

**A RELATIVIZAÇÃO CASUÍSTICA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO
CRIME DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL ANTE A VULNERABILIDADE
ETÁRIA DA VÍTIMA**

**THE RELATIVIZATION OF THE PRESUMPTION OF VIOLENCE IN THE
CRIME OF THE ARTICLE 217-A OF THE CRIMINAL CODE REGARDING
THE AGE VULNERABILITY OF THE VICTIM**

Pedro Henrique Felhberg Craveiro¹

Gustavo Britta Scandelari²

RESUMO: O presente artigo objetiva, precipuamente, analisar a problemática concernente à presunção de violência presente no artigo 217-A, do Código Penal, traçando-se breves considerações históricas sobre o crime de estupro, destacando, neste âmbito, o cenário legislativo brasileiro, especialmente com o advento da Lei 12.015/2009. Assim, buscar-se-á apresentar as principais questões envolvendo o delito de estupro de vulnerável, examinando-se, para tanto, a figura do vulnerável apresentada pelo legislador, mais especificamente do menor de catorze anos de idade, realizando-se a delimitação do conceito de vulnerabilidade. Além disso, objetiva-se expor alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da vulnerabilidade no crime sexual do artigo 217-A, do Código Penal, notadamente das Cortes Superiores e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com vistas a identificar as inevitáveis consequências provenientes da interpretação do caráter absoluto ou relativo do dispositivo legal.

ABSTRACT: The main objective of this article is to analyze the problem regarding the presumption of violence of the article 217-A of the Criminal Code, outlining some brief historic considerations about the crime of rape, highlighting the Brazilian legislative scenario, specially with the publication of the Law 12.015/2009. Therefore, the main points involving the crime of statutory rape will be presented, examining the idea of the vulnerable victim presented by the legislator, more specifically of those under fourteen years of age, delimiting the concept of vulnerability. Furthermore, doctrinal and jurisprudential views regarding the notion of vulnerability of the article 217-A of the Criminal Code will be presented, notably those of the Superior Courts and the Justice Court of the State of Paraná, seeking to identify the inevitable consequences that stem from the interpretation of the absolute or relative nature of the article 217-A.

KEYWORDS: presumption of violence, statutory rape, under fourteen years of age, vulnerability.

PALAVRAS-CHAVE: presunção de

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

² Bacharel em Direito pela Universidade Positivo (UP). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Unibrasil. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) em convênio com o Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Penal no UNICURITIBA. Professor convidado de cursos de pós-graduação. Associado fundador do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE). Membro da Comissão da Advocacia Criminal da OAB/PR (2010-2012; 2013-2015; 2016-2018). Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Advogado

INTRODUÇÃO

Diante da extrema gravidade com que são tratados pelos ordenamentos jurídicos, os crimes sexuais também são objeto de tutela jurídica na legislação pátria, a qual prevê consequências significativas para os infratores das normas penais, traduzindo-se pelas altas penas cominadas as infrações penais deste jaez.

Neste âmbito, o delito de estupro, objeto de estudo em inúmeras legislações antigas e modernas, sempre foi preocupação do legislador brasileiro, razão pela qual é possível observar sua positivação em diversos diplomas, desde a época colonial, até o vigente Código Penal, demonstrando a relevância da questão e a repercussão social que dela advém.

Com efeito, tratando-se de ilícitos que envolvem abusos sexuais, o cenário legislativo brasileiro é regulamentado pelo vetusto Código Penal de 1940, ainda em vigência e que, antes da entrada da Lei 12.015/2009, previa no Título VI os chamados “Crimes contra os costumes”.

É certo que a terminologia adotada pelo legislador, à época em harmonia com a realidade social, já demonstrava a premente necessidade de alteração legislativa, porquanto notoriamente em descompasso com a realidade do povo brasileiro, muito embora tenha permanecido no cenário jurídico-político até o mês de agosto de 2009.

As alterações advindas com a lei 12.015/2009, tendo em vista que a preocupação não estava consubstanciada no comportamento sexual do indivíduo perante a sociedade, mas sim na proteção da dignidade sexual da vítima, trouxeram mudanças drásticas e necessárias na seara criminal.

A introdução dos dispositivos legais revelou uma política criminal no sentido de adotar, precipuamente, especial proteção para não exploração de crianças e adolescentes. Assim, objetivando-se a adaptação as mudanças ocorridas na sociedade, a novel legislação, considerando toda problemática denunciada pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, ingressou no cenário nacional com missão árdua, contudo, imprescindível para a efetiva repressão e prevenção dos crimes de natureza sexual.

Nesta perspectiva, com a edição da nova legislação, exsurge-se o delito de estupro

de vulnerável, mais especificamente através do artigo 217-A do Código Penal, sancionando aquele que tem conjunção carnal ou pratica qualquer ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos, ou com qualquer pessoa vulnerável, na acepção prevista no parágrafo primeiro do mesmo artigo.

A rigor, nada obstante a positivação da norma penal constante do artigo 217-A, do Código Penal tenha sido comemorada por grande parte da sociedade, o dispositivo legal não encerrou a discussão da presunção de violência, isto é, a antiga rubrica “presunção de violência”, presente no art. 224, alínea “a”, do Código Penal, que já causava divergências doutrinárias e jurisprudenciais, foi substituída pela expressão “vulnerável”, remanescendo, contudo, os intermináveis debates acerca do caráter absoluto ou relativo do conceito.

Isto porque, especialmente a partir da década de 80 do século passado, com os questionamentos nos Tribunais Superiores, surgiram entendimentos de que a presunção constante do revogado art. 224, alínea “a”, do Código Penal, poderia ser flexibilizada em determinadas situações, notadamente sob o argumento de que a sociedade havia se modificado substancialmente desde a edição do Código Penal, no ano de 1940.

Indubitavelmente, o surgimento de novas tecnologias, aprimoramento dos meios de comunicações e conseqüente facilitação ao acesso de informações, desencadearam em inúmeras transformações na sociedade, inclusive com reflexos no campo sexual, refletindo em grandes questionamentos.

De fato, as balizas conceituais para a aludida presunção de violência revelam o embate existente na doutrina e jurisprudência, não só no cenário nacional com o advento da figura autônoma de estupro de vulnerável, mas também nas legislações extravagantes, com importantes reflexos no horizonte brasileiro.

Sob este ângulo, têm-se como mote analisar a figura do vulnerável constante do *caput* do artigo 217-A, do Código Penal, questionando-se, exemplificativamente, a eventual inoperância do consentimento da ofendida menor de quatorze anos.

Além disso, também será objeto de reflexão a experiência sexual da ofendida, ou até mesmo sua relação estável com o agressor, valendo perquirir, por exemplo, se presente a evolução biológica precoce e a maturidade emocional, seria a conduta do agente atípica? Haveria, nesta esteira, óbice para flexibilização da presunção absoluta de violência? Poder-se-ia cogitar a hipótese de prevalência da autonomia da vontade da ofendida em detrimento do poder-dever de punir do Estado?

Definitivamente, pretende-se por meio deste artigo analisar a complexa situação da flexibilização ou não da presunção de violência, elencando as conseqüências oriundas de

eventual édito condenatório nos moldes do art. 217- A do Código Penal, apresentando conceitos jurídicos, distinguindo a figura do vulnerável e analisando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da temática.

Buscar-se-á, deste modo, vislumbrar a vulnerabilidade dos titulares do bem jurídico tutelado pela norma penal, sob a perspectiva eminentemente etária da vítima, ponderando, refletindo e expondo, os diferentes posicionamentos, com suas respectivas pertinências temáticas.

Em suma, objetiva-se realizar uma breve abordagem histórica inicial, na sequência apresentando as inovações trazidas pela Lei 12.015/2009, especialmente a figura penal tipificada no art. 217-A do Código Penal, com a delimitação da figura do vulnerável e a presunção de violência, transportando a discussão para o âmbito doutrinário e, finalmente, para o campo jurisprudencial, com especial atenção para os julgados das mais altas cortes no nosso país e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

1 APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE O CRIME DE ESTUPRO

Consubstanciado no artigo 213, do Código Penal Brasileiro, o crime de estupro consiste no constrangimento de alguém, mediante violência e/ou grave ameaça, para o fim de praticar conjunção carnal e/ou outro ato libidinoso, punindo-se também aquele que exerce o constrangimento para que com ele se permita a prática dos atos sexuais mencionados. Com efeito, a redação atual é dada pela lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, a qual passou a prever os chamados “Crimes contra a dignidade sexual”, alterando o Título “Dos crimes contra os costumes”.

Nada obstante a regulamentação acerca do crime seja proveniente de redação relativamente nova, nota-se que o delito de estupro sempre foi objeto de preocupação de diversas civilizações, tratando-se, portanto, de crime constantemente mencionado na literatura, com íntima ligação com as vicissitudes políticas da Roma Antiga (CANELA, 2012, p.11).

Como ensina Luiz Regis Prado, os crimes sexuais foram severamente reprimidos pelos povos antigos (PRADO, 2004, p. 253). Na mesma linha de raciocínio, Cezar Roberto Bitencourt afirma que os povos antigos puniam com grande severidade os delitos sexuais, especialmente o estupro. Na Roma Antiga, exemplificativamente, o estupro consistente na conjunção carnal violenta, tinha como consequência ao sujeito do delito, a

pena de morte (BITENCOURT, 2012, p. 44).

Por sua vez, ressalta Froma Zeitlin que o campo da mitologia grega fornece inúmeras narrativas de apropriações ou tentativas de apropriações, de mulheres por homens. Nesse particular, um dos fatores contribuintes para a ocorrência dos “assaltos sexuais”, eram os cenários de paisagens distantes das fronteiras das cidades, de modo que o repertório de contos deixa indene de dúvidas que o corpo feminino estava exposto numa condição de vulnerabilidade (ZEITLIN, 1992, p. 125).

O cenário jurídico brasileiro, por seu turno, também previa o delito de estupro nas inúmeras legislações já existentes, pontuando Edgard Magalhães Noronha a grande severidade para com os delitos sexuais, com a subsistência da pena capital para o crime de estupro, notadamente durante a vigência das Ordenações Filipinas (NORONHA, 2003, p. 67).

Nas lições de René Ariel Dotti, as Ordenações Filipinas – assim como as anteriores – desvendaram a face negra do Direito Penal, vale dizer, caracterizando-se pelo viés extremamente rígido, revelou categorias de sujeitos que gozavam de tratamento especial, enquanto eram impostas as mais variadas formas de suplícios com execuções de penas de morte, mutilação, dentre outras medidas infamantes (DOTTI, 2002, p. 182).

É importante salientar que, com a proclamação de Independência do Brasil, e a consequente necessidade de reformulação de todo ordenamento jurídico brasileiro, foi sancionado pelo imperador Dom Pedro I, no ano de 1830, o Código Criminal do Império.

Nessa perspectiva, qual seja, de evidente ruptura de paradigma, com a renovação das ideias jurídicas e políticas trazidas pelas revoluções, leciona Dotti que o Código Imperial reduziu significativamente as hipóteses de aplicação da pena capital, de modo que apenas três delitos (insurreição de escravos, homicídio agravado e latrocínio), previam a pena de morte (DOTTI, 2002, p. 189). No que se refere ao crime de estupro, Prado assenta que a técnica de redação foi amplamente repudiada pela doutrina da época, uma vez que elencava, sob a rubrica genérica “estupro”, vários delitos sexuais (PRADO, 2004, p. 254). Ainda sobre o tema, Bitencourt comenta que eram sete as disposições que previam o delito de estupro, destacando que até mesmo a ausência de cópula carnal, ou seja, tão somente a ofensa pessoal para fim libidinoso que causasse dor ou mal corpóreo, era objeto de punição na seara penal (BITENCOURT, 2012, p. 45).

Após a abolição da escravatura no ano de 1888, os tratamentos desiguais aos escravos já não se coadunavam com o ordenamento jurídico, razão pela qual, mais uma vez, tornou-se inadiável a reformulação da legislação penal. Anote-se, ainda, a mudança

de governo que o Brasil passou nessa época, justificando-se as adequações no âmbito penal.

Em que pese fossem imperiosas as alterações legislativas, André Estefam adverte que as mudanças vieram rápidas demais e sem as devidas reflexões e maturações, tanto assim que foi alvo das mais diversas críticas (ESTEFAM, 2012, p. 74).

Na mesma linha, Heleno Cláudio Fragoso expõe que o Decreto de 11 de outubro de 1890, que aprovou o projeto que tornou lei as disposições do Código Penal, apresentava inúmeros defeitos técnicos e atrasos em relação à ciência da sua época, eis que elaborado às pressas e antes mesmo do advento da Primeira Constituição Federal Republicana (FRAGOSO, 1988, p. 73 – 74).

Em face das considerações de Noronha, dessume-se que a consagração da denominação “estupro” provém do Código de 1890, notadamente por meio do artigo 268 daquele diploma, restringindo, todavia, exclusivamente à relação sexual mediante violência ou grave ameaça (NORONHA, 2003, p. 67).

Apesar das inovações trazidas pelo Código Imperial, registra-se que o propósito de substituí-lo, manifestou-se desde a sua promulgação, haja vista o número avultado de leis esparsas que foram baixadas para complementá-lo, dificultando, sobremaneira, a solução dos conflitos jurídicos. Neste âmbito, com a entrada em vigor do novo Código Penal do Brasil (Decreto-lei nº 2.848, de 07.12.1940), tal diploma legal buscou conciliar o pensamento neoclássico com o positivismo, isto é, qualificando-se por sua natureza jurídica “ecclética” (ESTEFAM, 2012, p. 74).

A estrutura do *Codex* foi dividida em Parte Geral, pretendendo o estabelecimento de regras gerais sobre a aplicação da lei penal, ação penal, penas, medidas de segurança, extinção da punibilidade, ao passo que a Parte Especial, possui enfoque na descrição de condutas criminosas com as cominações sancionatórias (ESTEFAM, 2012, p. 74).

É de se notar que o Código Penal de 1940, ainda em vigência, introduziu novas figuras penais, como os crimes de “rufianismo”, “casa de prostituição” e “tráfico de mulheres”, mas sua redação inaugural, atinente ao crime de estupro, foi objeto do reclamo doutrinário. Isto porque, a clara redação legal restringia o sujeito ativo do crime (somente o homem), possibilitando, todavia, a participação de figuras femininas através da instigação, do induzimento ou prestação de auxílio, nos moldes do artigo 29, do Código Penal.

Exigia-se, portanto, conforme pontua Prado, um dissenso da vítima expresso pela sua resistência à introdução do pênis na cavidade vaginal, que somente era superado pelo emprego da violência ou da grave ameaça (PRADO, 2004, p. 255).

Nada obstante a tipificação do crime de estupro tenha levantado inúmeras críticas, especialmente na questão da sua configuração ou não em casos de relações matrimônias, isto é, conjunção carnal forçada praticada pelo marido em face de sua esposa, o delito sofreu reformas significativas nos anos de 2001, 2005 e, sobretudo, 2009, conforme será analisado no tópico subsequente, dando-se ênfase para o surgimento da figura do crime do artigo 217-A (estupro de vulnerável).

2 DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

2.1 A LEI 12.105/2009 E AS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL

Com o advento da redação dada pela lei 12.015/2009, o Título VI do Código Penal, que previa os crimes contra os costumes, passou a prever os chamados crimes contra a dignidade sexual, modificando a redação anterior.

Despiciendo lembrar o conservadorismo da antiga expressão, tanto é assim que Cléber Masson sustenta, com razão, a necessidade de revisão da expressão adotada, notadamente em face das mudanças dos valores sociais, de modo que já restava ultrapassada a ideia de que o Estado deveria indicar uma linha de comportamento sexual às pessoas (MASSON, 2015, p. 230).

De igual sorte, adverte Bitencourt para o avanço legislativo introduzido por meio da Lei 12.015/2009, na medida em que o diploma legal suprime, de uma vez por todas, a terminologia ultrapassada de crimes contra os costumes. Ao considerar a medida acertada, o autor ensina que há, inevitavelmente, o reconhecimento que os crimes sexuais fraudulentos ou violentos, violam de forma direta a dignidade do ser humano (BITENCOURT, 2016, p. 48).

Nesse cenário é importante sublinhar que a referida lei revogou os artigos 214 e 216 do Código Penal, não se tratando, de acordo com André Estefam, da figura da *abolitio criminis* (supressão da incriminação), mas sim de continuidade normativo-típica, em que os elementos do tipo penal migram para outro, condensando-se naquele dispositivo (ESTEFAM, 2009, p. 29).

A política criminal adotada teve como objetivo a adaptação as mudanças ocorridas na sociedade, de modo que a expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no

Título VI do Código Penal. Portanto, o foco da proteção não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.

Frente ao rompimento de paradigma que a nova lei trouxe, Damásio de Jesus leciona que a figura do estupro passa a ser classificado como crime comum, não havendo nenhum óbice em relação aos sujeitos do crime, de modo que aceitável o cometimento tanto por homens, quanto por mulheres, especialmente pela supressão do vocábulo “mulher”, no enunciado prescritivo (JESUS, 2015, p. 125).

Impende registrar outra importante alteração oriunda da supramencionada lei, a saber, a substituição da técnica de presunção de violência. Deste modo, revogando-se a antiga presunção de violência fundada no art. 224 do Código Penal, passa-se a adotar a designação “vítima vulneráveis”.

A rigor, antes da vigência da lei 12.015/2009, o operador do direito precisava lançar mão da ficção legal constante do art. 224 do Código Penal, para enquadrar o agente nas sanções do art. 213 e do revogado art. 214 do Código Penal, nas modalidades de presunção de violência, de modo que com o atual texto legal, a subsunção será direta ao tipo penal do artigo 217-A, conforme esclarece Fernando Capez (CAPEZ, 2016, p. 60).

No entendimento de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, o novo tipo penal afasta as hipóteses de presunção de violência da antiga lei, contemplando-as com um tipo autônomo e, à vista da especial posição de vulnerabilidade da vítima, presume-se a lesão ao bem jurídico (JUNQUEIRA, 2013, p. 332 - 333).

Em resumo, a política criminal adotada, com raízes na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) que investigou as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil, visou acompanhar as modificações ocorridas na sociedade pós-moderna, criando tipos penais autônomos, notadamente o de estupro de vulnerável positivado no art. 217-A, do Código Penal, o qual será objeto de análise no tópico em sequência.

2.2 A CONDUTA CRIMINOSA PREVISTA NO *CAPUT* DO ARTIGO

O novel tipo penal trazido pela legislação de 2009, inserido no Capítulo “Crimes sexuais contra vulnerável”, inova no ordenamento jurídico no sentido de tutelar os vulneráveis de forma expressa, prescindindo, também, de eventual constrangimento para

tipificação do delito. A redação legal do dispositivo penal, em seu *caput*, positiva: “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.”³

Com efeito, a observância do tipo penal revela que o núcleo ter, ao contrário do verbo *constranger*, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça, bastando a conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso com o vulnerável, valendo dizer, até mesmo as relações consentidas serão subsumidas ao preceito primário do art. 217-A, *caput*, do Código Penal (GRECO, 2015, p. 299).

Assevera-se, contudo, que o emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima deve ser objeto de valoração na dosimetria da pena, a fim de evitar eventual proteção insuficiente do Estado, uma vez que o agente poderia valer-se destas hipóteses para facilitar a prática criminosa e, no entanto, não ter a sanção imposta de modo proporcional, abrindo-se uma espécie de incentivo para o cometimento da figura penal na modalidade mais gravosa.

Em relação a descrição típica do delito, aponta Estefam que o que se denomina conjunção carnal é a introdução do pênis na vagina, mesmo que parcialmente, enquanto os atos libidinosos são aqueles que têm natureza sexual, como a felação, carícias íntimas, o coito anal, bastando a natureza objetiva do ato para a subsunção da conduta, eis que a lei não exige que o autor busque a satisfação da sua lascívia (ESTEFAM, 2009, p. 65)

Por sua vez, Maximiliano Roberto Führer destaca que a consumação delitiva ocorre imediatamente com a prática de qualquer ato libidinoso onde haja contato corporal, razão pela qual a modalidade tentada, com fulcro no art. 14, inciso II, do Código Penal, somente será possível antes de iniciadas as manobras sexuais (FÜHRER, 2009, p. 177).

Um dos pontos nevrálgicos da questão, para Fernando Capez, diz respeito ao que dispõe o art. 20, do Código Penal, isto porque é imprescindível o conhecimento do agente acerca da situação de vulnerabilidade da vítima, reitera-se, o sujeito ativo deve saber que a vítima possui menos que 14 (catorze) anos de idade. Assim, em caso de desconhecimento do agente, a falsa percepção da realidade irá excluir o dolo e, como a figura típica não prevê a modalidade culposa, o agente não irá responder pelo delito do art. 217-A do Código Penal (CAPEZ, 2016, p. 66 – 67).

A objetividade jurídica do tipo penal é objeto de divergências doutrinárias, assim,

³ BRASIL, Código Penal (1940). Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ. 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.

no escólio de Bitencourt, extrai-se que o tipo penal protege a dignidade sexual do menor de quatorze anos e do enfermo ou deficiente mental, não havendo que se falar em proteção da liberdade sexual das vítimas, uma vez que se reconhece que não há plena disponibilidade do exercício desta liberdade, fator que inclusive caracteriza a situação de vulnerabilidade (BITENCOURT, 2016, p. 100 - 101).

Em contrapartida, aduz Rogério Greco que o estupro de vulnerável atingirá, simultaneamente, a dignidade sexual, a liberdade sexual e o próprio desenvolvimento sexual dos vulneráveis (GRECO, 2014, p. 90).

De fato, não se olvidando que a dignidade fornece a noção de respeitabilidade, decência, compostura, inserindo-se no contexto sexual para evitar o constrangimento de atos não anuídos pela vítima, sendo que a noção de liberdade sexual pode ser compreendida como a capacidade de autodeterminação de uma pessoa no campo de suas relações sexuais, há que se ressaltar que a tutela penal está voltada, invariavelmente, para a figura da vítima em situação de vulnerabilidade.

2.3 VULNERABILIDADE: CONCEITO E DELIMITAÇÕES

A ideia de vulnerabilidade comporta definições de inúmeras áreas do conhecimento. Nesse diapasão, a conceituação trazida pelo Conselho Nacional de Saúde, através da Resolução nº196/1996, merece destaque:

II.28 - Vulnerabilidade - estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou impedida, ou de qualquer forma estejam impedidos de opor resistência, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido. (CNS, 1996)

A polissemia que adquire o vocábulo vulnerabilidade, seja no campo das ciências jurídicas, da informática, das ciências econômicas, da geografia, reforça a seriedade com que deve ser analisada a questão, balizando-se os parâmetros para que se possa chegar, com prudência, à uma definição da figura do vulnerável.

A raiz etimológica do vocábulo, que advém de *vulnus, eris*, demonstra a suscetibilidade que algo ou alguém tem, de ser atingido, lembrando Fernanda Tartuce a origem do substantivo, qual seja, o verbo latino *vulnerare*, que significa ferir, penetrar (TARTUCE, 2012, p. 162).

Sabe-se que toda pessoa é, em alguma medida, vulnerável (BARBOZA, 2009, p.

107). É que podemos ser tocados, inevitavelmente, em nosso complexo psicofísico. Todavia, mesmo que todos se encontrem em idêntica situação, não é possível afirmar que todos serão atingidos da mesma maneira.

Ante tais considerações iniciais, forçoso reconhecer que o termo vulnerabilidade expressa a qualidade de quem é vulnerável, isto é, retrata o lado fraco de um assunto ou questão, o ponto por onde alguém pode ser atacado. Ademais, vale registrar que se trata de uma característica relativa, provisória, de algumas pessoas ou de alguns grupos sociais.

Inexoravelmente, há íntima relação entre a situação de vulnerabilidade e o princípio da igualdade na sua compreensão material, uma vez que deve ser despendido tratamento diferenciado aos vulneráveis, especialmente com o objetivo de assegurar a isonomia entre os demais, tratando os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de suas desigualdades.

Por conseguinte, é certo que a vulnerabilidade resulta na incapacidade de consentimento para determinados atos, sendo que a ausência de autonomia para tomar decisões é, indiscutivelmente, nociva à pessoa que se encontra nesta situação particular. Desta feita, resguardar-lhes de eventuais explorações é medida que se impõe, especialmente para proteção de bens jurídicos significativos.

A relação de disponibilidade do indivíduo vulnerável com um determinado objeto, preocupando-se aqui com os bens jurídicos protegidos pelas normas penais, precisa ser diferenciada. Nessa esteira, é de se notar que três requisitos são indispensáveis para validação do consentimento da pessoa, quais sejam, a autonomia para dispor do bem jurídico, a própria disponibilidade do bem jurídico e a consciência das prováveis consequências do ato para o qual se consente (MARTINELLI, 2011, p. 7).

No ordenamento jurídico pátrio são inúmeros os exemplos que podem ser extraídos de situações que o legislador procura delimitar aqueles que são vulneráveis, trazendo mecanismos que visam protegê-los, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), dentre outros. Ao tratar da conceituação de vulnerabilidade, notadamente no âmbito criminal, Estefam resume que na legislação brasileira a vítima vulnerável é aquela que pode ser atacada, vulnerada, possuindo uma natureza mais frágil, esclarecendo ainda que a expressão “vulnerável” não é exclusividade do Brasil. Para tanto, cita como exemplo o caso do crime de “agressões sexuais”, previsto na legislação espanhola, pelo qual haverá situação agravante quando cometido em face de

vítima “especialmente vulnerável” (ESTEFAM, 2009, p. 58).

Em síntese, a vulnerabilidade manifesta uma relação assimétrica e polarizada entre “fracos” e “fortes”, o que demanda um compromisso de que sejam adotadas políticas de proteção daqueles que estão em posição desfavorável, notadamente as vítimas de crimes sexuais, assegurando, deste modo, tutela especial e indispensável à preservação de bens jurídicos.

Finalmente, cabe ressaltar que a tutela especial deverá ser voltada para aqueles que se encontram em posição desfavorável, lembrando que nem todos, apesar de se encontrarem em situação idêntica - por exemplo: com menos de 14 (quatorze) anos de idade quando da prática de sexo consensual, serão atingidos do mesmo modo.

3. ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

3.1 Posicionamentos Doutrinários

Estabelecendo um critério objetivo para determinação da presunção de violência e, pautando-se nos dispositivos legais constantes da lei 8.069/1990, Nucci afirma que em relação aos menores de 12 anos, a presunção deveria ser absoluta, enquanto os maiores de 12 anos, não teriam a tutela especial conferida pelo *codex* (NUCCI, 2013, p. 116).

Adotando o mesmo entendimento, Greco e Rassi sustentam que a elementar da idade não goza de caráter absoluto, mormente nos casos envolvendo os maiores de doze anos, remanescendo, entretanto, a presunção *jure et de jure* em proteção dos menores de doze anos. (GRECO; RASSI, 2010, p. 103)

Nas lições de Bitencourt, a percepção do caso concreto que determinará eventual existência de crime sexual, notadamente diante da extraordinária evolução comportamental da moral sexual nos dias de hoje, sendo que as condições de cada ofendida, bem como seu grau de discernimento, poderão alicerçar entendimento no sentido da flexibilização da presunção de violência (BITENCOURT, 2012, p. 96).

Para Estefam, o critério rígido eleito, à luz das inúmeras transformações sociais e face as características individuais de cada criança/adolescente, encontra-se ultrapassado, razão pela qual a admissão de prova em sentido contrário seria medida de justiça nos casos envolvendo menores de 14 anos, notadamente aqueles indivíduos com mais de 12 anos (ESTEFAM, 2009, p. 59). Por sua vez, Führer critica a nova sistemática adotada pelo

Código, pontuando que o texto legal não se refere mais claramente à presunção de violência em nenhum dos artigos e, desta forma, dificultaria o uso dessa válvula de escape para o bom senso. Ainda, destaca o autor que diante das modificações legislativas, o julgador deverá verificar com esmero se houve realmente um crime de estupro ou somente um inocente namoro (FÜHRER, 2009, p. 176).

De outro vértice, defendendo a ideia de que a presunção é essencialmente absoluta, Prado verifica que é prescindível o dissenso da vítima para capitulação da conduta do agente nos moldes do art. 217-A, *caput*, do Código Penal, lembrando que a elementar “constranger alguém” constante do art. 213, do Código Penal (estupro), não está presente na redação legal que tutela a dignidade sexual dos vulneráveis, de modo que o legislador buscou tutelar de forma mais abrangente e inflexível aqueles enquadrados no tipo penal em questão, especialmente os menores de 14 anos, pela razão biológica da idade e consequente fragilidade na capacidade de discernimento para compreender o significado do ato sexual (PRADO, 2010, p. 674).

Para Delmanto é prescindível o constrangimento da vítima mediante violência ou grave ameaça para caracterização do crime, mesmo porque o seu eventual consentimento não teria validade jurídica, considerando, portanto, o critério adotado pelo legislador como absoluto e, ao passo que foi opção legislativa, não comportaria mitigação. (DELMANTO, 2010, p. 705).

Em acréscimo, o magistério de Greco caminha no sentido de rechaçar qualquer possibilidade de mitigação da presunção de violência, frisando que o fator etário é um dado objetivo, não podendo ser substituído pela discricionariedade do magistrado na aplicação da lei penal. Isto porque, segundo o autor, a antiga redação do *codex* já trazia a figura da presunção de violência de forma absoluta e objetiva, ainda que uma criança ou adolescente tivesse uma vida desregrada sexualmente (GRECO, 2014, p. 542 – 543).

Finalmente, Marcão e Gentil explicam que a irradiação semântica da questão da presunção de violência, sobretudo em relação aos menores de catorze anos de idade, não comporta relativização, uma vez que a exegese do art. 217-A, do Código Penal, não deixa dúvidas acerca do caráter absoluto, ainda que o enunciado seja lacônico, havendo crime mesmo com consentimento do ofendido. (MARCAO; GENTIL, 2011, p. 187).

Com vistas aos posicionamentos apresentados, é possível concluir que não há unanimidade doutrinária quanto ao caráter da presunção de violência constante do crime do art. 217-A, do Código Penal, situação que revela a complexidade e consequente importância do assunto, ao passo que as divergências doutrinárias serão irradiadas,

inevitavelmente, nos inúmeros julgados.

3.2 Precedentes do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do sistema judiciário do Brasil, responsável pela guarda da Constituição, já enfrentou a problemática por diversas ocasiões, consignando-se, no entanto, que após o advento da lei 12.015/2009, não há julgados que discutam especificamente a questão.

A despeito disso, a antiga presunção de violência constante do artigo 224, alínea “a”, do Código Penal, foi objeto de discussão da Suprema Corte. Neste âmbito, o julgado mais antigo a que se tem acesso é datado de 08 de outubro de 1973, oportunidade na qual a Corte examinou o *Habeas Corpus* 51500.⁴

O Ministro Antônio Nader, relator do caso, apenas subscreveu as razões apresentadas pela Procuradoria-Geral da República, no sentido de que o consentimento da menor ou a conclusão dos peritos sobre atividade sexual anterior da ofendida, seriam irrelevantes, não elidindo a tipicidade do crime sexual.

De outro vértice, como incidente isolado, registra-se o julgamento do *Habeas Corpus* 73.662-9, examinado pela Segunda Turma do Pretório Excelso. Impõe-se registrar que o paciente havia sido denunciado pela prática de estupro de menor de 14 anos e, na espécie, por maioria dos votos, foi reconhecida a ilegalidade da acusação.⁵⁶

Consoante fundamentação dos ministros que votaram pela concessão da ordem de *Habeas Corpus*, verifica-se que consideraram a presunção do revogado art. 224, alínea “a”, do Código Penal, como relativa. Outrossim, de acordo com os ministros, exsurtiu dos autos que a vítima se passara por pessoa com idade superior a real, quer sob o aspecto físico, quer sob o aspecto mental, de modo que mantinha relações sexuais com o paciente por vontade própria, razão pela qual eventual sanção penal configuraria ilegalidade por parte do Poder Público.

Em sentido contrário, para os cinco ministros que divergiram da maioria, o âmago da questão seria de que a teleologia da norma penal estaria voltada para a defesa do

⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 51500, Rel. Min. Antônio Nader, Segunda Turma. Julgado em 08 de outubro de 1973. **Lex:** jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jspdocTP=AC&docID=6340>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 736629, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma. Julgado em 21 de maio de 1996. **Lex:** jurisprudência do STF. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744007/habeas-corpus-hc-73662-mg>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

menor, sendo que específica tutela não poderia ser ignorada, mesmo quando alegadas eventuais experiências sexuais anteriores. Ter-se-ia, nessa linha de pensamento, um dever geral de abstenção de relações sexuais em face dos menores de catorze anos.

Ainda que a discussão da presunção de violência advinda com a lei 12.015/2009 não tenha chegado ao Supremo Tribunal Federal, nota-se que a decisão mais recente do Pretório Excelso é do ano de 2011, isto é, após a introdução da referida lei que alterou diversos dispositivos legais. Na oportunidade, a Primeira Turma do Supremo negou a ordem de *Habeas Corpus* (HC 97.052/PR), pontuando que a presunção a que se referia o artigo 224, alínea “a”, do Código Penal, possuía caráter absoluto.

Em síntese, narra-se que os fatos ocorreram na cidade de Guarapuava/PR, no ano de 2005 e, após todo trâmite processual, com variações de entendimentos, a defesa do réu recorreu ao Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, prolatou a seguinte decisão colegiada:

EMENTA 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. HABEAS CORPUS 97.052-PR. Relator: Min. Dias Toffoli. Paciente: José Hélio Alves. Impetrante: Davi Basílio Batista Ferreira. Coator: Superior Tribunal de Justiça.⁶ (grifo nosso)

Os elementos carreados nos autos, em consonância com a tese de que a presunção de violência se reveste de caráter absoluto, levaram os ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e a ministra Carmen Lúcia, a votarem pela manutenção da decisão do Superior Tribunal de Justiça, asseverando ser irrelevante o consentimento da ofendida menor de 14 anos, ou até mesmo sua experiência sexual anterior, para configuração do crime.

Sob outro prisma, há que se frisar o voto divergente do ministro Marco Aurélio Mello, proferido com a maestria que lhe é peculiar. A propósito, o ministro lembrou da crise

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 97052, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma. Julgado em 16 de agosto de 2011. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_97052_PR_1319324890559.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

do sistema carcerário brasileiro e a consequente impossibilidade de custódia de todos os envolvidos com menores de quatorze anos. Frisou, por conseguinte, que o acesso irrestrito à mídia desencadeia na precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, razão pela qual a presunção de violência do art. 224, “a”, do Código Penal, cederia à realidade.

Em linhas gerais, considerando, contudo, que a questão não foi objeto de análise na vigência da nova lei, é de se notar que o entendimento da mais alta corte de nosso país caminha no sentido de considerar a presunção *jure et de jure* do art. 217-A, do Código Penal.

3.3 Precedentes do Superior Tribunal de Justiça

Tratando-se a lei 12.015/2009 de lei federal e, diante da polêmica invariável acerca da presunção de violência do crime de estupro de vulnerável, a missão do Tribunal da Cidadania, no sentido de uniformização da interpretação dos dispositivos inseridos pelo veículo legal, torna-se imperiosa.

De proêmio, destaca-se que a antiga redação legal que continha a presunção de violência no art. 224, “a”, do Código Penal, foi por diversas oportunidades objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça. Nessa linha, embora possam ser encontrados julgados em sentido oposto, colaciona-se ementa refletindo a posição majoritária da Corte:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 213 DO CP. AUSÊNCIA DE **VIOLÊNCIA** REAL OU GRAVE AMEAÇA. DESNECESSIDADE. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. **PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA**. OFENSA AO ART. 33, § 2º, "B", DO CP. INOCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

3.3.1 Firmou-se neste Superior Tribunal de Justiça entendimento no sentido de que a **presunção de violência** no crime de estupro cometido contra menores de 14 anos, **prevista na antiga redação do artigo 224, alínea "a", do Código Penal, é de natureza absoluta, de maneira que a aquiescência da ofendida ou mesmo sua experiência com relação ao sexo não tem relevância jurídico-penal**. 2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que "nos termos do art. 33, § 3º do Código Penal - CP, considerando a presença de circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, fica perfeitamente justificado o regime prisional fechado" (HC 352.426/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 02/06/2016).⁷⁸

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 352.426/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24 de maio de 2016. Disponível em:

Não obstante, foi sob o rito do art. 543-C, do Código de Processo Civil, que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou a questão. O caso concreto apresentado à Corte aludia à possibilidade do consentimento da vítima afastar a tipicidade penal do art. 217-A do Código Penal, notadamente diante da adequação social da conduta.

O Relator do Recurso Especial 1480881/PI, Ministro Rogério Schietti Cruz, da Terceira Seção, julgou o caso no qual o acusado manteve relações sexuais com a ofendida de onze anos de idade, restando comprovado através dos elementos coligidos, que a vítima mantinha namoro com o réu, desde os oito anos de idade.

No bojo da decisão, verificou-se que a absolvição do denunciado em sede recursal, iria na contramão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao passo que o julgamento recairia inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, ao invés da análise do comportamento do réu.

Ademais, o relator destaca que os fundamentos trazidos pelos desembargadores que inocentaram o réu, seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em crimes desta natureza. Nas palavras do relator, portanto, a vítima restou “etiquetada” pelo seu “grau de discernimento”, uma vez que estaria devidamente informada sobre os assuntos da sexualidade, devendo-se atentar, contudo, para o fato do réu, com idade superior a 25 anos de idade, ter iniciado um relacionamento amoroso com uma criança de 8 anos de idade.

Assim, assentou-se entendimento de que a anuência da ofendida não teria idoneidade para afastar a aplicação da pena prevista no crime de estupro de vulnerável, razão pela qual o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí foi reformado, restabelecendo-se a sentença condenatória proferida pelo juiz de primeiro grau.⁸⁹

De mais a mais, através de pesquisas nos julgados mais recentes do Tribunal da Cidadania, conclui-se que se firmou entendimento para a rigidez do dispositivo, alinhando-se, desta forma, com o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, isto é, refuta-se a flexibilização da presunção de violência do crime de estupro de vulnerável.

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=hc+352426&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 10 mar. 2017.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1480881/PI, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;secao.3:acordao;resp:2015-0826;1480881-1463867>>. Acesso em: 10 mar. 2017

3.4 Precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Traçando uma breve análise no âmbito jurisdicional do Tribunal de Justiça do Paraná, nota-se que os precedentes, na maioria dos julgados, coadunam-se com o entendimento majoritário das Cortes Superiores de nosso país, na medida em que reconhecem o caráter absoluto da presunção de violência nos crimes sexuais em face das pessoas vulneráveis, inserindo-se, neste aspecto, os menores de 14 anos de idade.

Para tanto, é interesse observar que a 5ª Câmara Criminal já apresentou posicionamentos antagônicos. A r. desembargadora Fabianne Pieruccini, já entendeu que a presunção de violência, no delito de estupro de vulnerável, é caracterizada pelo caráter absoluto (*jure et de jure*), não havendo que se falar em flexibilização (*juris tantum*) para o fim de considerar a conduta do agente que mantém relações sexuais com menor de catorze anos, atípica.⁹

Para tanto, fundamentando as razões do voto, pontuou que no tipo penal em questão, diante da impossibilidade de discernimento de vítimas de tão pouca idade em entender a respeito de comportamento sexuais, a violência seria sempre presumida de modo absoluto.

Por outro lado, a mesma 5ª Câmara Criminal, todavia na relatoria do magistrado Marcus Vinícius de Lacerda Costa e no âmbito de vigência do revogado art. 224, “a”, do Código Penal, quando do julgamento da Apelação Crime 508912-7, decidiu pela mitigação do caráter absoluto da presunção de violência, destacando no caso concreto a presença de autodeterminação da menor para práticas sexuais.¹⁰

A propósito, fundamentou-se que, por necessidade de ajuste no tratamento de situações jurídicas diversas, além da aquiescência da menor para as práticas sexuais, ausente, portanto, eventual coação, seria plenamente viável o reconhecimento da produção de provas em sentido contrário.

Da mesma forma, extrai-se do julgamento da Apelação Crime 475304-2, de relatoria do magistrado Carlos A. Hoffmann, a excepcionalidade da mitigação da

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Crime 1472004-6, Rel. Fabiane Pieruccini, Quinta Câmara Criminal, julgado em 30 de junho de 2016. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12184018/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1472004-6>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Crime 508912-7, Rel. Marcus Vinícius de Lacerda Costa, Quinta Câmara Criminal, julgado em 10 de maio de 2009. Disponível em: <<https://tjpr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6131824/apelacao-crime-acr-5089127-pr-0508912-7/inteiro-teor-12268222>>. Acesso em: 14 mar. 2017

presunção de violência do crime sexual, mormente as peculiaridades do caso concreto. O r. desembargador, integrante da 4ª Câmara Criminal, sopesando os entendimentos das cortes superiores, acabou por dissentir.

Na oportunidade, a Câmara utilizou o comando constitucional do princípio da ofensividade para excepcionar a inadmissibilidade da produção de prova em sentido contrário e, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, inocentou o réu da imputação apresentada pelo *Parquet*.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO. MENOR DE QUATORZE ANOS. **EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO.** VIOLÊNCIA PRESUMIDA. **NATUREZA RELATIVA.** NAMORADOS. CASAMENTO DA VÍTIMA COM O AGENTE. CONHECIMENTO DA VÍTIMA EM MATÉRIA SEXUAL. CONSENTIMENTO DA MENOR. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE. **AUSÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO.** ABSOLVIÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. Em que pese o entendimento mais moderno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a presunção de violência é absoluta, **excepcionalmente, devem-se considerar as peculiaridades do caso e a doutrina constitucionalista do direito penal, para levar em conta o princípio da ofensividade do bem jurídico tutelado, aplicando-se a tese de presunção relativa de violência.** Recurso de apelação conhecido e provido, para absolver o réu, com fulcro no art.386, inciso III, do Código de Processo Penal. Processo 475304-2, 08/08/2008, julgamento 03/07/2008. (grifo nosso)¹¹

A rigor, embora seja possível encontrar julgados no sentido da mitigação da presunção de violência, os quais foram colocados em destaque, com a reforma legal que pretendeu majorar as reprimendas previstas aos delitos de natureza sexual, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, seguindo o posicionamento das Cortes Superiores, segue na linha de que a presunção é absoluta.

Ressalva-se, contudo, que as discussões não foram sepultadas, porquanto a própria essência do Direito não comporta a ideia de ciência exata, sendo que os operadores do direito possuem a árdua missão de adequar o comando legislativo a cada contexto, buscando a solução mais justa e razoável.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Crime 508912-7, Rel. Marcus Vinícius de Lacerda Costa, Quinta Câmara Criminal, julgado em 10 de maio de 2009. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6131824/apelacao-crime-acr-5089127-pr0508912-7/inteiro-teor-12268222>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

A repugnância com que é tratado o sujeito ativo do delito de estupro de vulnerável, por si só, revela que a infração penal em comento deve ser objeto de pesquisas, uma vez que o desvio de comportamento em questão, sancionado com gravíssimas penas privativas de liberdade, trará consequências indelévels ao condenado.

À vista do exposto, com fulcro no art. 217-A, do Código Penal, pune-se aquele que tem conjunção carnal com pessoa menor de catorze anos ou aqueles em situação de vulnerabilidade, de modo que a exegese do enunciado prescritivo não traz muitas dúvidas acerca dos sujeitos passivos do delito. É de se notar que não há necessidade de eventual constrangimento por parte do sujeito ativo para a prática de atos sexuais, os quais podem ser inclusive de qualquer natureza (felação, sexo anal, coito vaginal).

Todavia, o constrangimento mediante violência e/ou grave ameaça, deverá ser analisado pelo magistrado na aplicação da pena, oportunidade na qual poderá considerar a maior reprovabilidade da conduta do agente, majorando-se, conseqüentemente, a sanção penal.

Apresentando-se breves considerações históricas sobre o crime de estupro, consignou-se que os crimes sexuais sempre foram severamente reprimidos pelas legislações antigas, sobretudo com a aplicação de penas cruéis. A propósito, na maioria das legislações, a configuração do crime exigia a relação carnal acompanhada da violência física ou moral.

Assim sendo, o tratamento do legislador brasileiro em relação aos delitos de natureza sexual não foi diferente, de modo que chegou a estabelecer até mesmo a pena capital em situações específicas, por motivos que hoje são vistos como insignificantes. Registra-se aqui a grande parcela de discricionariedade que o julgador possuía.

Conforme demonstrado, o delineamento dos crimes sexuais foi, paulatinamente, modificando-se. A exigência de uma nova estrutura social e política, impulsionada pelas tendências iluministas, reconheceu a ineficácia de algumas medidas penais, afastando-se fundamentos de natureza eminentemente religiosa, matérias predominantemente axiológicas, para assim, eleger a tutela de bens jurídicos relevantes.

Em grande medida, pode-se afirmar que houve uma “evolução” na seara penal, na medida em que o foco do Direito Penal, antes enraizado por preceitos religiosos, adquiriu roupagem constitucional, sobretudo com o núcleo de proteção pautado pela dignidade da pessoa humana.

Como se sabe, a necessidade de manutenção harmônica do ordenamento jurídico, tornou imperativa a adoção de nova feição também nos crimes sexuais. Especialmente com a promulgação da Constituição Cidadã, no ano de 1988 e, anos depois, com o surgimento da lei 12.015/2009, tornou-se essencial proclamar a defasagem da antiga terminologia “Dos crimes contra os costumes”.

Consequência lógica do reconhecimento da inadequação da antiga expressão, resultou na inevitabilidade de alteração legislativa atinente ao próprio título referente aos crimes sexuais, de forma tal que o poder legiferante optou pelo Título “Dos crimes contra a dignidade sexual”, reforçando a dignidade sexual como bem jurídico tutelado.

Desta feita, ainda que o poder legiferante tenha reconhecido, com acerto, a dignidade sexual como bem jurídico tutelado, não se desconhecendo a existência de posicionamentos contrários a tal afirmativa, as mudanças trazidas pela lei 12.015/2009 não foram idôneas para colocar uma pá de cal nas discussões acerca do caráter da presunção de violência constante no delito de estupro de vulnerável.

O problema da presunção de violência, mesmo com a revogação do artigo 224, alínea “a”, do Código Penal, trazendo a técnica legislativa na figura autônoma do artigo 217-A, do Código Penal, prescindindo o intérprete, por conseguinte, da norma de extensão, tão somente transportou a discussão para outro dispositivo, fazendo-se mister a compreensão do sentido e alcance da figura do vulnerável.

Assevera-se, neste aspecto, que o esforço do poder legislativo, inclusive por meio da Exposição de Motivos, no sentido de que a presunção de violência nos delitos em face dos vulneráveis seria de caráter *absoluto (jure et de jure)*, tratando-se, portanto, de objetividade fática, não foi suficiente para finalizar as contestações.

Impende lembrar que a delimitação do conceito de vulnerável demanda a análise de inúmeras áreas do conhecimento e, partindo-se da premissa de que o vulnerável é aquele que possui uma natureza mais frágil, podendo ser atacado, vulnerado, forçoso reconhecer que a simples subsunção do fato à norma, muitas vezes não revelará efetiva violação do bem jurídico tutelado pelo tipo penal em análise.

É por esse motivo que, no aspecto sexual, deve-se ter em mente que a figura do vulnerável demanda a incapacidade de reação a intervenção de terceiros, imaturidade, fraqueza moral, social e até mesmo biológica. Daí a indispensabilidade de encarar a questão de maneira crítica, não apenas aplicando de maneira robotizada o comando normativo.

Evidentemente, há que ressaltar que não se despreza a especial proteção conferida à

criança e ao adolescente por meio de inúmeras disposições legais, inclusive revestidas de caráter constitucional (art. 227, da Constituição Federal), todavia, não se pode perder de vista a vertente material da tipicidade, evitando-se, assim, terríveis injustiças a pretexto da almejada uniformidade jurisprudencial.

A rigor, não há dúvidas que existe uma divisão substancial da doutrina em afirmar qual seria o caráter da presunção de violência no crime sexual de estupro de vulnerável, ao passo que sequer existe eventual parcela majoritária, entretanto, parece perigoso dispensar a máquina judiciária de raciocinar, quando a pura e simples objetividade fática, transformaria o sexo consentido em estupro.

Inevitavelmente, a situação é refletida nos inúmeros precedentes, de modo que no Supremo Tribunal Federal, ainda que o Pleno não tenha analisado a matéria, observa-se que a tendência é de que a presunção seja reputada como absoluta. Em apenas uma oportunidade isolada, com a relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Pretório Excelso mitigou o comando normativo e absolveu o réu das imputações que lhe foram atribuídas.

Igual percepção é extraída na vigência da Lei 12.015/2009, de modo que a lógica decisória no Superior Tribunal de Justiça, caminha no sentido da rigidez da presunção de violência.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná também adota posicionamento mais rígido em relação a prática delituosa do art. 217-A, especialmente classificando a presunção como absoluta. De fato, sem embargo dos posicionamentos isolados em alguns julgados colacionados no presente trabalho, os desembargadores seguem os entendimentos formulados pelas Cortes Superiores, afastando a flexibilização casuística.

Por todo exposto, ainda que a maioria das decisões apontem para a presunção absoluta de violência, não há que se perder de vista a proporcionalidade e a razoabilidade que as decisões devem apresentar, ponderando, em cada situação específica, a razão pela qual adotou-se determinado entendimento, sempre com vistas a finalidade do Direito Penal, atentando-se que a relativização só pode ocorrer em casos onde ausentes quaisquer indícios de exploração sexual.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, v. 4, parte especial 4. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de Direito Penal**, v. 4, parte especial. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, Código Penal (1940). Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 51500, Rel. Min. Antônio Neder, Segunda Turma. Julgado em 08 de outubro de 1973. **Lex**: jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jspdocTP=AC&docID=6340>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 736629, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma. Julgado em 21 de maio de 1996. **Lex**: jurisprudência do STF. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744007/habeas-corpus-hc-73662-mg>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 97052, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma. Julgado em 16 de agosto de 2011. **Lex**: jurisprudência do STF. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_97052_PR_1319324890_559.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 352.426/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24 de maio de 2016. **Lex**: jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=hc+352426&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1480881/PI, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26 de agosto de 2016. **Lex**: jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;secao.3:acordao;resp:2015-08-26;1480881-1463867>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Crime 1472004-6, Rel. Fabiane Pieruccini, Quinta Câmara Criminal, julgado em 30 de junho de 2016. **Lex**: jurisprudência do TJPR. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12184018/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1472004-6>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Crime 508912-7, Rel. Marcus Vinícius de Lacerda Costa, Quinta Câmara Criminal, julgado em 10 de maio de 2009. **Lex**: jurisprudência do TJPR. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6131824/apelacao-crime-acr-5089127-pr-0508912->

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Crime 475304-2, Rel. Carlos A. Hoffmann, Quarta Câmara Criminal, julgado em 03 de julho de 2008. **Lex:** jurisprudência do TJPR. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4753042/apelacao-crime-acr-pr-0507453-7/inteiro-teor-1753774>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

CANELA, Kelly Cristina. **O Estupro no Direito Romano**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012, pg.11.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais**, Comentários à Lei nº12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Penal Esquematizado**, parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, parte especial: v.2. 6. ed. revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Vol. II. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

_____. **Curso de direito penal: parte especial - v. 3**. 13. ed. Niterói: Impetus, 2015.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**, 3º volume: parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, 2011, p. 7. Disponível em: <seer.uniritter.edu.br/index.php/uniritterlawjournal/article/download/1222/743>. Acesso em: 25 out. 2016.

MASSON, Cléber. **Código Penal Comentado**, 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**, dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos v. 3. 27. ed. atualizado por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, v. 3, parte especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. II. 9. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ZEITLIN, Froma. **Estupro**. Rio de Janeiro: Rio Fundo Editora Ltda, 1992.