se faz imprescindível analisar no caso concreto se realmente há falta de discernimento. Guilherme de Souza Nucci (2014) afirma que a vulnerabilidade do portador de enfermidade ou deficiência mental, que em razão da patologia não tem o necessário discernimento para a prática do ato, deve ser lida no sentido de que o crime só ocorrerá se a patologia que acomete a vítima lhe retirar o discernimento

para a relação sexual, no sentido de incapacidade biopsíquica para entender o ato sexual e de se autorregar com base nesse entendimento.

Parafraseando as palavras de Nucci (2014), só ocorrerá crime caso seja provada a não maturidade na vida psicológica e ética, que interfere sem vícios, a livre determinação no contexto das atividades sexuais.

E não é só isso, o delito somente estará configurado quando o autor do crime conhecer a situação da vítima, bem como se aproveitar dessa situação (MASSON, 2015, p. 55). Portanto, não seria justo tirar daquele que tenha uma enfermidade ou deficiência mental, o poder e liberdade de amar, ser amado e ter uma vida sexual digna, igualmente a qualquer ser humano.

Na última hipótese do art. 217-A, § 1º, em que a vítima por qualquer outra causa não consiga oferecer resistência, citamos como exemplos a pessoa que é embriagada, embora não tenha nenhuma deficiência mental, é submetida à prática do ato sexual sem que possa oferecer nenhuma resistência; ou a pessoa que é induzida mediante a ingestão de entorpecentes por uma pessoa que tenha o propósito de com ela ter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso sem o seu consentimento. Apesar desta última hipótese do art. 217-A, § 1º, a gravidade da conduta do criminoso é tão relevante quanto à descrita no caput. Aqui, a vítima nem consegue manifestar sua vontade, tendo em vista estar desacordada, sem lucidez, um mero zumbi (morto-vivo), sendo de pronto abusada e violada em sua liberdade sexual.

Foi devido a forma repugnante e a elevada gravidade desses crimes que o legislador ordinário trouxe no art. 225, parágrafo único, uma ação penal que não dependesse de manifestação da vítima para iniciar a *persecutio criminis*. No caso, o Estado como responsável por proteger os bens jurídicos tutelados pela norma penal não podia ficar silente, sendo criada através da Lei nº. 12.015/2009, a regra supracitada, protegendo e inibindo que os autores cometam este tipo criminal.

Portanto, entendemos que não pode o exegeta ter entendimento contrário à proteção das vítimas de estupro de vulnerável e favorável aos criminosos estupradores, como foi o caso da decisão da 6ª Turma do STJ, aumentando o espectro de liberdade do autor e diminuindo a possibilidade do Estado punir (*jus puniend*) esse infrator.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho de conclusão de curso viabilizou um exame pormenorizado a despeito do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, § 1º do Código Penal Brasileiro, e a transmutação da ação penal disciplinada no paragrafo único do artigo 225 na ótica do novel entendimento da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Na generalidade dos casos, doutrina e jurisprudência possuem entendimentos de forma contrária à decisão da 6ª Turma do STJ. Argumentam, no entanto, que os crimes de estupro de vulnerável são sempre de ação penal pública incondicionada, motivo pelo qual o legislador ordinário quis proteger a pessoa vulnerável. Assim, não deixando margem para o exegeta pensar contrário senso.

Ao fazer uma busca na jurisprudência dos nossos tribunais superiores, verificou-se que a decisão da 6ª Turma é isolada, mas mesmo assim, já teve influência jurídica relevante, quando da relativização do estupro de vulnerável contra menor de 14 anos pelo TJRS. Sendo assim, ousamos dizer que os objetivos propostos foram alcançados.

Dada a relevância do assunto, necessário se faz o desenvolvimento da uniformização das decisões judiciais, não no sentido de beneficiar pessoas apadrinhadas, mas, em usar a força da justiça para interpretação que não cause um retrocesso na proteção ao bem jurídico tutelado pelo direito, como foi o caso da decisão da 6ª Turma do STJ.

Nesse sentido, a uniformização das decisões judiciais permite aos operadores do direito observar de forma lógica, rápida e eficiente a aplicação do direito ao caso concreto. Além disso, diminuem de maneira bem acentuada os vários entendimentos divergentes a despeito de um mesmo contexto fático.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 798; 1040.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art2>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. Súmula 608. In: Supremo Tribunal Federal. Aplicação das Súmulas no STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2191>>. Acesso em 02 out. 2017.

CANELA, Kelly Cristina. **O estupro no direito romano**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012, p. 34.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Parte Especial (2015) - Volume único - 7ª ed.: Rev. amp. e atualizada. Editora, Juspodivm, 2015, p. 437.

DAMÁSIO DE JESUS. **Direito Penal**. 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 163.

Vulnerável, In: **Dicionário do Aurélio**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/vulneravel>>. Acesso em: 02 out. 2017.

GILABERTE, Bruno. **Direito penal: crimes contra a dignidade sexual**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014, p. 3-5.

GOMES, Luiz Flávio. **Estupro com Lesão Corporal Grave ou Morte: A Ação Penal é Pública Condicionada**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>- 28 setembro de 2009. Acesso em: 02 out. 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial/ Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza**. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 601.

_____. **Direito penal esquematizado®: parte especial/ Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 547.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 1187; 1193-1194.

MARTINS, Jomar. Consentimento da família afasta tipificação de estupro de vulnerável. **Revista Consultor Jurídico**, 6 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-06/consentimento-familia-afasta-tipificacao-estupro-vulneravel>>. Acesso em: 02. out. 2017.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático**. Parte Especial. Vol. 3. 5ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2015, p. 55; 58;60-61.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. Parte especial, arts. 121 a 234-B, 28ª Edição, revista atualizada, 2011, p. 383.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014, p.75.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V.2, parte especial, arts. 121 a 261, 2ª edição, revista, atualizada, ampliada e complementada. Editora revista dos tribunais, 2007, p. 460.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Vol. 3: parte especial, 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 192-93.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**, parte especial: 2ª ed. ampl. e atual; Editora Juspodivm, 2015, p. 577.