

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LETICIA ROLDI PASSAMANI

**A ILEGITIMIDADE DAS PRESUNÇÕES ABSOLUTAS NO
CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONTRA VÍTIMA
MENOR DE 14 ANOS**

VITÓRIA
2017

LETICIA ROLDI PASSAMANI

**A ILEGITIMIDADE DAS PRESUNÇÕES ABSOLUTAS NO
CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONTRA VÍTIMA
MENOR DE 14 ANOS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória-FDV, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito sob orientação do professor Mestre Gustavo Senna Miranda.

VITÓRIA
2017

LETICIA ROLDI PASSAMANI

**A ILEGITIMIDADE DAS PRESUNÇÕES ABSOLUTAS NO CRIME DE ESTUPRO
DE VULNERÁVEL CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória - FDV, como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Gustavo Senna Miranda
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Professor
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a evolução do tipo penal de *estupro presumido de menor de 14 anos* para o *estupro de vulneráveis*, prevista na Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, sobretudo cometido contra vítimas menores de 14 anos. Far-se-á uma análise crítica da adoção das presunções absolutas no caso referencial, por tratar-se o critério cronológico adotado pelo legislador mera liberalidade, sem qualquer adequação à realidade social e ao caso em concreto. Trata-se, ainda, de violação clara a preceitos basilares do processo penal, representando, igualmente, uma ofensa direta a direitos e garantias conferidas àqueles que respondem um processo criminal. Isto, pois, ao presumir absolutamente a ocorrência do estupro apenas com base no elemento da idade, é retirada do réu qualquer possibilidade de produção de prova em contrário, situação que representa grave ameaça aos princípios da presunção de inocência, do contraditório, da adequação social, da ofensividade e da lesividade.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Presunção absoluta. Presunção relativa.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	05
2 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	06
2.1 DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	08
3 A PROVA PENAL DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	12
3.1 AS PRESUNÇÕES NA TEORIA DA PROVA.....	15
4 DA ILEGITIMIDADES DAS PRESUNÇÕES ABSOLUTAS NO CASO REFERENCIAL.....	18
5 CONCLUSÃO.....	31
REFERÊNCIAS.....	33

1 INTRODUÇÃO

A Lei 12.015 de 2009 realizou diversas modificações no Código Penal brasileiro. Dentre elas, cabe mencionar a alteração do título “Dos Crimes Contra a os Costumes”, agora denominado de “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual” e a revogação do artigo 224, alínea a, que versava sobre o *estupro com presunção de violência*, substituído por um tipo penal autônomo: o *estupro de vulnerável* (artigo 217-A).

O objetivo do legislador ao alterar o título dos crimes sexuais foi adequá-lo ao bem jurídico penal que se pretende tutelar, qual seja a dignidade humana e, especificamente, sexual. Outrossim, a revogação do *estupro com presunção de violência* demonstrou evidente tentativa de acabar com a dubiedade existente na aplicação do antigo artigo: se presunção absoluta ou se presunção relativa.

A alteração legislativa, porém, não foi capaz de dar fim ao debate doutrinário e jurisprudencial acerca da natureza de tal presunção, agora não mais analisada sobre o ponto de vista da violência, mas da vulnerabilidade.

No presente trabalho, explorar-se-á a adoção das presunções, mediante a análise da evolução do tipo penal de *estupro presumido de menor de 14 anos* para o *estupro de vulneráveis*, especificadamente, dos menores de 14 (quatorze) anos, prevista na Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009.

Será demonstrado, por fim, que a adoção de presunções absolutas no caso referencial, seja considerando o menor de 14 (quatorze) anos absolutamente vulnerável, seja aplicando ao caso presunção absoluta de vulnerabilidade, ignora o fato de que aqueles indivíduos podem não ser de todo vulneráveis, representando grave violação a princípios constitucionalmente garantidos, como da presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, adequação social e, por fim, ofensividade e lesividade.

2 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Desde a publicação do Código Penal de 1940, foram elaboradas várias reformas no Título referente aos crimes sexuais. Dentre elas, cabe mencionar àquela oriunda da Lei 12.015 de 2009, que incluiu os crimes sexuais no título “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, anteriormente denominado “Dos Crimes Contra os Costumes”.

A inadequação da denominação “Dos Crimes Contra os Costumes” já era reconhecida há tempos pela doutrina e jurisprudência pátria, por não representar os bens jurídicos que os delitos sexuais pretendiam tutelar. Isto porque o processo de eleição dos bens penalmente relevantes deve ter como parâmetro aqueles bens que apresentem significativo valor para a sobrevivência da comunidade e do indivíduo¹.

Assim, a mudança do Título referente aos crimes sexuais representou, sobretudo, uma nova interpretação da lei penal, agora associada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Localizado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana reconhece o homem enquanto sujeito detentor de direitos e deveres, protegendo-o de qualquer ato vexatório e garantindo-lhe condições mínimas para sobreviver e conviver em sociedade.

Ingo Sarlet conceitua a Dignidade da Pessoa Humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.²

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 04.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 9 ed. rev. atual. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 73.

Trata-se, assim, de uma qualidade absoluta, inerente à existência humana, como mesmo destacado por Luiz Regis Prado:

[...] a dignidade da pessoa humana pode assumir contornos de verdadeira categoria lógico-objetiva ou lógico-concreta, inerente ao homem enquanto pessoa. É, pois, um atributo ontológico do homem como ser integrante da espécie humana – vale em si e por si mesmo³.

Como atributo intrínseco à própria espécie humana, a Dignidade da Pessoa Humana é fundamento e objetivo de todas as normas. É a garantia fundamental conferida a todos os cidadãos de possuir uma vida digna, aqui compreendida, de maneira geral, como o direito de ser reconhecido, respeitado e protegido.

Imperioso destacar que o princípio consagrado no inciso III, artigo 1º, da Constituição Federal, não retrata meramente um preceito pragmático inserido no texto constitucional, mas um princípio da justiça substancial⁴, que deve nortear todo o ordenamento jurídico. Trata-se, portanto, não apenas de um valor moral e ético a ser alcançado, mas de uma norma dotada de eficácia e *status* constitucional⁵.

É nesse sentido que o princípio em tela vincula o poder público, impondo, nas palavras de Prado, um “limite mínimo vital a intervenção jurídica⁶”, e promovendo, via de consequência, o respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

A Dignidade da Pessoa Humana estabelece, ainda, diretrizes nas relações entre particulares, impedindo quaisquer atos que possam violar a dignidade pessoal, até mesmo aqueles realizados contra si mesmo.

No que concerne à discussão acerca do caráter absoluto da dignidade, mesmo que se reconheça a sua relativização, não haveria possibilidade de ceder ao “núcleo

³ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 113.

⁴ *Ibidem*, p. 112.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 9 ed. rev. atual. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 84.

⁶ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 112.

intangível da dignidade, que justamente [...] consiste na vedação de qualquer conduta que importe em coisificação e instrumentalização do ser humano (que é fim, e não meio)”⁷.

Nesse íterim, Ingo Sarlet se posiciona:

O que nos parece deva ficar consignado é que não se deve confundir a necessidade de harmonizar, no caso concreto, a dignidade na sua condição de norma princípio (que, por definição, admite vários níveis de realização) com outros princípios e direitos fundamentais, de tal sorte que se poderá tolerar alguma relativização, com a necessidade de respeitar, proteger e promover a igual dignidade de todas as pessoas, não olvidando que, antes mesmo de ser norma jurídica, a dignidade é, acima de tudo, a qualidade intrínseca do ser humano e que o torna merecedor ou, pelo menos, titular de uma pretensão de respeito e proteção⁸.

Assim, não se deve confundir a possibilidade de harmonização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana com os demais direitos fundamentais do ordenamento jurídico, com a necessidade de respeitar a dignidade pessoal que é, acima de tudo, qualidade absoluta e inerente a qualquer ser humano.

Percebe-se, dessa forma, que o objetivo do legislador ao modificar a nomenclatura do Título referente aos crimes sexuais é justamente tutelar a dignidade do ser humano, em especial a dignidade sexual, entendida como bem maior a ser protegido no combate aos crimes sexuais, sem obliterar de outros direitos fundamentais, como a intimidade e a vida privada⁹.

2.1 DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, realizou diversas alterações no texto legal do Título VI do Código Penal brasileiro. Entre tais modificações, cabe destacar a revogação expressa do “estupro com presunção de violência a menores de 14 anos” (art. 224, alínea “a”), substituído pelo “estupro de vulnerável”, implementado no Código Penal através do art. 217-A:

⁷ Ibidem, p. 166.

⁸ Ibidem, p. 166-167.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 06.

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

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

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

Enrijeceu-se, do ponto de vista fático, o tipo penal, introduzindo-se o conceito de sujeito *vulnerável*, entendido pelo legislador como os menores de 14 (quatorze) anos ou aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuam o necessário discernimento para praticar atos sexuais, ou que, por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência a eles.

O bem jurídico a ser tutelado no delito em tela, como alhures mencionado, é a dignidade sexual da pessoa vulnerável e, no entendimento de Marcão e Gentil, a própria vulnerabilidade:

Tutela-se de maneira ampla, a dignidade sexual da pessoa vulnerável e não mais a sua liberdade sexual, na medida em que, estando nessa condição, a vítima é considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter sexual. Pode-se dizer que, especificamente, o bem tutelado é a própria vulnerabilidade, no campo sexual, das pessoas tidas por vítimas do delito¹⁰.

Trata-se de um crime de estupro que, diferentemente do artigo 213, não possui como elementar o constrangimento, bastando que o agente tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com as pessoas descritas no tipo penal para assim ficar caracterizado. Nas palavras de Nucci:

Para essas situações, não se pode pretender a tipificação perfeita no modelo comum de estupro, que significa ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso, com violência ou grave ameaça. Afinal, as pessoas incapazes podem relacionar-se sexualmente sem qualquer coação física, porém teria ocorrido uma coação psicológica, diante do estado natural de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado¹¹.

Não há que se falar, desta forma, em proteção à liberdade sexual, por entender o legislador que os vulneráveis não são capazes de consentir validamente com o ato, tratando-se, portanto, de direito indisponível.

¹⁰ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**: Comentários ao Título VI do Código Penal. 2 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 193.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 111.

Os elementos objetivos do tipo, quais sejam *ter conjunção carnal* ou *praticar ato libidinoso* com os sujeitos passivos, representam, consecutivamente, a cópula vagínica natural e todas as demais condutas realizadas pelo sujeito ativo com o fim de satisfazer seus desejos sexuais.

Importante ressaltar que qualquer indivíduo pode ser sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, contudo, no polo passivo devem figurar, *obrigatoriamente*, aqueles tidos como vulneráveis, isto é, aqueles que (em tese) não possuem autonomia de determinação do comportamento sexual.

Tratando-se de menores de 14 (quatorze) anos, sujeito foco do presente estudo, a vulnerabilidade encontra-se pautada na ideia de que até esta idade a criança e o adolescente ainda estão em processo de evolução e desenvolvimento de sua personalidade¹². Nesse e em todos os demais casos, entende-se (equivocadamente, como será mais a frente demonstrado) que o sujeito tem enfraquecida ou até mesmo reduzida a sua capacidade de discernimento, sem possibilidade de resistência ao ato sexual, o que justificaria a intervenção estatal.

Sobre a vulnerabilidade, Prado destacada:

A vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade. É dizer: o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é ou está mais suscetível à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual, de modo a lesioná-la¹³.

O elemento subjetivo do crime de estupro de vulnerável é o dolo, expresso pela consciência e vontade de ter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com vítima vulnerável. Assim, o agente deve ter não apenas a consciência de que pratica uma relação sexual com alguém, mas também que o faz com pessoa vulnerável.

¹² CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal**: Parte Especial. 12 ed. Valência: Tirat lo Blanch: 1999, p. 196.

¹³ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 1045.

Imperioso destacar que a consciência de que pratica relação sexual com pessoa vulnerável, apesar de muitas vezes ser detectada por meio do dolo direto, poderá ocorrer mesmo de forma eventual, ou seja, quando o agente não almeja diretamente aquele resultado, mas assume o risco de produzi-lo. É o caso, por exemplo, de sujeito que sabe da possibilidade de determinada pessoa ter idade inferior a 14 (quatorze) anos e mesmo assim opta por manter relações carnais com ela.

Há de se destacar, ainda, que o elemento subjetivo é genérico, ou seja, não se exige que o agente tenha qualquer intenção específica ao praticar o ato sexual, bastando que realize a conduta, que se consuma com a conjunção carnal ou com a prática do ato libidinoso com as pessoas descritas no tipo penal.

Acerca do injusto previsto no artigo 217-A do Código Penal pode-se destacar, por fim, que se qualifica se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou morte, conforme parágrafos 3º e 4º e, em razão da especial condição da vítima, é processado por meio de ação penal pública.

3 A PROVA PENAL DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Apesar de ser classificado como crime material, a conduta prevista no artigo 217-A do Código Penal pode ser de difícil comprovação. Por ocorrer na grande maioria das vezes de forma clandestina e possuir como vítimas pessoas que podem não ter o discernimento necessário sobre o ato que está sendo praticado, o delito de estupro de vulnerável possui certas peculiaridades quanto à produção de provas.

A prova nos crimes sexuais é, em regra, produzida por meio do exame de corpo de delito. Nas palavras de Lopes Jr.:

A mais importante das perícias é exatamente o exame de corpo de delito, ou seja, o exame técnico da coisa ou pessoa que constitui a própria materialidade do crime (portanto, somente necessário nos crimes que deixam vestígios, ou seja, os crimes materiais). O corpo de delito é composto pelos vestígios materiais deixados pelo crime¹⁴.

Assim, o exame de corpo de delito é aquele capaz de comprovar a materialidade delitiva nos crimes que deixam vestígios, ou seja, que produzem um resultado naturalístico.

Apesar do exame em tela ser o meio mais eficaz para comprovar a materialidade do crime de estupro, nem sempre será possível a sua realização, seja porque não foi realizado imediatamente após a conjunção carnal, perdendo-se os vestígios acerca da prática do ato libidinoso, seja porque o ato praticado não deixa, na verdade, qualquer vestígio.

Isso, pois, após a entrada em vigor da Lei 12.015 de 2009, passou-se a qualificar como crime de estupro e, conseqüentemente, estupro de vulnerável, não só como a conjunção carnal, entendida como a cópula vagínica entre pessoas de sexos distintos, mas também como a prática de qualquer outro ato libidinoso.

Tal fato se deu com a revogação do antigo delito de atentado violento ao pudor, agora incrementado no tipo penal do estupro.

¹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 431.

Neste particular, mister mencionar que determinados atos praticados pelo ofensor, como o sexo oral ou apenas o toque nas partes íntimas de crianças ou adolescentes, podem não ser detectáveis por meio do exame de corpo de delito, daí a necessidade de comprovação da ocorrência do crime através de outros meios de prova.

Nesse sentido decidiu o julgador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao determinar que o exame de corpo de delito não é imprescindível para comprovar a materialidade delitiva do crime de estupro:

É irrelevante o resultado negativo do laudo de corpo delito. A materialidade do crime de atentado violento ao pudor – hoje estupro – prescinde da realização do exame de corpo delito, porque nem sempre deixa vestígios detectáveis, sendo que a palavra da vítima, corroborada por prova testemunhal idônea tem relevante valor probante e autoriza a condenação quando em sintonia com os outros elementos de prova¹⁵.

Certo é que, tendo ocorrido o crime por meio da conjunção carnal, “é mais provável que o exame de corpo de delito não se encontre prejudicado”. A cópula vagínica poderá ser comprovada através da “presença de espermatozoides na vítima, pela ruptura do hímen (em caso da vítima ser virgem ao tempo do crime), contágio de moléstia venérea ou outros meios que o fato típico pode ter propiciado¹⁶”.

Nos casos em que se tornar impossível a realização do exame direto – “quando a análise recai diretamente sobre o objeto”¹⁷, deve ser observado o artigo 167, do Código Penal, que permite a substituição do referido exame por qualquer outro meio de prova, que não a confissão (uma vez que essa é incapaz de comprovar o elemento da materialidade).

É nesse momento que as provas testemunhais e a palavra do ofendido encontram profunda importância nos crimes sexuais, porquanto permitem que a materialidade do crime reste comprovada mesmo ausente o exame de corpo de delito.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Criminal n. 2000 03.1.011076-7**.

Relator: Min. Mario Machado. Brasília: 19 jul. 2007. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=IRRELEVANTE+O+RESULTADO+NEGATIVO+DO+LAUDO+DE+EXAME+DE+CORPO+DE+DELITO>> Acesso em: 23 out. 2017.

¹⁶ DIAS, Thaisa Mangnani; JOAQUIM, Evandro Dias. O Problema da Prova nos Crimes Contra a Dignidade Sexual. **Revista JurisFIB**, São Paulo, ano IV, vol. IV, p. 291-310, dez. 2013.

¹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 432.

Destarte, ainda que a prova testemunhal possa ser utilizada, nos termos acima esboçados, fato é que tal hipótese se torna de difícil ocorrência nos crimes de estupro de vulnerável, uma vez que, em grande parcela dos casos, o delito se concretiza de maneira *clandestina*, isto é, sem que seja eventualmente presenciado por terceiros.

É esse o motivo pelo qual a palavra da vítima possui relevante valor probante nos crimes de estupro, sobretudo de estupro de vulnerável, permitindo a condenação do acusado, quando em harmonia com as demais provas colhidas no processo, como mesmo decidiu a desembargadora Nadja Nara Cobra Meda:

APELAÇÃO PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ART. 217-A. NEGATIVA DE AUTORIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. RELEVÂNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO HARMÔNICO RECONHECENDO O ORA APELANTE COMO AUTOR DO FATO TÍPICO NARRADO NOS AUTOS. IMPORTÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO MEIO DE PROVA EM DELITOS COMO OS DA ESPÉCIE ORA EM ANÁLISE, NORMALMENTE COMETIDOS NA CLANDESTINIDADE, A PALAVRA DO OFENDIDO, COERENTE COM OUTROS ELEMENTOS COLHIDOS NOS AUTOS, AUTORIZA A CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INOCORRÊNCIA. PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. DECISÃO JUDICIAL QUE INDEPENDE DO LAUDO PERICIAL ACOSTADO AOS AUTOS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA PROLATADA DE FORMA ESCORREITA E EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES LEGAIS. RECURSO CONHECIDO E, NO MÉRITO, IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Nos crimes contra os costumes, via de regra cometidos na clandestinidade, à palavra da vítima possui especial relevo probante, mormente quando em harmonia com as demais provas colhidas no curso do processo. 2. Assim, em regra, quando o relato da vítima se mostra firme e coerente, deve prevalecer no confronto com a versão defensiva. 3. Narrativa da vítima sobre os fatos desautorizam as teses defensivas absolutórias. 5. Descrição do fato típico que encontra amparo nos demais elementos carreados aos autos tudo a autorizar a conservação do decreto condenatório. 6. Recurso conhecido e improvido. 7. Unanimidade.¹⁸

Nesse sentido, Lopes Jr. destaca que “a palavra isolada da vítima, sem testemunhas a confirmá-la, pode dar margem à condenação do réu, desde que seja consistente, firme e harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução”.¹⁹

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. **Apelação Criminal n. 00033359320138140070**. Relator: Nadja Nara Cobra Meda. Pará: 17 abr. 2017. Disponível em: < <https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/342625631/apelacao-apl-33359320138140070-belem>>. Acesso em: 23 out. 2017.

¹⁹ DIAS, Thaisa Mangnani; JOAQUIM, Evandro Dias. O Problema da Prova nos Crimes Contra a Dignidade Sexual. **Revista JurisFIB**, São Paulo, ano IV, vol. IV, p. 291-310, dez. 2013.

Tratando-se do delito de estupro de vulnerável, a palavra da vítima deve ser analisada com maior cautela, portanto, uma vez que, ante a ausência de discernimento no momento da ocorrência do fato, seus depoimentos podem ser permeados de falsas memórias ou memórias implantadas, revelando uma conduta temerária em relação ao acusado²⁰.

Outrossim, diferentemente do crime de estupro do artigo 213, o delito tipificado no artigo 217-A independe de violência ou grave ameaça. Isto porque o atual entendimento do Tribunal Superior é o de que, comprovada a ocorrência do ato libidinoso e a idade da vítima, que deve ser inferior a 14 anos, caracterizado estará o delito, por se presumir de maneira absoluta tanto a vulnerabilidade da vítima, quanto a ocorrência do crime.

Nesse sentido, faz-se necessária uma análise das presunções na teoria da prova, em matéria penal, viabilizando a demonstração da ilegitimidade das presunções absolutas no crime de estupro de vulnerável.

3.1 AS PRESUNÇÕES NA TEORIA DA PROVA

As presunções no Direito operam como instrumento para estabelecer efeitos jurídicos a um fato desconhecido, por meio da análise de um fato conhecido. Em outras palavras, é a consequência deduzida por meio de um fato conhecido, a partir do esforço do julgador ou do legislador²¹.

Sobre as presunções, Ernesto Eseverri Martínez²² pontua:

A presunção é um processo lógico conforme o qual se acredita na existência de um fato – o chamado fato base –, que confirma o outro que normalmente o acompanha – o fato presumido – sobre o qual se projetam determinados efeitos jurídicos. [tradução nossa]

²⁰ MELHEM, Patrícia Manente; ROSAS, Rudy Heitor. **Palavra da Vítima no Estupro de Vulnerável: Retorno da Prova Tarifada?** Disponível em:

<<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/19.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

²¹ MARTINEZ, Ernesto Eseverri. **Presunciones Legales y Derecho Tributário**. Macial Pons Ediciones Juridicas S.A., 1995, p. 07.

²² *Ibidem*.

Assim, as presunções preveem a existência de um fato-base, que permitirá a projeção de determinados efeitos jurídicos a um fato presumido. A ideia, dessa forma, é ter por verdade determinada circunstância, até que se prove o contrário.

O processo de dedução lógica das presunções pode ser realizado de duas formas distintas. A primeira, chamada de presunção *hominis*, é caracterizada como uma mera dedução do intérprete do Direito. A segunda, chamada de presunção legal, encontra-se prevista no texto normativo²³.

As presunções *hominis* são aquelas não previstas em lei, fruto da convicção e da consciência do aplicador do Direito. Estão respaldadas na prática jurídica, nos casos em que o intérprete não consegue se basear no texto legal para aplicar a norma²⁴.

A aplicação das presunções *hominis* é prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme artigo 335 do Código de Processo Civil vigente:

Art. 335 – Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

Assim, a presunção *hominis* se funda na experiência comum. É a aplicação do Direito não limitada ao texto legal, mas se observando os costumes e a cultura de determinado grupo social.

Por outro lado, as presunções legais, segundo a lógica da ficção jurídica, se subdividem em *iuris et de iure* ou *iuris tantum*.

As denominadas *iuris tantum*, também conhecidas como presunções relativas, permitem limitação através de prova em contrário. O que se combate, porém, não é a presunção, mas sim os fatos que indicam a sua ocorrência²⁵. Ou seja, embora se admita presumidamente uma consequência à determinada situação, é possível que

²³ DUARTE, Sandro Marino. **A presunção *hominis***. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/FMJRJ/coordenadoria_pesq/Revista_CADE/CADE_5/presuncao_hominis.doc>. Acesso em: 04 set. 2017.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

seja demonstrada, no caso concreto, a improcedência daquela hipótese tida como certa.

As presunções *iuris et de iure*, por sua vez, são aquelas que não admitem prova em contrário, sendo então chamadas de presunções absolutas. A presunção legal absoluta, segundo Vicente Greco, é aquela que “a lei estabelece determinada situação proibindo que se faça prova em contrário ou tomando irrelevante qualquer tentativa de prova em contrário”²⁶.

A presunção absoluta é, assim, inatacável, não podendo sequer ser questionada pela notoriedade do fato, vez que a técnica legislativa já exauriu todo o seu elemento probatório. É a criação de uma certeza para determinada hipótese, por ser sua probabilidade de certeza seria muito grande²⁷.

Essa espécie de presunção é altamente criticável, “porque trata de fatos que a lei estabelece *erga omnes* como verdades inconstestadas²⁸”, limitando totalmente a prova no processo.

²⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2., p. 181.

²⁷ FERREIRA, João Henrique. **Indícios, presunções e ficções no Direito Penal**: aspectos principais. Mestrado em Direito Penal - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 68-69. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009410.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017.

²⁸ FERREIRA, João Henrique. **Indícios, presunções e ficções no Direito Penal**: aspectos principais. Mestrado em Direito Penal - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 68-69. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009410.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017.

4 DA ILEGITIMIDADE DAS PRESUNÇÕES ABSOLUTAS NO CASO REFERENCIAL

A Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, realizou diversas alterações no texto legal do Título VI do Código Penal brasileiro, que incluiu os crimes sexuais no título “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, anteriormente denominado “Dos Crimes Contra os Costumes”. Revogou-se o artigo 224, cuja alínea a versava sobre o “estupro com presunção de violência a menores de 14 anos”, substituído pela figura do “estupro de vulnerável” através do artigo 217-A.

Durante a vigência do artigo 224, presumia-se violenta a relação sexual com pessoas menores de 14 (quatorze) anos. Tal presunção pautava-se na ideia de que, em decorrência das condições físicas e psicológicas das vítimas, haveria uma espécie de deficiência que as impediriam de consentir com qualquer ato carnal libidinoso. Presumia-se a violência em decorrência de crime praticado contra pessoa indefesa.

A ideia de uma presunção de violência acabou provocando grande discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza de tal presunção: se absoluta ou relativa. Se absoluta, a simples prática de atos libidinosos entre uma pessoa maior de 18 (dezoito) anos e outra menor de 14 (quatorze) seria considerada crime. Se relativa, seria necessário provar a violência para só assim ficar configurado o delito previsto no artigo 224, alínea “a”, do diploma legal em comento.

Objetivando reparar a dubiedade que envolvia a presunção de violência dos menores de 14 (quatorze) anos, o legislador, através da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, substituiu o artigo 224, alínea “a”, pelo tipo penal autônomo do artigo 217-A: o estupro de vulnerável.

O que se pretendeu foi inserir um novo conceito no tipo penal, sem mais se referir à presunção, termo que sempre gerou debates no Direito Penal, por atuar, muitas vezes, contra os interesses do réu²⁹.

A justificativa para a proteção especial conferida a essas vítimas permaneceu a mesma: a ausência de discernimento, por estarem em fase de desenvolvimento como ser humano, o que as tornaria incapazes de dispor livremente sobre sua sexualidade. As vítimas seriam, sobretudo, vulneráveis, representando a prática de atos sexuais com elas uma espécie de coação psicológica.

Apesar da introdução do novo artigo, as controvérsias acerca da natureza jurídica da presunção de violência permaneceram. Como mesmo destacado por Nucci, a criação de um tipo penal autônomo não é capaz de ignorar anos de debates acerca do caráter da presunção em tela:

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa³⁰.

Sob essa mesma ótica, Bitencourt ressalta que a alteração legislativa “trata-se, inequivocamente, de uma tentativa dissimulada de estancar a orientação jurisprudencial que ganhava corpo no Supremo Tribunal Federal sobre a relatividade da presunção de violência contida no dispositivo revogado³¹”, como mesmo destacado no julgado a seguir:

COMPETENCIA – HABEAS CORPUS – ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO – PROVA – DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza a. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p 112.

³⁰ Ibidem, p. 113.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial: Crimes Contra a Dignidade Sexual até Crimes Contra a Fé Pública**. 4 vol. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 104.

sem a presença de terceiros. **ESTUPRO – CONFIGURAÇÃO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – IDADE DA VÍTIMA – NATUREZA.** O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça – artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada e comprovada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea a, do Código Penal³². (grifo nosso)

Assim, a pretensão legislativa de criar um tipo penal autônomo que desse fim à discussão acerca da natureza da presunção no delito não prosperou, perdurando a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência, agora enrijecida com o conceito da vulnerabilidade.

O Superior Tribunal de Justiça, com o intento de garantir maior unidade às decisões proferidas, em agosto de 2015, pacificou entendimento de que, ainda que a vítima tenha consentido para a prática do ato, tendo em vista o critério cronológico adotado pelo legislador para a ocorrência do delito, o crime de estupro de vulnerável tratar-se-ia de hipótese de presunção absoluta:

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 crime³³.

Tal entendimento, em outubro deste ano, foi sedimentado por meio da edição da Súmula 593:

O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 73.662-MG**. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília: 21 mai 2005. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744007/habeas-corpus-hc-73662-mg>>. Acesso em: 13 out 2017.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.480.881**. Relator: Rgério Schietti Cruz. Brasília: 27 ago. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2017.

eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente³⁴.

Isto posto, conforme entendimento do STJ, a prática de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso envolvendo adultos e crianças ou adolescentes com idade inferior a 14 (quatorze) anos, independentemente de qualquer consento da vítima, configuraria o crime de estupro de vulnerável, não admitindo prova em contrário, por serem sujeitos absolutamente vulneráveis.

Sobre a questão, importante se faz distinguir os conceitos de *presunção absoluta e relativa de vulnerabilidade absoluta e relativa*. Na *presunção absoluta de vulnerabilidade*, considera-se que a vítima é indiscutivelmente vulnerável. Trata-se de *presunção juris et jure*, que não admite prova em contrário. Na *presunção relativa de vulnerabilidade*, a vítima pode ou não ser vulnerável. A vulnerabilidade deve ser provada, admitindo prova em contrário (*presunção juris tantum*)³⁵.

Por sua vez, ao discutir sobre os conceitos de vulnerabilidade absoluta ou relativa, parte-se do pressuposto de que a vulnerabilidade já existe, analisando-se o seu grau. É um juízo não mais sobre a sua existência, mas sobre a extensão dessa vulnerabilidade: caso máxima, será absoluta; caso mínima, relativa³⁶.

No caso do estupro de vulnerável, a jurisprudência majoritária, em observância à orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, classifica o delito como *presunção absoluta de vulnerabilidade*, ou seja, que não admite prova em contrário. Aos menores de 14 (quatorze) anos é atribuído, ainda, caráter de vulnerabilidade absoluta. Ambos os posicionamentos são completamente questionáveis, conforme será a seguir demonstrado.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 593**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/decisoes-em-evidencia/26-10-2017-2013-sumula-593-do-stj>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Especial: Crimes Contra a Dignidade Sexual até Crimes Contra a Fé Pública. 4 vol. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 106.

³⁶ Ibidem, p. 106.

Conforme assevera Gustavo Badaró³⁷, certo é que os crimes correlacionados aos atos sexuais pressupõem certa carga “emotiva” por parte da sociedade como um todo, visto que se parte de pré-conceitos ditos aptos a justificar a crença de que indivíduos com a idade prevista no delito não possuem maturidade para manter um relacionamento afetivo, quem dirá sexual.

Bitencourt destaca que, ainda que o legislador tenha pretendido proteger sujeitos entendidos por ele como absolutamente vulneráveis, a realidade prática pode não se apresentar com toda essa gravidade:

Certamente, quando o legislador previu o estupro de vulnerável, sem tipificar o “constrangimento carnal”, mas tão somente a prática sexual com menor de quatorze anos ou deficiente ou enformo mental, considerou como sujeito passivo alguém absolutamente vulnerável, ou seja, portador de vulnerabilidade máxima, extrema, superlativa. [...] Mas a realidade prática pode não se apresentar com toda essa gravidade, ainda que se revele intolerável e, por isso mesmo, também grave e merecedora da proteção penal. É possível, em outros termos, que tenhamos, in concreto, uma vulnerabilidade relativa, mesmo em sujeitos com idade ou deficiência previstas nesse dispositivo legal, ou seja, que por circunstâncias ou peculiaridades pessoais ou particulares, não é de todo vulnerável, isto é, não pode ser considerado absolutamente vulnerável³⁸.

Assim, seria possível considerar que, em alguns casos especiais, em análise à situação concreta apresentada, aquele sujeito não é de todo vulnerável, ou seja, não é portador de vulnerabilidade máxima, capaz de justificar o delito de estupro de vulnerável, cuja pena máxima alcança 15 (quinze) anos de reclusão.

A maturidade da vítima, o consentimento com a prática libidinosa e a existência de relacionamento afetivo entre as partes, seriam situações concretas que acabariam por representar, em verdade, uma vulnerabilidade relativa.

Nesse sentido se posiciona Vicente de Paulo:

³⁷ BADARÓ, Gustavo. **A presunção de violência nos crimes sexuais como presunção absoluta: análise de suas consequências e sua compatibilidade com a presunção de inocência.**

Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/a-presuncao-de-violencia-nos-crimes-sexuais-como-presuncao-absoluta-analise-de-suas-consequencias-e-sua-compatibilidade-com-a-presuncao-de-inocencia.html>>. Acesso em: 13 out. 2017.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Especial: Crimes Contra a Dignidade Sexual até Crimes Contra a Fé Pública. 4 vol. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 107.

Se há um consentimento justificado pela capacidade de discernir com a prática sexual, aliado a genuína satisfação do desejo, porquanto ausente a violência ou a grave ameaça, não há que se falar em desvalor do resultado, uma vez que não houve efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, não moldando-se a tipicidade material. Perceba a razoabilidade em admitir que o menor de 12 ou 13 anos que possui entendimento satisfatório da vida sexual, bem como os portadores de transtornos mentais, diante da comprovação de laudo técnico, possam dispor de sua liberdade sexual na essencial procura do prazer e da felicidade, seja de forma breve ou fruto de uma relação afetiva³⁹.

Seguindo uma vertente não tão liberal, Guilherme Nucci entende que seria relativamente vulnerável apenas o menor com 13 (treze) anos, justificando-se a vulnerabilidade absoluta nas vítimas com idade de até 12 (doze) anos. Tal entendimento justifica-se em um conflito aparente de normas entre o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que classifica como adolescente o maior de 12 (doze) anos⁴⁰.

O autor destaca que, se “a partir dos 12 anos o indivíduo é adolescente, tem responsabilidade maior e pode até mesmo responder, internado, por seus atos infracionais”, seria capaz de consentir com práticas sexuais, não havendo motivos para o Direito Penal lançar sobre ele uma proteção tão rígida⁴¹.

Por fim, Renato Marcão e Plínio Gentil entendem que todos aqueles menores de 14 (quatorze) anos seriam absolutamente vulneráveis, não havendo que se falar em vulnerabilidade relativa nesses casos, mas apenas nas hipóteses do artigo 215 caput e parágrafo 1º⁴².

Neste particular, o presente trabalho tende a se filiar à corrente de Bitencourt. Parece-me que o critério cronológico estipulado pelo legislador trata de mera discricionariedade, sem qualquer amparo científico, unicamente pautado em um aspecto moral da sociedade.

³⁹ CARVALHO, Vicente de Paula Santos. **O estupro de vulnerável na reforma promovida pela lei 12.015/2009**. Disponível em:

<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2451/1797>> Acesso em: 13 out. 2017.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza a. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 114.

⁴¹ *Ibidem*, p. 115.

⁴² MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal**. 2 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 199.

Neste espeque, como alhures mencionado, os crimes correlacionados aos atos sexuais pressupõem certa carga “emotiva” por parte da sociedade, repleta de pré-conceitos que, muitas vezes, mascaram a realidade.

É fato notório e inegável que na atualidade crianças e adolescentes cada vez mais cedo se inserem no mundo sexual, principalmente em se tratando de populações mais carentes. Certo é que o Direito não pode amparar e proteger aqueles que praticam atos sexuais, sobretudo com crianças, vez que essas, em sua maioria, não possuem o discernimento necessário para pactuar com esse tipo de prática.

Ocorre que não se faz pertinente criar uma regra para situações que, nitidamente, comportam exceções. Comprovado no caso concreto que a criança ou o adolescente possuía capacidade de autoderminação, não há que se falar, portanto, em vulnerabilidade absoluta.

É claro que em certas idades a comprovação de tal autoderminação se demonstrará verdadeiramente impossível, devendo ser caracterizado o delito de estupro de vulnerável, mesmo havendo um suposto consentimento da vítima, sob justificativa de uma coação moral.

Contudo, nos casos em que se figurar possível a comprovação de que aquele indivíduo possuía capacidade de discernir sobre a prática do ato libidinoso, deve ser afastado o enquadramento típico.

Neste mesmo sentido foi a decisão prolatada pelo Des. José Francisco do Nascimento, ao decidir pela relativização da vulnerabilidade de um menor de 14 (quatorze) anos e, conseqüentemente, pela absolvição do réu, uma vez comprovado nos autos a ausência de violência real e a existência de relacionamento amoroso entre a vítima e o agente, que demonstravam, ainda, interesse em constituir família⁴³.

⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. **Apelação criminal n. 00006100220128180056**. Relator: Des. José Francisco do Nascimento. Piauí: 25 mai. 2015. Disponível em: <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/292251707/apelacao-criminal-apr-6100220128180056-pi-201400010089915>>. Acesso em: 13 out. 2017.

Nesse sentido, Renato de Mello Jorge Silveira destaca:

A ponderação sobre a vertente da presunção absoluta tem como raízes, de um lado, o positivismo jurídico e, de outro, o arraigado moralismo reinante na esfera penal sexual. A simples menção da presunção criou uma ideia de que aquele postulado deve ser necessariamente seguido sem maiores considerações. Nenhuma consideração deve ser tida em algo místico e sagrado, como se mostram sexo e sexualidade, ainda mais quando menores de idade. Aqui, cabem duas críticas. Primeiramente, a escolha aleatória de uma idade como marco fronteiro entre a possibilidade de consento e a presunção de violência é algo por demais arbitrário, nunca podendo ser tido de forma absoluta⁴⁴.

Assim, a ideia de uma vulnerabilidade absoluta dos menores de idades não pode ser tomada como algo pétreo e imutável. Trata-se de tipo penal delicado, que deve ser analisado de acordo com as peculiaridades do caso, evitando-se um distanciamento entre a realidade prevista legalmente e a realidade fática.

Seguindo esta lógica e partindo-se do pressuposto de que a vulnerabilidade não pode ser analisada sobre um viés absoluto, torna-se igualmente inconsistente a ideia de que a presunção de vulnerabilidade presente no tipo penal seria, também, absoluta.

Como já mencionado, a presunção *iure et de iure* é inatacável pelas partes do processo, não podendo sequer ser questionada pela notoriedade do fato. Ao considerar que a vulnerabilidade é relativa, ou seja, que um indivíduo pode ou não ser vulnerável, pertinente se faz que a existência de tal vulnerabilidade seja efetivamente comprovada no processo.

Seria o caso, portanto, de uma presunção *juris tantum*: descaracterizado o fato-base, no caso a vulnerabilidade da vítima (aqui entendida como a incapacidade de autodeterminação), descaracterizado estaria, conseqüentemente, o tipo penal.

É o que defendeu o Des. José Francisco do Nascimento, do Tribunal de Justiça do Piauí, ao determinar a flexibilização da presunção de vulnerabilidade, considerando-

⁴⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes Sexuais: Bases Críticas Para a Reforma do Direito Penal Sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 219-220.

a relativa, para assim permitir a realização de prova em contrário, que, no caso em contrato, levou à absolvição do réu. A seguir, ementa da decisão.

PENAL PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CAPUT, DO CP). – CONDENAÇÃO – APELO DEFENSIVO – PRESUNÇÃO RELATIVA DE VULNERABILIDADE – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO. 1. Em que pese a vítima contar à época dos fatos com 13 (treze) anos de idade, a hipótese em concreto, por se tratar de situação especial da vida humana, afasta a maior culpabilidade do apelante e o injusto penal, dificultando o enquadramento típico e demandando a aplicação do princípio da intervenção mínima e do seu correlato princípio da ofensividade. 2. *In casu*, torna-se razoável a flexibilização da presunção de violência prevista no tipo descrito no art. 217-A do CP, tomando-a por relativa para, assim, admitir como conduta legítima e juridicamente possível que o acusado e até a própria vítima possam produzir prova em contrário, em que se constatou a ausência de violência real e a existência de relacionamento amoroso entre a vítima e o agente, notadamente diante da notícia de que o casal, desde o início do relacionamento, demonstra interesse em constituir família, além de manterem-se resguardados de qualquer outro relacionamento ao aguardarem, resignados, o desfecho do processo para firmarem a união, apenas obstados pela preocupação e vigília da família da vítima; 3. Recurso conhecido e provido, à maioria, no sentido de que seja mantido o posicionamento firmado pelo TJPI, para que, no caso concreto, seja afastada a presunção absoluta de vulnerabilidade e, diante da constatada ausência de violência real, existência de relacionamento amoroso entre a vítima e o agente, bem como, em respeito à escolha do casal em constituir família e à maturidade e firmeza da vítima quanto das suas manifestações de vontade, reformando-se a sentença para fins de absolvição, ressalvado o posicionamento do relator⁴⁵.

Não suficiente o exposto, insta destacar que a ideia de que o delito de estupro de vulnerável não admitiria prova em contrário viola diversos princípios constitucionais basilares, dentre eles, presunção de inocência, contraditório, ofensividade, lesividade e adequação social.

Frise-se: o que se pretende neste trabalho não é se posicionar ao lado daqueles que efetivamente cometem o crime de estupro contra pessoa vulnerável, ainda mais em se tratando de conduta de tamanha repugnância. Mas demonstrar que o manejo equivocado das presunções absolutas no caso referencial coloca em xeque diversas garantias de aplicação e observância obrigatória no ordenamento jurídico.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. **Apelação criminal n. 00006100220128180056**. Relator: Des. José Francisco do Nascimento. Piauí: 25 mai. 2015. Disponível em: <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/292251707/apelacao-criminal-apr-6100220128180056-pi-201400010089915>>. Acesso em: 13 out. 2017.

Nesta senda, positivada no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, a presunção de inocência é princípio norteador do processo penal brasileiro, impondo, nas palavras de Aury Lopes Jr., “um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior à ele”⁴⁶.

A dimensão interna determina que a carga da prova seja inteiramente do acusador. Em outras palavras, compete ao acusador provar por completo a culpabilidade do acusado, ou, caso contrário, este deverá ser absolvido. A dimensão externa, por sua vez, refere-se à proteção midiática que deve ser concedida ao fato criminoso e ao próprio processo judicial⁴⁷.

O princípio do contraditório, por sua vez, pautando-se “no binômio ciência e participação, [...] impõe que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre o atos que constituem a evolução processual⁴⁸”.

Tais valores constitucionais são diretamente feridos pelo manejo da presunção absoluta na esfera penal, em específico no estupro de vulnerável. O objetivo inicialmente almejado pelo legislador, oriundo do desejo de limitação ao poder punitivo estatal, é colocado em perigo, criando-se uma espécie de responsabilidade penal objetiva.

Destaca Melhem e Rosas que no crime de estupro de vulnerável o denunciado já inicia o processo como culpado, “devendo ele fazer prova, invertendo o ônus do Ministério Público para si e, mesmo que seu esforço seja o mais hercúleo possível, ainda tem grande probabilidade de ser condenado mesmo o lastro probatório sendo insuficiente⁴⁹”.

⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 93.

⁴⁷ Ibidem, p. 93.

⁴⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10 ed. rev., ampl., e atual. Editora JusPodium: Salvador, 2015. p. 54.

⁴⁹ MELHEM, Patrícia Manente; ROSAS, Rudy Heitor. **Palavra da Vítima no Estupro de Vulnerável: Retorno da Prova Tarifada?** Disponível em:

<<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/19.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

Isso porque, como já destacado, os tribunais tendem a aceitar que o delito de estupro de vulnerável verse sobre presunção absoluta, ou seja, aquela que não admite prova em contrário.

Desta forma, admitida a hipótese ora rechaçada, admitir-se-ia que, mesmo sem a devida instrução probatória, ignorando-se as condições especiais de cada caso concreto apresentado ao julgador e, ainda mais grave, sem que seja oportunizado ao réu o direito de produzir todas as provas que achar necessária para sua absolvição, um indivíduo poderia ser levado à condenação.

Aceitar que o caso referencial poderia se constituir, unicamente, sobre a presunção absoluta de vulnerabilidade seria fechar os olhos para a realidade social. É não reconhecer as transformações da sociedade brasileira, permitindo que a artificialidade do Direito se distancie cada vez mais da realidade fática⁵⁰.

Tal situação, de igual modo, vai de encontro, ainda, com o princípio da adequação social, que, por sua vez, permite que condutas adequadas à realidade social possam ser excluídas da esfera penal⁵¹.

Por fim, cabe destacar a evidente violação aos princípios da ofensividade e da lesividade, que exigem que do fato praticado necessariamente decorra lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Havendo consentimento da vítima com a prática do ato, não haveria, conseqüentemente, qualquer violação ao bem jurídico que se pretende tutelar: a dignidade sexual. Desta forma, estando o menor de 14 (quatorze) anos no seu exercício de autodeterminação, conforme alhures explanado, este teria o direito de dispor livremente acerca de sua liberdade sexual.

⁵⁰ CARVALHO, Vicente de Paula Santos. **O estupro de vulnerável na reforma promovida pela lei 12.015/2009**. Disponível em:

<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2451/1797>> Acesso em: 19 out. 2015.

⁵¹ DOS SANTOS, Juliana Zanuzzo. **O que se entende por princípio da adequação social?**

Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928188/o-que-se-entende-por-principio-da-adequacao-social>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

Nesse sentido, corretamente pontuou Nucci ao dizer que “a lei não poderá jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade⁵²”.

Na esteira do ora exposto, o Ministro Vicente Cernicchiaro, ao decidir sobre um caso de estupro com presunção de violência, assim se posicionou:

A responsabilidade penal, consoante princípios constitucionais, é subjetiva. Não se transige com a responsabilidade objetiva e, muito menos, a responsabilidade pelo fato de terceiro. Além do mais, consequência lógica, impõe-se a culpabilidade (sentido moderno do termo) ou seja, reprovabilidade ao agente da conduta delituosa. Em consequência, não há, pois, como sustentar-se, em Direito Penal, presunção de fato. Este é fenômeno que ocorre no âmbito da experiência. Existe, ou não existe. Não se pode punir alguém por delito, ao fundamento de que se presume que o cometeu. Tal como o fato (porque fato), o crime existe, ou não existe. Assim, evidente a inconstitucionalidade do art. 224 do Código Penal. Que se aumente a pena, ocorrendo as hipóteses ali inserida, tudo bem. Presumir violência é punir por crime não cometido. Em “Direito Penal na Constituição”, São Paulo, RT, 1990, p. 17, escrevi: “Se a infração penal é indissolúvel da conduta, se a conduta reflete a vontade, não há como pensar o crime sem o elemento subjetivo. O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade a substância da conduta delituosa. Pune-se alguém porque praticou a ação descrita na lei penal. Ação, vale repisar, no sentido material. Consequência incontornável: é inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. O Código Penal, com a redação vigente da Parte Especial, adotou a linha moderna. Depois de reeditar que o crime é doloso ou culposo (art. 18), registra no art. 19: Pelo resultado que agrava especialmente a pena só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”. Pune-se, insistindo, pela conduta. Não porque o legislador pressupõe o fato! A sentença, na fundamentação, apoia-se no art. 224, CP. Isso seria bastante para repeli-la. Escudou-se em argumento inconstitucional⁵³.

Torna-se injustificável, dessa forma, que um sujeito seja punido por meio de um pressuposto do fato, sem analisar especificamente a conduta praticada. O fato existe ou não existe. Não há como presumir sua ocorrência, ainda mais quando as provas dos autos demonstrem o contrário.

Como mesmo destacado por Aphonso Vinicius Garbin, a condenação de um inocente em estupro de vulnerável representa o falecimento de sua reputação e de

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza a. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 114.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 46424-RO**. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília: 14 jun. 1994. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/564896/recurso-especial-resp-46424>>. Acesso em: 16 out. 2017.

sua família, e marca o início de um longo período de sofrimento dentro da cadeia, com práticas conhecidas e ignoradas, ocasionando, até mesmo, a sua pena de morte⁵⁴.

⁵⁴ GARBIN, Aphonso Vinicius. **Estupro de vulnerável, a palavra da vítima e os riscos da condenação**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-de-vulneravel-a-palavra-da-vitima-e-os-riscos-da-condenacao/>>. Acesso em: 23 out. 2017.

5 CONCLUSÃO

O crime de estupro sempre provocou grande repulsa na sociedade, sendo considerado pela maioria, se não por todos, como uma conduta altamente repugnante. Quando se trata de estupro de pessoas com pouca idade, com desenvolvimento mental incompleto, tal percepção tende a se intensificar.

Objetivando tutelar e defender os direitos destes indivíduos considerados mais suscetíveis ao crime de estupro, por possuírem menor capacidade de resistência ante a falta de discernimento, o legislador criou o tipo penal do estupro de vulnerável. Estabeleceu-se, dentre as demais hipóteses previstas pelo tipo, que a prática de qualquer ato libidinoso com menores de 14 (quatorze) anos presume-se estupro.

O entendimento jurisprudencial majoritário que surgiu em decorrência da mencionada alteração legislativa, corroborado por decisão do Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento foi recentemente sumulado no enxerto nº 593, tratou o tipo como hipótese de presunção absoluta de vulnerabilidade absoluta. Em outras palavras, presume-se que a vítima é indiscutivelmente vulnerável e que tal vulnerabilidade é, ainda, absoluta.

A aplicação das presunções absolutas nos casos de violência de vulnerável, quando vista à luz de diretrizes e princípios do ordenamento jurídico constitucional, entretanto, se mostra ilegítima, caracterizando clara violação a direitos individuais, tanto da suposta vítima, quanto do agente.

Diante deste cenário, o presente trabalho tende a se filiar a corrente que entende ter o legislador estabelecido um critério unicamente cronológico à fixação da vulnerabilidade absoluta, tarefa esta realizada de maneira discricionária, impedindo que àqueles menores de 14 (quatorze) anos possam, em determinadas situações, se autodeterminarem de maneira suficiente para consentir com a prática de um ato de cunho sexual.

É certo que em determinados casos se tornará quase, senão impossível, comprovar que o menor de 14 (quatorze) anos possui amadurecimento social necessário para consentir com aquela conduta. Nessas situações, portanto, não restam dúvidas quanto ao fato de que o agente deverá ser punido nas formas da lei, pois ainda que haja um suposto “consentimento”, este seria verdadeiramente nulo, justamente por não ser a vítima capaz de discernir acerca do fato e das circunstâncias que o circundam.

Tal condenação emergirá da concreta e exaustiva análise das vicissitudes do caso concreto posto à tutela estatal, e não, unicamente, por intermédio de uma presunção legislativa e jurisprudencial acerca da vulnerabilidade, que permite dizer que um fato existe, mesmo quando na verdade não.

Suplantadas, pois, as hipóteses em que não se verificar a possibilidade de autodeterminação do ofendido, em não havendo coação física ou moral, não se concretizará, portanto, o delito de estupro de vulnerável. Desta forma, abre-se à possibilidade de que o réu e a suposta vítima possam efetivamente declarar a ocorrência ou não do crime investigado.

A análise da coação deve, por conseguinte, ser realizada pontualmente, e não de maneira generalizada, como pressupõe o tipo penal, determinando-se, assim, o grau de vulnerabilidade da vítima, bem como a culpabilidade do agente no caso concreto, evitando-se, via de consequência, a criação de uma modalidade de responsabilidade criminal objetiva, não lastreada na culpa *lato sensu*.

A utilização da presunção absoluta no caso em tela representa, diante de todo o exposto, um desvio do poder judiciário de sua primordial função e base de sua existência: a solução de conflitos sociais de forma justa e coerente, mantendo a ordem social através da preservação dos direitos, tanto da vítima, quanto do acusado.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **A presunção de violência nos crimes sexuais como presunção absoluta: análise de suas consequências e sua compatibilidade com a presunção de inocência.** Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/a-presuncao-de-violencia-nos-crimes-sexuais-como-presuncao-absoluta-analise-de-suas-consequencias-e-sua-compatibilidade-com-a-presuncao-de-inocencia.html>>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 10 de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Lex:** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código de Direito Penal.** 52ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 593.** Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/decisoes-em-evidencia/26-10-2017-2013-sumula-593-do-stj>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 73.662-MG.** Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília: 21 mai. 2005. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744007/habeas-corpus-hc-73662-mg>>. Acesso em: 13 out 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. **Apelação Criminal n. 00006100220128180056.** Relator: Des. José Francisco do Nascimento. Piauí: 25 mai. 2015. Disponível em: <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/292251707/apelacao-criminal-apr-6100220128180056-pi-201400010089915>>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Criminal n. 2000 03.1.011076-7**. Relator: Min. Mario Machado. Brasília: 19 jul. 2007. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=IRRELEVANTE+O+RESULTADO+NEGATIVO+DO+LAUDO+DE+EXAME+DE+CORPO+DE+DELITO>> Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. **Apelação Criminal n. 00033359320138140070**. Relator: Relator: Nadja Nara Cobra Meda. Pará: 17 abr. 2017. Disponível em: <<https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/342625631/apelacao-apl-33359320138140070-belem>>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n. 300097138260337**. Adonia Jesus dos Santos, Vera Lúcia Rodrigues de Freitas, Ivo de Freitas. Relator: Mourão Neto. São Paulo: 15 set. 2015. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234183124/-apelacao-apl-30009713920138260337-sp-3000971-3920138260337/inteiro-teor-234183144>>. Acesso em: 12 set. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 46424-RO**. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília: 14 jun. 1994. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/564896/recurso-especial-resp-46424>>. Acesso em: 16 out. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial: Crimes Contra a Dignidade Sexual até Crimes Contra a Fé Pública**. 4 vol. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 116.

CARVALHO, Vicente de Paula Santos. **O estupro de vulnerável na reforma promovida pela lei 12.015/2009**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2451/1797>> Acesso em: 13 out. 2017.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal: Parte Especial**. 12 ed. Valência: Tirat lo Blanch: 1999, p. 196.

DIAS, Thaisa Mangnani; JOAQUIM, Evandro Dias. O Problema da Prova nos Crimes Contra a Dignidade Sexual. **Revista JurisFIB**, São Paulo, ano IV, vol. IV, p. 291-310, dez. 2013.

DUARTE, Sandro Marino. **A presunção *hominis***. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/FMJRJ/coordenadoria_pesq/Revista_CADE/CAD E_5/presuncao_hominis.doc>. Acesso em: 04 set. 2017.

FERREIRA, João Henrique. **Indícios, presunções e ficções no Direito Penal: aspectos principais**. Mestrado em Direito Penal - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009410.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017.

GARBIN, Aphonso Vinicius. **Estupro de vulnerável, a palavra da vítima e os riscos da condenação**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-de-vulneravel-a-palavra-da-vitima-e-os-riscos-da-condenacao/>>. Acesso em: 23 out. 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal**. 2 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINEZ, Ernesto Eseverri. **Presunciones Legales y Derecho Tributário**. Macial Pons Ediciones Juridicas S.A., 1995.

MELHEM, Patrícia Manente; ROSAS, Rudy Heitor. **Palavra da Vítima no Estupro de Vulnerável: Retorno da Prova Tarifada?** Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/19.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 9 ed. rev. atual. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes Sexuais: Bases Críticas Para a Reforma do Direito Penal Sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10 ed. rev., ampl., e atual. Editora JusPodium: Salvador, 2015.