

LUANA CAVALCANTE VILASBOAS¹

¹Graduada em Direito pela UNIFACS- Salvador/Bahia. Oficial de Registro Civil do Estado da Bahia.

*E-mail: luanacvb@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo trata da análise do fato típico do estupro de vulnerável. Perpassa pelo exame detido do tipo trazido no artigo 217-A do Código Penal, à luz do ordenamento jurídico pátrio que confere especial proteção à criança e ao adolescente, em especial a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do adolescente. Serão trazidos os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema em questão. Neste íterim, o erro de tipo será estudado de modo a verificar se utilizando-o quanto à idade da vítima torna-se possível a exclusão do dolo e, portanto, do próprio crime. Também será verificado, a partir de estudos normativos, jurisprudenciais e doutrinários, a questão da vulnerabilidade da vítima. Seria a vulnerabilidade trazida no art. 217- A absoluta, *juris et de jure*, de modo a não permitir quaisquer relativizações ou seria relativa, admitindo-se a análise de outras questões que excluiriam o crime de estupro de vulnerável? Todos esses aspectos serão analisados minuciosamente no presente artigo, sem é claro, pretender esgotar o tema.

Palavras chave: Estupro, Vulnerabilidade, Presunção.

A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA E A PRESUNÇÃO DA VIOLÊNCIA NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL**1. INTRODUÇÃO**

O art. 217-A do Código Penal, que tipifica o estupro de vulnerável, traz uma presunção absoluta de violência, pois o objetivo da norma é proteger a integridade sexual da criança e do adolescente.

Podemos afirmar que o grande fundamento desta norma é a própria Constituição Federal. De fato, em seu artigo 227 a Carta Magna ao dispor sobre o dever estatal de

assegurar á criança e ao adolescente o respeito a sua dignidade – incluindo-se aqui a dignidade sexual - não estabeleceu quaisquer ressalvas ou concessões.

Assim, independentemente dos elementares da violência ou da grave ameaça, sempre que o agente praticar qualquer das condutas descritas no tipo do citado artigo 217-A do CP, com vítima menor de 14 anos, haverá a presunção absoluta de violência pelo simples critério etário. Importante ressaltar que o consentimento do ofendido não importa para a caracterização do delito em estudo.

Ao se admitir que a presunção da violência é absoluta (*juris et de jure*), não há qualquer possibilidade de flexibilização ou de prova contrária. Dessa forma, cumpre destacar que no crime de estupro de vulnerável apenas o erro de tipo é capaz de afastar a incidência da presunção absoluta.

E neste ponto devemos salientar que o Erro de tipo se refere apenas à idade da vítima e não sobre a sua vulnerabilidade. Em que pese haja doutrina em sentido contrário e até mesmo decisões de Tribunais pátrios, conforme demonstraremos, o presente artigo volta-se para salientar a impossibilidade de se relativizar a presunção absoluta de vulnerabilidade da vítima de estupro menor de 14 anos.

2. ANÁLISE DO TIPO LEGAL DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Com a nova redação dada pela Lei nº12.015/09 o Título VI do Código Penal passou a prever entre os seus artigos 213 a 234 os denominados crimes contra a dignidade sexual. Tais delitos têm como objeto jurídico a proteção da liberdade sexual, integridade física, vida e honra das pessoas.

O delito de estupro de vulnerável, especificamente, encontra-se tipificado no art. 217-A do Código Penal, com a seguinte redação:

*“Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)”*

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)."

Da leitura do presente artigo, trazida com o advento da Lei nº 12.015/2009, percebe-se que o sistema de presunção de violência foi abandonado, cedendo espaço à objetividade fática. Assim, com a nova redação, fica claro que mesmo diante do consentimento da vítima ou outras situações, como as de promiscuidade (ex. prostituição) haverá crime.

De fato, a configuração do tipo 'estupro de vulnerável' prescinde da violência, seja ela de fato ou presumida, bastando que o agente mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de catorze anos, conforme se observa claramente da citada redação do art. 217-A do CP.

3. O ERRO DE TIPO APLICÁVEL AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Erro é a falsa representação da realidade ou o equivocado conhecimento de um objeto.

O erro de tipo atinge o elemento constitutivo do tipo legal de um crime e está previsto no art. 20, caput, 1ª parte do Código Penal, abaixo transcrito:

"Art. 20 O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)."

Sobre o erro de tipo bem explica o doutrinador Damásio de Jesus:

"(...) um conceito amplo de erro de tipo é o que incide sobre as elementares ou circunstâncias da figura típica, sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora. Um exemplo disso é um sujeito que dispara um projétil contra uma pessoa imaginando que fosse um animal vindo a matar essa, ocorrendo a falta de percepção da realidade." (JESUS, 2003)

Haverá a incidência do Erro sobre elementos do tipo penal sempre que o agente delituoso desconhecer, equivocar-se ou enganar-se acerca de um dos componentes da descrição legal do crime.

Segundo dispõe o doutrinador Victor Eduardo Rios Gonçalves sobre o Erro de tipo no crime de estupro de vulnerável:

“No crime de estupro de vulnerável apenas o erro de tipo (que não se confunde com presunção relativa) é que pode afastar o delito, quando o agente provar que, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, pensava que a moça, que concordou em ter com ele relação sexual, já tinha 14 anos ou mais, por ter ela, por exemplo, mentido a idade e ter desenvolvimento corporal precoce” (GONÇALVES,2011)

Assim, somente no caso de erro referente à idade da vítima, isto é, quando o sujeito julga tratar-se de pessoa maior e de forma consentida pratica o ato sexual, podemos falar em afastamento do delito em foco.

Na jurisprudência pátria o entendimento também é no sentido da exclusão do dolo somente quando há erro de tipo sobre a idade da vítima, vejamos:

*“RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ERRO DE TIPO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ACÓRDÃO MANTIDO. **Exclui-se o dolo por erro escusável acerca da elementar do crime de estupro de vulnerável, se o substrato probatório judicializado evidencia que o acusado desconhecia a idade da vítima, impondo-se a manutenção do pronunciamento colegiado combatido, pelos seus próprios fundamentos. DECISÃO MANTIDA.***

(TJ-GO - APR: 04237942120118090180, Relator: DR(A). FABIO CRISTOVAO DE CAMPOS FARIA, Data de Julgamento: 06/06/2019, 1A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2798 de 01/08/2019).”

*“APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - MENOR DE 14 ANOS - ERRO DE TIPO - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. **“Se o autor pratica relações sexuais incorrendo em erro sobre a idade da vítima, circunstância esta elementar do delito de estupro de vulnerável exclui-se o dolo de sua conduta e, conseqüentemente, a própria tipicidade, na medida em que não há previsão de modalidade culposa para referido crime”.** Precedentes da jurisprudência. O advogado que atuar em processo penal como*

defensor dativo de pessoas necessitadas faz jus aos honorários em Segunda Instância pela prestação de serviços ao Estado, pois é dever deste prestar assistência judiciária aos necessitados. (TJ-MG - APR: 10392130013320001 MG, Relator: Paulo César Dias, Data de Julgamento: 23/05/2017, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 02/06/2017).”

“APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ERRO DE TIPO CONFIGURADO COM RELAÇÃO À PRÁTICA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUSÊNCIA DE DOLO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE QUE CEDE ESPAÇO ANTE AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. PROVIMENTO DO RECURSO DA DEFESA. 1. Insuficiência de provas quanto ao crime de estupro de vulnerável. A prova oral judicial não foi apta a confirmar, categoricamente, que o réu tinha conhecimento que a vítima era menor de 14 (catorze) anos. A presunção desta última, segundo o entendimento jurisprudencial majoritário, é absoluta, nada obstante entenda que tal presunção deva ser relativizada em situações excepcionais, devendo ser analisada, pormenorizadamente, em cada caso concreto. Existência de prova, nos autos, de que a vítima mentiu sobre a sua idade para o réu, com o escopo de manter relações sexuais, de natureza consensual, nada obstante menores de 14 (catorze) anos não possam livremente consentir, tudo a levar a crer que ele não tinha condições de pressupor que se tratava de uma menor de 14 (catorze) anos. Erro de tipo caracterizado, razão pela qual a sua absolvição, por ausência de dolo, é medida que se impõe. Precedentes da Doutrina e da Jurisprudência. 2. Provimento do recurso defensivo. (TJ-SP - APL: 00015142620128260306 SP 0001514-26.2012.8.26.0306, Relator: Airton Vieira, Data de Julgamento: 20/08/2015, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 26/08/2015)”

“RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCONHECIMENTO ACERCA DA IDADE DA VÍTIMA. ERRO DE

TIPO. REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 1. Hipótese em que o réu foi denunciado pela prática de estupro de vulnerável por manter conjunção carnal com vítima menor de 14 anos, quando mantinham relacionamento afetivo. 2. Caso em que o réu foi absolvido da prática do delito de estupro de vulnerável diante do desconhecimento da idade da vítima. 3. O desconhecimento da idade da vítima pode circunstancialmente excluir o dolo do acusado quanto à condição de vulnerável, mediante a ocorrência do chamado erro de tipo (art. 20 do CP). 4. A análise acerca da ocorrência de erro quanto à idade da vítima implicaria o necessário reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado no julgamento do recurso especial, nos termos da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso desprovido. (STJ - REsp: 1746712 MG 2018/0104726-9, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 14/08/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2018)”

Dessa forma, é facilmente perceptível dos julgados acima colacionados bem como das lições doutrinárias que o erro de tipo, no tocante a idade da vítima, exclui o dolo e, conseqüentemente implica em absolvição do agente. Isso se deve ao fato de que a idade da vítima é elementar do tipo.

4. A QUESTÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS

Em se tratando da questão acerca da vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos, existem duas posições sobre o tema, uma defendendo a sua relativização e a outra preceituando ser absoluta. Para a primeira delas, a vulnerabilidade da vítima não pode ser tratada como absoluta, de modo a ser relativizada diante de situações excepcionais. Assim, se diante das peculiaridades do caso concreto ficar demonstrado que não houve violação ao bem jurídico tutelado, poderemos falar sim em relativização.

Em conformidade com essa primeira corrente doutrinária, circunstâncias como a maturidade da vítima, seu consentimento, sua experiência sexual anterior ou mesmo sua prostituição poderiam relativizar a vulnerabilidade.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci admite a relativização tão somente quando a vítima menor de 14 anos for adolescente (12 ou 13 anos). Cumpre transcrever as lições do autor:

“A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de 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 tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. 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 sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. 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 ECA proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual.” (NUCCI,2016)

Tal corrente não encontra predominância na jurisprudência pátria. No entanto, ainda que se trate de decisões isoladas cumpre colacionar julgados nesse sentido:

“Não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado — a liberdade sexual —, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo.” (A declaração é da ministra Maria Thereza de Assis Moura, da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que a presunção de violência no crime de estupro tem caráter relativo e pode ser afastada diante da realidade concreta, mesmo quando o crime foi supostamente praticado contra menores de 14 anos).

TJSP: “Estupro – Vítima menor de 14 anos – Fato ocorrido em agosto de 2006 – Análise sobre a legislação vigente à época dos fatos – Violência presumida decorrente da idade – Presunção de violência que não é absoluta – Menor que, à época dos fatos, possuía plena consciência sobre assuntos relacionados ao sexo – Conhecimento e consentimento da família para manter namoro anterior – Quadro probatório que autoriza afastar a presunção absoluta de violência – Absolvição – Recurso provido (voto n. 12.899)” (AP 993.08.035868-0, 16.ª C., rel. Newton Neves, 25.10.2011, v.u.).

TJAC: “(...) O error aetatis evidencia a ausência do dolo necessário à configuração do delito de estupro de vulnerável, ocasionando, conseqüentemente, o reconhecimento da atipicidade do fato, eis que ausente ameaça ou violência e presente o consentimento da menor. 3. Não se mostra plausível a manutenção da condenação do apelante por crime de estupro de vulnerável, quando comprovada a convivência da ofendida com o denunciado, em união estável, notadamente considerando a importância da família que, segundo a própria Constituição Federal, em seu art. 226 tem especial proteção do Estado. 4. Recurso provido” (Ap. 0500412-35.2011.8.01.0081/AC, C. Crim., rel. Francisco Djalma, 19.03.2015, v.u.).

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUTORIA E MATERIALIDADE. UNIÃO ESTÁVEL. ÂNIMO DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR. ATIPICIDADE MATERIAL. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. A vulnerabilidade etária da vítima de estupro de vulnerável admite flexibilização quando a conjunção carnal praticada com pessoa imputável ocorre dentro do contexto de união estável, com claro ânimo de constituição familiar, afastando-se da mera satisfação da lascívia.” (Apelação, Processo nº 0006564-36.2015.822.0501, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Criminal, Relator (a) do Acórdão: Des. Valdeci Castellar Citon, Data de julgamento: 25/01/2017).

De outro lado, temos a segunda corrente que adota o posicionamento segundo o qual a presunção da vulnerabilidade da vítima maior de 14 anos é absoluta, não admitindo relativização.

Tal entendimento é o predominante na doutrina e nos tribunais superiores, vejamos:

“Estupro de vulnerável. Erro de tipo. Não reconhecimento. Regime prisional. 1 - No crime de estupro de vulnerável, ainda que a vítima tenha aparência física capaz de induzir em erro quanto à sua idade, provado que o réu sabia que ela tinha menos de 14 anos de idade à época dos fatos, não se reconhece a excludente do erro de tipo. 2 - O crime se caracteriza com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (súmula 593 do STJ). 3 - O réu primário, condenado a pena não superior a 8 anos, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto, ainda que portador de maus antecedentes (art. 33, § 3º, do CP). 4 - Apelação provida em parte. (TJ-DF 20180310070136 - Segredo de Justiça 0006848-95.2018.8.07.0003, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 10/10/2019, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 15/10/2019 . Pág.: 120/137)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. CONSENTIMENTO E EXPERIÊNCIA ANTERIOR.

IRRELEVÂNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM DENEGADA.1. *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 15/8/08).2. Ordem denegada.(STF, Primeira Turma, HC 97052/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16/08/2011, p. DJe 14/09/2011)."*

5. CONCLUSÃO

Assim, por todo o exposto vimos que o art. 217-A do CP, com a redação conferida pela Lei nº 12.015/2009 prevê uma presunção absoluta de vulnerabilidade, sendo esse acertadamente o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante. Tal proteção justifica-se, inclusive, diante da especial proteção conferida pela nossa Carta Magna, bem como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente aos menores.

Como exposto, há vozes na doutrina e nos Tribunais do País defendendo a possibilidade de relativizar o conceito de vulnerabilidade diante do caso concreto, notadamente o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual. Porém tal entendimento não está consoante com a vontade legislativa nem com a ampla proteção conferida à criança e ao adolescente em nosso ordenamento jurídico.

Deve-se concluir, portanto, que o artigo 217-A do Código Penal, combinado com toda a proteção conferida aos menores no ordenamento jurídico pátrio, não deixa dúvidas acerca da presunção absoluta da vulnerabilidade da vítima de estupro menor de 14 anos. E, como restou demonstrado, somente exclui-se o dolo dessa conduta no caso específico de erro de tipo quanto à idade da vítima.

REFERÊNCIAS

1. GONÇALVES, VER. Direito Penal esquematizado: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011.

2. GRECO, R. Curso de Direito Penal – Parte Geral, 7ª ed. Impetus, 2006.
3. JESUS, DE. Direito Penal 1º V. parte geral. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
4. NUCCI. GS. Crimes contra a dignidade sexual. RT, 2016.