

CONCEPÇÃO DE VULNERABILIDADE NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL

THE IDEA OF VULNERABILITY ON THE ARTICLE 217-A OF THE PENAL CODE – VULNERABLE RAPE

Leticia Metzka¹

Jaqueline de Kassia Ribeiro de Paiva²

RESUMO

O delito de estupro de vulnerável passou a integrar nossa legislação em 2009, pela lei 12.015, a qual criminalizou em um único tipo penal a conjunção carnal ou atos libidinosos com pessoa menor de 14 anos, enfermos ou deficientes mentais, que não possuem o discernimento para o ato, e vítimas que, por qualquer outra causa, não possam resistir ao agressor. Alterado novamente em 2018, o dispositivo legal foi aperfeiçoado ao determinar que os atos mencionados no caput do artigo independem do consentimento da vítima ou de ato sexual praticado por ela anteriormente ao crime.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicação jurídica. Vulnerável. Conjunção carnal. Ato libidinoso.

ABSTRACT

The crime of rape of vulnerable became part of our legislation in 2009, by the law 12.015, which criminalized in a single penal type the carnal conjunction or libidinous acts with a person under the age of 14, sick or mentally disabled, who doesn't have the discernment for the act, and victims who, for any reason can't resist the aggressor. Changed again in 2018, the legal provision was improved by determining that the acts mentioned in the caput of the article are independent of the victim's consent or of a sexual act performed by the victim before the crime.

KEYWORDS: Legal application. Vulnerable. Carnal Conjunction. Libidinous act.

1. INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro (CPB) foi alterado com a sanção da Lei nº 12.015 em 2009, que alterou o Título VI da Parte Especial, em que tutelava os crimes contra os costumes. Os delitos sexuais com menores de idade ou vulneráveis eram tipificados somente como Estupro ou Atentado Violento ao Pudor, em que considerava-se a circunstância fática. No momento, com o vigor da lei, o bem tutelado é a liberdade e a dignidade sexual do agente passivo.

¹ Acadêmica de Direito do 10º período da Universidade de Gurupi (UnirG). E-mail: leticiametzka@gmail.com.

² Professora Mestra Orientadora do Curso de Direito da Universidade de Gurupi (UnirG). E-mail: jakpaiva1@hotmail.com.

Em 2018 o texto legal foi aperfeiçoado, por meio da Lei nº 13.718, que acrescentou ao dispositivo legal o parágrafo quinto. O aditamento do artigo definiu que o consentimento da vítima, quando menor de 14 anos, ou o fato da mesma ter mantido relações sexuais anteriores ao fato criminoso, são irrelevantes no processo legal.

As modificações no Código Penal não cessaram os questionamentos acerca das condições que tornam as vítimas vulneráveis na conjunção carnal ou no ato libidinoso, como também a imposição da irrelevância do consentimento nos casos de estupro envolvendo menores de 14 anos. Ante a existência de discordâncias, constatou-se três possíveis fechos quanto a interpretação jurídica do artigo 217-A.

A primeira hipótese está na divergência doutrinária e consenso entre Tribunais de Justiça (TJ), em que autores renomados do Direito Penal Brasileiro, tais como Nucci (2020) e Capez (2019), apresentam o consentimento da vítima menor de 14 em abordagens distintas. A segunda possível apreciação está na divergência doutrinária juntamente com o conflito jurisprudencial. Por fim, é viável que ocorra o consenso entre doutrinas, como Cunha (2017), Greco (2015) e Gonçalves (2016), além da harmonia entre Tribunais.

Em razão da divergência quanto a vulnerabilidade da vítima nos casos de estupro, é essencial que esclarecer quais condições a tornam, de fato, vulnerável. Portanto, faz-se necessário apreciar a previsão legal o estupro de vulnerável e suas disposições, como também sua aplicação efetiva no ordenamento jurídico brasileiro e aspectos doutrinários.

2. METODOLOGIA

O presente trabalho fora desenvolvido por meio de pesquisa qualitativa, com estudo bibliográfico, no qual procurou-se identificar os principais autores sobre o tema, com publicações a partir de 2009, ano de vigência da lei que altera o Código Penal. Buscou-se ainda a interpretação conferida pelos Tribunais brasileiros, ao tema em estudo. Para análise e interpretação dos dados, usou-se o método dedutivo, pois partiu-se de princípios reconhecidos como verdadeiros sobre a vulnerabilidade prevista em lei (premissa maior), estabelecendo-se relações com os pensamentos dos autores (premissa menor) para, a partir de raciocínio lógico, chegar ao real significado sobre o conceito de vulnerabilidade previsto na legislação penal, especialmente nos crimes contra dignidade sexual.

Para a consideração do acervo foram determinados como critérios de inclusão e exclusão a data de publicação, especificamente, a partir de 2009, ano em que o artigo 217-A foi

estabelecido no Código Penal, até o presente e o conteúdo dos documentos, ampla abordagem da tipificação do estupro de vulnerável no Brasil.

A base legal primordial na construção da pesquisa foi o artigo 217-A do Decreto-Lei nº 2.848 de 1940, que instituiu o Código Penal Brasileiro, juntamente com as Leis 12.015/2009 e 13.718/2018, essenciais na caracterização da transgressão legal prevista como estupro de vulnerável, assim como as interpretações doutrinárias e jurídicas relativas ao delito.

3. INCLUSÃO DO ARTIGO 217-A NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Anteriormente a Lei 12.015, sancionada no ano de 2009, os atos sexuais contra pessoa considerada vulnerável eram considerados somente estupro, previsto no artigo 213, ou atentado violento ao pudor, segundo o artigo 214, ambos do Código Penal, enquanto a violência dos delitos fundamentava-se no artigo 224 do mesmo código, sendo entendida majoritariamente como violência presumida de forma absoluta. O advento da alteração do Título VI do Decreto-lei nº 2.848 de 1940, os artigos 214 e 224 foram revogados, como também instituiu o artigo 217-A, em que o bem jurídico tutelado é a dignidade sexual do sujeito vulnerável, além de modificar diversos outros artigos do ordenamento jurídico brasileiro no âmbito penal. (CUNHA, 2017, p.495).

Porém, quase dez anos depois, o artigo ainda sofreu alterações. Em setembro de 2018 entrou em vigor a Lei nº 13.718, que acrescentou o parágrafo quinto ao artigo 217-A, dispondo que as penas previstas ao crime de estupro vulnerável serão aplicadas independentemente do consentimento da vítima ou se ela já tenha praticado ato sexual anterior ao crime. Desta forma, atualmente, o estupro de vulnerável previsto na legislação penal brasileira consiste em:

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

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)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações

sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018) (BRASIL, CÓDIGO PENAL, 1940).

Assim sendo, em linhas gerais, consiste em um crime em que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, mas o sujeito passivo deve observar as disposições do artigo, sendo passíveis de sofrer o delito menores de 14 anos, enfermos ou deficientes mentais, como qualquer indivíduo que não seja capaz de discernir sobre a prática em questão ou que não possa oferecer resistência por algum outro motivo, que serão evidenciados posteriormente. O direito tutelado é a autonomia da pessoa em decidir sobre o seu corpo quanto aos atos sexuais, enquanto o objeto material é o ser em condição de vulnerabilidade. O delito é consumado no momento em que há a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, em que a satisfação do criminoso não é essencial na ocorrência da prática delitativa. Ressalta-se ainda que é possível ocorrer somente a tentativa. (NUCCI, 2020, pp. 1184-1185).

Na vulnerabilidade pela idade, somente são consideradas vulneráveis as pessoas que ainda não possuem 14 anos completos. Desta forma, se o ato consentido ocorrer no 14º aniversário, não se considera vulnerável, sendo assim, fato atípico. (GONÇALVES, 2016, p. 677)

O objetivo do tipo penal está em proteger a vítima vulnerável, em que está fragilizada ou em perigo, que podem consistir em “fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica”. Ainda que haja o amadurecimento sexual precoce, em que, supostamente, há o discernimento do ato, é considerada vulnerável. (CAPEZ, 2019, p. 156). O elemento subjetivo da conduta é a satisfação da lascívia, enquanto os elementos objetivos do tipo penal são analisados minuciosamente:

Ter (conseguir, alcançar) *conjunção carnal* (cópula entre pênis e vagina) ou *praticar* (realizar, executar) outro *ato libidinoso* (qualquer ação relativa à obtenção de prazer sexual) com menor de 14 anos, com alguém *enfermo* (doente) ou *deficiente* (portador de retardo ou insuficiência) mental, que não possua o *necessário* (indispensável) *discernimento* (capacidade de distinguir e conhecer o que se passa, critério, juízo) para a prática do ato, bem como com alguém que, por *outra causa* (motivo, razão), não possa oferecer *resistência* (força de oposição contra algo). (NUCCI, 2020, p. 1184, grifo do autor).

O artigo 225 do Código Penal estabelece que a ação penal é pública incondicionada, em que preceitua a vulnerabilidade absoluta, enquanto o artigo 234-B do CPB dispõe que os processos correrão em segredo de justiça.

O estupro de vulnerável possui penas mais gravosas que o estupro previsto no artigo 213, que trata do estupro na sua modalidade comum. Ainda assim, pode incorrer no delito alguma causa de aumento que estão previstas nos artigos 226 e 234-A, ambos do CP. (GRECO,

2015, p. 549). O artigo 226 dispõe que a pena é aumentada, em geral, de quarta parte, quando há o concurso de pessoas (duas ou mais) e, de metade, “se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”. Quanto ao aumento previsto no artigo 234-A refere-se aos crimes previstos no Título VI, em que terá o acréscimo, de metade, se resultar em gravidez da vítima e, um sexto até a metade, caso ocorra o contágio de doença sexualmente transmissível. (BRASIL, CÓDIGO PENAL, 1940).

Ao realizar a comparação entre os artigos 213 e 217-A, ambos do Código Penal, nota-se que há o diferencial “mediante violência ou grave ameaça”, portanto, no Estupro de Vulnerável, diferentemente do Estupro, é dispensável a ocorrência violência ou grave ameaça para que ocorra.

Por fim, assinala-se que a conduta criminosa prevista no artigo 217-A (*caput* e parágrafos 1º a 4º) consta no rol de crimes hediondos da Lei nº 8.072/1990, artigo 1º, inciso VI. (CAPEZ, 2019, p. 167).

Esta alteração legislativa promoveu uma ampla discussão na doutrina, recebendo, naturalmente, críticas e elogios dos autores, conforme visto abaixo.

4. INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA DO TERMO VULNERÁVEL NO CRIME DE ESTUPRO

O artigo 217-A, embora bastante explícito na sua previsão, sobretudo com o acréscimo do parágrafo quinto, ainda é alvo discussões. Anteriormente ao advento da Lei nº 13.718 de 2018, discutia-se a possibilidade de a vítima menor de 14 anos não ser vulnerável, mesmo que o *caput* do artigo precisasse que sim. Há sempre quem busque fundamentos e pretextos para impedir que incriminado não seja punido por manter relação sexual com menores de 14 anos, como, por exemplo, o fato de a vítima já ter tido relação sexual. (GONÇALVES, 2016, p. 675).

No mesmo sentido, existiam duas correntes acerca da fragilidade do menor de 14 anos, em que a primeira “sustentava a necessidade de apurar, concretamente, a incapacidade do menor”, enquanto a corrente majoritária prezava pela “aplicação absoluta da regra relativa à idade”, esta última que prevaleceu na lei. (CUNHA, 2017, p. 498).

O texto da lei dispensa o consentimento da vítima. Portanto, aquele que tiver conhecimento quanto a idade da vítima, sendo esta ela de 14 anos, ainda que consentido o ato, responde pela prática do estupro de vulnerável. (GRECO, 2015, p. 542)

Posto isto, como mencionado anteriormente, a disposição legal em questão é bastante concisa no tocante a idade da vítima:

A inclusão do § 5.º ao art. 217-A possui o nítido objetivo de tornar claro o caminho escolhido pelo Parlamento, buscando colocar um fim à divergência doutrinária e jurisprudencial, no tocante à vulnerabilidade da pessoa menor de 14 anos. Elege-se a vulnerabilidade absoluta, ao deixar nítido que é punível a conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos independentemente de seu consentimento ou do fato de ela já ter tido relações sexuais anteriormente ao crime. Em primeiro lugar, há de se concluir que qualquer pessoa com menos de 14 anos, podendo consentir ou não, de modo válido, leia-se, mesmo compreendendo o significado e os efeitos de uma relação sexual, está proibida, por lei, de se relacionar sexualmente. (NUCCI, 2020, pp. 1188-1189).

Embora a doutrina seja harmônica quanto ao fato de constituir crime de conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos, há correntes que pregam que os legisladores brasileiros não acompanham as mudanças na sociedade quanto aos conceitos de criança e adolescente, inclusive, considerando-o retrógrados. O legislador penal deveria ter levado em consideração os conceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que considera-se criança até os 12 anos, posterior a isso, considera-se adolescente, de forma que a idade de 14 anos fosse eliminada. (NUCCI, 2020, p.1189)

Para embasar a argumentação, destaca-se que o Brasil possui dimensão continental, o que torna os costumes e valores questões variáveis, apontando que existem famílias constituídas de mães com 13 ou menos anos. Ainda, que não há como proteger a mãe e punir o pai com uma pena de no mínimo 8 anos, retirando-o da convivência familiar, com base na supremacia do bem jurídico que é entidade familiar, em que se afasta a aplicação do artigo 217-A ao sobrepor o direito constitucional da família. (NUCCI, 2020, pp. 1189-1190).

No entanto, a aplicação da pena independentemente do consentimento surgiu por motivos contrários ao mencionado anteriormente. O parágrafo quinto teve sua origem na CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) da Exploração Sexual, presidida pela deputada Erika Kokay (PT-DF), em que realizou investigação nos anos de 2003 e 2004 quanto a exploração sexual de crianças e adolescentes. A conclusão da deputada foi baseada em decisões judiciais em que consideravam a conduta atípica quando alegavam o consentimento da vítima ou que a mesma quem seduziu o agressor, bem como também ter mantido relação sexual anterior ao fato, conforme publicado por Oscar Telles em 2013, que ainda dependia de aprovação naquele momento. (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013).

Observa-se que, conforme exposto, independentemente do consentimento, o transgressor da norma deve ter conhecimento da idade da vítima. Caso não tenha conhecimento,

pode ocorrer o erro de tipo, conseqüentemente, atipicidade do fato ou desclassificação para a modalidade comum do estupro, prevista no artigo 213 do CPB. (GRECO, 2015, p. 542).

Ao analisar o *caput* do artigo 213, nota-se que cada prática delituosa possui suas particularidades expressas no texto legal. O estupro, mencionado em sua modalidade comum, ocorre quando há o constrangimento da vítima por meio do emprego de violência ou grave ameaça, como também que haja a conjunção carnal ou que a vítima pratique ato libidinoso ou permita que aconteça. Trata-se de uma permissão coagida, inválida. Desta forma, ao diferenciar os delitos, percebe-se, especialmente, que o estupro de vulnerável não exige a existência do constrangimento mediante violência ou grave ameaça para o ato sexual. (GRECO, 2015, p. 466). Exemplificando:

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, devido à sua compleição física, bem como pelo modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas etc., quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um mote, onde com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, tendo em vista a ausência de violência física ou grave ameaça. (GRECO, 2015, pp. 542-543).

Quanto aos enfermos ou deficientes mentais, nesse caso, as vítimas não possuem o discernimento necessário para permitir que o contato sexual ocorra, sendo fundamental a realização de perícias médicas para constatar se, de fato, a doença ou o problema mental retiraram por completo a capacidade da vítima. (GONÇALVES, 2016, p. 677). Contrariando o *caput* do artigo, nesse caso, deve-se apurar o porte da enfermidade ou deficiência, pois diferentemente do que previa o artigo 224, que presumia a violência contra pessoa deficiente, o artigo 217-A é específico quanto a imprescindibilidade de discernimento. (CUNHA, 2017, p. 499).

Não há a proibição da prática sexual por pessoas enfermas ou deficientes mentais, em que levam uma vida sexual normal, como também não quer a punição daquele que mantém relações sexuais com pessoas sob essas condições. O objetivo do texto legal é evitar que aconteça a conjunção carnal ou ato libidinoso com alguém que não tenha discernimento, por enfermidade ou deficiência mental, para consentir com o ato. (GRECO, 2015, p. 544)

Esta alteração legislativa harmoniza-se com a proteção especial aos deficientes, destacando-se a Lei nº 13.146 de 2015, que estabeleceu o Estatuto da Pessoa com Deficiência. A instituição da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência é relevante, pois traz ao meio jurídico considerações essenciais para o exercício dos direitos e liberdade dos deficientes.

Isso deve-se a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo de Nova Iorque, assinados em 2007, que, conseqüentemente, no Brasil motivou o Decreto Legislativo nº 186 de 2008.

A Constituição Brasileira de 1988 dispõe em seu artigo 5º, parágrafo terceiro, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados constituirão a legislação com valor de emenda constitucional.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro é considerada pessoa deficiente aquela que, por um longo prazo, possui impedimentos de participação social, em sua totalidade ou apenas parcialmente, motivadas por circunstância física, mental, intelectual ou sensorial. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, assim como o artigo 217-A, preza pela dignidade sexual dos deficientes. Especificamente, no artigo 6º, inciso II, do Estatuto é disposto que a deficiência não afeta os direitos sexuais e reprodutivos.

A comprovação da deficiência, necessária nos casos em que ocorre o estupro de vulnerável, se dá por meio de avaliação que seguirá, em consonância com o artigo 2º, parágrafo primeiro, do Estatuto, os seguintes critérios:

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: (Vigência)
I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
III - a limitação no desempenho de atividades; e
IV - a restrição de participação. (BRASIL, ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, 2015).

A presunção aqui não é absoluta de incapacidade de expressar a vontade para o ato sexual de modo que há margens para discussão dentro do processo, sobre os limites da faculdade da vítima, admitindo-se prova em contrário de que a vítima tenha exercido uma liberdade, e estivesse, no momento do ato em pleno exercício e gozo de suas faculdades mentais.

Outro objeto de debate do artigo 217-A é o não oferecimento de resistência por qualquer outra causa, tendo em vista não especificar quais outras causas e colocar em dúvida a vulnerabilidade da vítima. A fim de elucidar a questão, pode-se mencionar casos de vítimas impossibilitadas de resistir, ocasionados por "embriaguez letárgica, o sono profundo, a hipnose, a idade avançada, a sua impossibilidade, temporária ou definitiva, de resistir, a exemplo daqueles que se encontram tetraplégicos etc." Nesse caso, independe se foi o agente quem colocou a vítima na situação de impossibilidade ou se ela já se encontrava dessa forma, pois em

ambos serão tipificados o delito. (GRECO, 2015, p. 545). Na mesma perspectiva, é disposto que:

É indiferente que o fator impossibilitante da defesa da vítima seja prévio (doença, paralisia, idade avançada, estado de coma, desmaio), provocado pelo agente (ministração de sonífero ou droga na bebida da vítima, uso de anestésico etc.) ou causado por ela própria (embriaguez completa em uma festa). É necessário que o agente se aproveite do estado de incapacidade de defesa e que se demonstre que este fator impossibilitava por completo a capacidade de a vítima se opor ao ato sexual. (GONÇALVES, 2016, p. 678).

A fim de demonstrar o quão real são os fatos, exemplifica-se com a existência de casos já noticiados de pessoas que engravidaram estando em coma, como também abusos por parte de profissionais da saúde que se aproveitaram de pessoas em estado vegetativo, anestesiadas ou sedadas. (GRECO, 2015, p. 545)

Assim, em que pese os esforços legislativos, as alterações promovidas não escapam das críticas e das interpretações diversas conferidas pelos doutrinadores, especialmente na aplicabilidade da lei aos casos concretos, conforme será visto a seguir.

5. O ARTIGO 217-A APLICADO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Uma das prestigiadas formas de demonstrar como são aplicadas as leis no sistema jurídico brasileiro é por meio de súmulas e jurisprudências, esta última que consiste em um conjunto de decisões dos tribunais, a fim de garantir segurança jurídica acerca de uma matéria. (FACHINI, 2020, n.p).

Os entendimentos jurisprudenciais constantes no presente trabalho referem-se a conduta criminosa do estupro de vulnerável. Os tribunais de justiça - TJ regionalizados foram escolhidos de forma aleatória, em que foi utilizada a ferramenta de pesquisa de jurisprudências do site de cada TJ, a fim de comparar as decisões proferidas. Assim, para realizar a pesquisa no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios buscou-se por jurisprudências com base nos termos “estupro de vulnerável”, que apresentou 2.698 resultados, sendo, entre eles, 2.663 acórdãos e 32 informativos de jurisprudências. Ao aprimorar a pesquisa, acrescentando “menor de 14 anos”, os resultados consistiram em 409 acórdãos e 4 informativos. Quando consultado o estupro de vulnerável por “temor reverencial”, somente foram encontrados 6 acórdãos.

Ao pesquisar jurisprudências no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, foram utilizadas as palavras chaves "estupro de vulnerável", que resultaram em 1.032 processos julgados, em que não foi possível especificar a quantidade de acórdãos e decisões monocráticas. Ao limitar a consulta de "estupro de vulnerável" com "menor de 14 anos", foram encontradas

419 decisões. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao utilizar as palavras chaves "estupro de vulnerável", foram encontrados 9.870 resultados, entre eles 8.793 acórdãos e 324 decisões monocráticas. Ao especificar a consulta, acrescentando as palavras "menor de 14 anos", resultou em 646 acórdãos e 4 decisões monocráticas dentre um total 655 processos.

Após a aplicação dos filtros de pesquisa, os julgados utilizados nesse trabalho foram escolhidos aleatoriamente, de modo a apresentar um panorama mais geral da aplicabilidade no nosso País.

O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou quanto o delito de Estupro de Vulnerável por meio da Súmula 593, que dispõe:

O crime de estupro de vulnerável se configura 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. (STJ – AgRg - EREsp 1435416 SC 2014/0326216-0, Relator: Ministro Gurgel de Faria, Data de Publicação: DJe 05/05/2015).

Apesar de não abordada doutrinariamente nem expressa diretamente no texto legal, no âmbito jurídico penal brasileiro fora admitida a condição de temor reverencial como uma das causas que impede a vítima de oferecer resistência. Não se versa de ameaça ou da prática de uma violência física, mas sim do exercício de um poder sobre a vítima. Nessa perspectiva, o temor reverencial é o receio da vítima de ir contra ao que o agressor pede ou obriga por respeitá-lo, por entender que deve obedecê-lo ou por, de alguma forma, entender que qualquer manifestação contrária ou de exposição pode gerar consequências das quais tem medo. Exemplificando: relação entre pais e filhos. (COELHO, 2018, n.p).

Evidentemente, será analisado o caso concreto e suas particularidades, objetivando vislumbrar a existência de sinais de temor ou violência moral entre a vítima e o incriminado, motivo pelo qual existem decisões que reconhecem esse tipo de violência enquanto outras não. A divergência pode ser percebida ao analisar, por exemplo, jurisprudências do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJ-DFT), em que Turmas Recursais preferiram no mesmo ano decisões condenando e absolvendo réus acusados da prática do delito previsto no artigo 217-A. (BRASIL, CÓDIGO PENAL, 2017).

À vista disso, a 2ª Turma Recursal do TJ-DFT decidiu:

Estupro de vulnerável. Palavra da vítima. Temor reverencial. Continuidade delitiva. Regime domiciliar. 1 - Nos crimes sexuais, geralmente praticados às ocultas e sem a presença de testemunhas, é de real valor probatório as declarações da vítima, máxime se coerente com as demais provas. 2 - **Se as provas não deixam dúvidas de que os abusos sexuais praticados depois de a vítima completar 14 anos de idade eram**

realizados por meio de violência moral, em um cenário de temor reverencial, o que retirou dessa a capacidade de defesa, impõe-se a condenação do réu, pai da vítima, pelo crime do art. 217-A, §1º, do CP. 3 - Se as provas evidenciam que os crimes sexuais, da mesma espécie, foram praticados diversas vezes durante longo período de tempo - 4 anos -, a fração de aumento da pena será máxima -- de 2/3. 4 - Compete ao juízo da execução apreciar pedido de cumprimento da pena em regime domiciliar, consoante dispõe o art. 66 da LEP. 5 - Apelação do MP provida e não provida a do réu. (TJ-DFT – 2ª Turma Criminal – Segredo de Justiça – Processo nº 0004978-02.2015.8.07.0009 – Relator: Jair Soares – Publicação: DJE 26/09/2017. Grifo nosso).

Em sentido contrário, a 1ª Turma Recursal do mesmo Tribunal (TJ-DFT) não reconheceu a existência do temor reverencial:

PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÕES SEXUAIS ENTRE PAI E FILHA. SUPRESSÃO DA CAPACIDADE DE RESISTÊNCIA NÃO PROVADA. INEXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. ATIPICIDADE DO INCESTO. SENTENÇA REFORMADA. ABSOLVIÇÃO DO RÉU. 1 Réu condenado por infringir quatro vezes o artigo 217-A, §1º, do Código Penal, depois de manter conjunção carnal com a própria filha, aos dezesseis anos de idade e supostamente tolhida na sua capacidade de resistência pelo temor reverencial. **2 As provas indicam que houve conjunção carnal repetidas vezes entre pai e filha, mas não há como afastar o consentimento da vítima nem a sua plena capacidade de resistir ao assédio paterno, de molde a se reconhecer vulnerabilidade emocional e o temor reverencial, com incidência do artigo 217-A, §1º, do Código Penal.** A adolescente contava dezesseis anos quando veio morar com o pai, permanecendo juntos durante seis meses. Podia visitar a mãe, as tias e outros familiares quando quisesse, relatando a qualquer tempo os atos pecaminosos do pai, pois contava com o apoio financeiro e emocional dos parentes. Também não se pode enquadrar a conduta na moldura do artigo 213 do Código Penal, porque a vítima declarou que nunca houve violência nem grave ameaça para obrigá-la ao ato sexual, apenas não reagindo porque era acometida de uma espécie de estado catatônico. Declarou ainda que, como não queria voltar a morar com a mãe, não contava o se passava aos familiares. Embora seja moralmente execrável e pecaminoso, o conúbio sexual consentido entre pai e filha configura o incesto, que não é descrito na lei penal como crime. 3 Apelação provida para absolver o réu. (TJ-DFT – 1ª Turma Criminal – Segredo de Justiça – Processo nº 0032671-98.2014.8.07.0007 – Relator: George Lopes – Data de Publicação: DJE 12/07/2017. Grifo nosso).

Apesar da decisão da 1ª Turma Criminal do TJ-DFT, o temor reverencial não está atrelado ao consentimento da vítima, pois, nesses casos, a vítima consente justamente por temer o sujeito ativo do delito. Portanto, pode a vítima condescender com ocorrência da infração penal e omitir os fatos por medo de sofrer outras formas de reprimendas e ainda assim ser violada. É um consentimento inválido, pois somente ocorreu mediante violência moral exercida pelo agressor.

O Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJ-TO) também apresentou divergência em suas decisões, todavia, em épocas diferentes. No ano de 2015, ante a inexistência da condição apresentada pelo parágrafo quinto, o consentimento da vítima foi validado, pois o relator João Rigo Guimarães deliberou, na Apelação Criminal nº 5008206-37.2013.827.0000,

“o consentimento não viciado e o livre convencimento da menor de 14 anos para a prática da conjunção carnal elidem a tipificação do crime de estupro de vulnerável”.

Recentemente, o posicionamento adotado pelas Turmas das Câmaras Criminais tocantinenses segue o previsto na lei. Em 2018, no mesmo sentido, por meio da relatora Maysa Vendramini Rosal, o Tribunal decidiu:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ROBUSTO CONJUNTO PROBATÓRIO QUE CONFIRMA A CONFISSÃO REALIZADA TANTO NA FASE POLICIAL QUANTO EM JUÍZO. CONSENSO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. CONDUTA SIGNIFICANTE PARA O DIREITO PENAL. RECURSO PROVIDO. [...] 2. **Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.** Tese assentada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial Repetitivo. [...] 4. Nem se diga que, diante do discernimento e consentimento da vítima menor de 14 anos, essa conduta perde o seu caráter ofensivo quando ponderada com os princípios da subsidiariedade, intervenção mínima e fragmentariedade. Afinal, em casos deste jaez, a presunção de vulnerabilidade é absoluta, o que demonstra a relevância do fato concreto para o Direito Penal, afastando a possibilidade de descriminalização da conjunção carnal entre o apelante e a vítima de apenas 13 anos de idade. (TJ-TO – 4ª Turma Criminal – Apelação Criminal – Processo nº 0004491-96.2018.827.0000 – Relatora: Maysa Vendramini Rosal – Data de Publicação: 13/06/2018. Grifo nosso).

Nota-se que, geralmente, as decisões analisam as singularidades de cada caso para condenar ou absolver o réu, ou desclassificar a conduta, em que não há espaço para dúvidas quanto a ocorrência. Consta-se que o TJ-TO menciona em sua decisão, citada anteriormente, um “robusto conjunto probatório que confirma a confissão”, ao passo que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS), ao se deparar com um caso concreto inteiramente diverso, decidiu da seguinte forma, conforme relator Ivan Leomar Bruxel:

APELAÇÃO. CÓDIGO PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ART. 217-A. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. Acusação de estupro de vulnerável na modalidade conjunção carnal. Réu que também era menor de idade quando se envolveu com a vítima. A possibilidade de conjunção carnal, dentro do período exposto na denúncia, foi afastada pelo laudo pericial que apontou ser a vítima virgem à época. A condenação, dentro desse contexto, feriria o princípio da correlação. **E as circunstâncias que envolveram o caso são estritamente peculiares.** O depoimento da suposta ofendida também é impreciso, corroborado pelo laudo psiquiátrico que apontou desvio de conduta de adolescente. **Por todos esses fatores, não merece prosperar a pretensão acusatória. Absolvição confirmada, com fundamento no art. 386, II, do CPP, pois não há prova da existência do fato.** APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPROVIDO. UNÂNIME. (TJ-RS – 5ª Câmara Criminal – Apelação Criminal – Processo nº 70083675041 – Relator: Ivan Leomar Bruxel – Data de Julgamento: 22.04.2020. Grifo nosso).

Quando a materialidade e a autoria estão comprovadas nos autos, por meio das provas produzidas no processo, o TJ-RS decide pela condenação do réu. Nesse seguimento, a relatora Isabel de Borba Lucas, na Apelação Criminal nº 70083292979, manteve a condenação do réu quando “a materialidade e a autoria restaram suficientemente comprovadas pela prova produzida nos autos, notadamente considerando o depoimento das vítimas, amparado pelas demais provas carreadas aos autos” em processo transitado no TJ-RS em 2020.

Perante o exposto, constata-se que, os tribunais brasileiros, representados neste estudo pelos Tribunais do Distrito Federal, Tocantins e Rio Grande do Sul, decidem segundo com a previsão da legislação vigente, após uma análise das particularidades de cada caso e conjunto probatório, nos quais estão evidenciadas autoria e materialidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o estudo exposto, conclui-se que não resta entendimento absoluto sobre a aplicação do artigo 217-A, do Código Penal, no sistema judiciário brasileiro. As doutrinas adotadas, relevantes no estudo do direito penal brasileiro, majoritariamente elucidam a interpretação do artigo de acordo com a previsão do texto legal. Ou seja, entende que a conjunção carnal ou qualquer outro libidinoso com menor de 14 anos, independentemente do seu consentimento, constituirá a violação do tipo penal. Além de vítimas vulneráveis por demais condições, nesse caso, independentemente da idade, tais como enfermidade ou problema mental, ambos comprovados por documentação médica, que retirem a sua capacidade de discernimento. As doutrinas ainda exemplificam outras condições que tornam as vítimas vulneráveis nos casos de estupro, como overdose de álcool ou drogas, independentemente do agente não ser o causador desse fato, além de idade avançada, deficientes físicos, como tetraplégicos, entre outras.

No que tange a interpretação do artigo 217-A nos tribunais brasileiros, depreende-se que também acata o previsto na legislação. O acréscimo do parágrafo quinto foi essencial na resolução da controvérsia acerca do consentimento da vítima menor de 14 anos, de forma que, independentemente do consentimento, a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, nessa condição, constituirá crime. No entanto, para as demais condições de vulnerabilidade expostas no parágrafo primeiro serão analisadas as peculiaridades de cada caso. Por exemplo, nos casos de enfermidade ou deficiência mental, deverão ser comprovadas por registros médicos, assim como “qualquer outra causa” que retire a resistência da vítima também deverá ser comprovada.

Destaca-se a existência da causa “temor reverencial” nas jurisprudências, ainda que não exploradas nas doutrinas apreciadas, que, para os tribunais, impossibilita a recusa do indivíduo, tornando-o vulnerável. Todavia, são investigados caso a caso, pois deve haver, ratificado, o sentimento de medo ou receio comprovadamente.

Em aspectos gerais, ressalta-se que os atos sexuais com menor de 14 anos, que ocorrerem no território brasileiro, serão considerados crime, tipificado no artigo 217-A, ainda que com o consentimento da vítima. Quando ocorrer com pessoas enfermas, deficientes mentais ou que por alguma outra causa impossibilite a resistência ao agressor, ainda que maiores de 14 anos, também será caracterizado o estupro de vulnerável.

Por certo, o aditamento do Código Penal, por meio da Lei nº 12.015 de 2009, é de grande valia para proteger a dignidade sexual dos indivíduos. No entanto, no caso do estupro de vulnerável, somente foi aprimorado com o advento da Lei nº 13.718 de 2018, quase dez anos após a criminalização específica, de maneira que vítimas estiveram desprotegidas ao longo desse período. Atualmente, com a pacificação relativa ao consentimento e ato sexual anterior ao crime, os Tribunais de Justiça seguem o previsto em lei, o que, de modo geral, deve ser feito.

Ressalta-se que nas condutas delitivas de cunho sexual, a palavra da vítima é essencial para comprovação da prática criminosa, pois, geralmente, ocorrem de forma oculta, sem a presença de testemunhas. Contudo, os tribunais demonstraram que unicamente o relato da agressão não é suficiente, contexto que pode colocar em risco o respaldo jurídico da vítima.

Apesar de não ser possível elaborar um rol taxativo no que se refere a “qualquer outra causa” ou demais circunstâncias, em virtude da ampla quantidade de fatores que podem tornar o sujeito passivo do delito em questão, é preciso refinar os critérios de investigação e apreciação dos casos de estupro de vulnerável.

REFERÊNCIAS

ALVES, Thays Cristinne Cardoso. **Análise do crime de estupro de vulnerável**. Monografia (Bacharelado) – UniEvangélica, Anápolis – GO, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: </ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo Nº 186, de 2008**. Brasília, 2008. Disponível em: </ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula nº 593. AgRg EREsp 1435416 SC 2014/0326216-0, Relator: Ministro Gurgel de Faria. Data de publicação: DJe 05/05/2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 1ª Turma Criminal. Segredo de Justiça. Processo nº 0032671-98.2014.8.07.0007. Relator: George Lopes. Data de publicação: DJE 12/07/2017. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Criminal. Segredo de Justiça. Processo nº 0004978-02.2015.8.07.0009. Relator: Jair Soares. Data de publicação: DJE 26/09/2017. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 5ª Câmara Criminal. Apelação Criminal. Processo nº 70083675041. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Data de julgamento: 22/04/2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 05 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Criminal. Apelação Criminal. Processo nº 70083292979. Relatora: Isabel de Borba Lucas. Data de julgamento: 11/03/2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 05 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. 4ª Turma Criminal. Apelação Criminal. Processo nº 0004491-96.2018.827.0000. Relatora: Maysa Vendramini Rosal. Data de publicação: 13/06/2018. Disponível em: <<http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uuid=f37536343762cfd2c32788ce5bcdbbaa&options=%23page%3D1>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. 5ª Turma Criminal. Apelação Criminal. Processo nº 5008206-37.2013.827.0000. Relator: João Rigo Guimarães. Data de publicação: 09/07/2015. Disponível em: </

<http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uuid=e93c35abb35f0b90cd279d8c8e3638ed&options=%23page%3D1>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: arts. 213 a 359-H**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COELHO, Daniela. **Descomplicando o direito civil**. 2018. Disponível em: <<https://danicoelho1987.jusbrasil.com.br/artigos/642902283/descomplicando-o-direito-civil?ref=serp>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 9ed. Salvador, BA: JusPODIVM, 2017.

FHICINI, Tiago. **Jurisprudência: o que é, origem, importância e como pesquisar**. 2010. Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/o-que-e-jurisprudencia>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Volume III. 12 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

NAZAR, Lígia Maria de Oliveira; GIORA, Milena Faria Derato. **Comentários ao crime de estupro de vulnerável**. 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/comentarios-ao-crime-de-estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em 14 abr. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TELLES, Oscar. **Projeto considera que estupro de menores de 14 anos independe de consentimento**. Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/395464-projeto-considera-que-estupro-de-menores-de-14-anos-independe-de-consentimento/>>. Acesso em: 05 mai. 2020.