

Estupro de vulnerável consentido: uma absolvição polêmica

Autor: Plínio Antônio Brito Gentil

Procurador de Justiça no Estado de São Paulo, Professor universitário, Doutor em Processo Penal (PUC-SP) e em Fundamentos da Educação (UFSCar), Pesquisador em Educação e Direito (Grupos de Pesquisa da UFSCar e Unioledo)

publicado em 28.02.2012

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Introdução

Recente decisão da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, absolvendo réu acusado de praticar estupro de vulnerável, contra uma adolescente de doze anos de idade,⁽¹⁾ abre caminho para a discussão acerca da tipicidade do fato descrito pelo artigo 217-A do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 12.015/09. O aparente confronto dessa decisão com o texto legal em vigor é que estimula a reflexão acerca do assunto, aqui rapidamente esboçada.

Segundo a argumentação desenvolvida no acórdão, relatado pela Desembargadora Naele Ochoa Piazzeta,⁽²⁾ confirmando sentença que já absolvera o réu, a vulnerabilidade não deve ser entendida como um critério absoluto, mas precisa ser medida de acordo com as circunstâncias de cada caso. Na hipótese em questão, as informações consideradas pela relatora são no sentido de que o fato foi praticado sem violência, que havia plena concordância da suposta vítima, tratando-se ela, ademais, de pessoa já versada em contatos sexuais, apesar da pouca idade.

Sobre a presunção de violência

Na realidade, não é bem isso que a lei diz. Segundo o artigo 217-A do Código Penal, comete crime de **estupro de vulnerável** todo aquele que tiver conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso com pessoa menor de catorze anos.

O que a lei pretende com tal redação é impedir justamente a discussão provocada pela decisão do TJRS, ou seja, se há possibilidade de relativizar a vulnerabilidade da vítima menor de catorze anos. Explica-se: antes da vigência da Lei nº 12.015/09, o Código Penal definia o crime de estupro comum, não prevendo o hoje chamado estupro de vulnerável. Estupro era (e é) a prática de conjunção carnal (relação sexual vaginal) mediante violência, física ou moral, esta conhecida por grave ameaça. A seguir o mesmo Código afirmava que a violência (de qualquer modalidade) era presumida se a vítima fosse (entre outras alternativas também previstas) menor de catorze anos de idade. Ou seja, nessa hipótese a violência, elementar do estupro, estaria presente independentemente do eventual consentimento do sujeito passivo da conduta.

Essa antiga redação do Código possibilitava – e isso foi sendo cada vez mais frequente – uma dupla interpretação da norma: que a presunção de violência era absoluta, sendo irrelevante prova do possível consentimento da vítima; ou que se tratava de presunção relativa, que devia ser afastada diante da prova do assentimento da suposta ofendida. Tornou-se então conhecida – e polêmica – decisão do Supremo Tribunal Federal, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, em 1996, deliberando que aquela presunção de violência não se sustentava quando houvesse evidências de que a vítima tivesse, por vontade livre de vícios, admitido a prática da conjunção carnal. O sentido da decisão era, enfim, de que a violência ou grave

ameaça que não fosse real **era presumida apenas relativamente**, isto é, que se cuidava de presunção que admite prova em contrário (*juris tantum*), sendo portanto relativa, não absoluta. Tal decisão do STF, tomada nos autos do HC nº 73662-9/MG, porém, operava o chamado controle difuso de constitucionalidade, aplicando-se ao caso do processo em julgamento, mas não se estendendo aos demais. Quer dizer, a hipotética inconstitucionalidade da lei, ou de sua interpretação mais tradicional, que sustentava a presunção absoluta em casos dessa natureza, não ficava determinada para todos os casos, e a lei não havia sido declarada inconstitucional de molde a ser banida do universo jurídico-positivo.

O estupro de vulnerável depois da Lei nº 12.015/09

Certamente pensava o legislador de 2009 que a nova redação do tipo legal, com a sua definição autônoma como crime de estupro de vulnerável, jogaria uma pá de cal sobre o assunto, o qual, descontaminado dos humores judiciais acerca da incômoda presunção de violência, passaria a ser visto com a neutralidade que alguns imaginam possível nos textos legais. Ora, bastava então dizer que **ter conjunção carnal** ou **praticar ato libidinoso** com menor de catorze anos é crime que não mais se questionaria se existe ou não violência na conduta. A violência, a ver do legislador, ou passa a ser um elemento indissociável da própria conduta, ou simplesmente não é sequer exigida.

Claro que a lei, uma vez tornada vigente, ganha vida própria e, ao ser manejada pelos juízes e demais atores do processo, deve sair de sua abstração e materializar-se na situação concreta em que será aplicada, convertendo-se em lei **particular** do caso em julgamento. A partir desse instante, entram em cena novos elementos, trazidos pela riqueza de detalhes de cada caso e pelos argumentos das partes, que colocam em xeque aquela pretensa clareza da lei escrita.

Não há que negar que o legislador, pretendendo o que pretendia, foi cuidadoso. Esmerou-se, para evitar a discussão sobre a eventual relatividade da presunção de violência, em definir a simples conjunção carnal ou o ato libidinoso com menor de catorze anos como crime, inclusive com o requinte de lhe dedicar uma redação diferente daquela adotada para a definição do crime de **estupro simples**: assim, se este delito é descrito como o ato de **constranger** alguém (à prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso), o **estupro de vulnerável** é definido secamente como **ter** (conjunção carnal) ou **praticar** (ato libidinoso) com menor de catorze anos.

Quer dizer, a partir da interpretação literal da norma, não é mesmo possível considerar a possibilidade de uma presunção de violência relativa, porque a presunção de violência simplesmente desapareceu da lei e também porque a eventual flexibilização que alguns (como o Ministro Marco Aurélio) davam ao verbo **constranger**, núcleo do tipo legal do estupro (antes e agora), não mais é viável porque o núcleo do tipo no estupro de vulnerável é **ter** ou **praticar**. Mesmo se fazendo uma interpretação sistemática (do texto do atual art. 217-A com outros do Código Penal e outras leis penais), é praticamente impossível encontrar uma saída para afirmar que **ter** ou **praticar** são condutas que admitem alguma valoração da vontade do sujeito passivo quanto ao resultado da conduta.

Responsabilidade objetiva ou falta de ofensividade?

O debate, então, passa para outro terreno. A pergunta deve ser: é viável que o direito penal tipifique qualquer fato, mesmo fundado em elementos puramente objetivos, ou independentemente de ofensa real a algum bem jurídico?

Quanto às limitações ao poder de o legislador infraconstitucional tipificar condutas taxando-as de criminosas, muito já se vem debatendo, resultando praticamente certo que vários podem ser os limites que se

impõem à norma ordinária em tal sentido. **(3)** No caso específico do que é aqui discutido, interessa mais de perto considerar duas hipóteses: 1) que o significado de estupro é, como sempre foi, o de uma violação sexual, isto é, um ato sexual cometido mediante violência real. Fala em favor dessa ideia o próprio sentido etimológico do vocábulo estupro, originário do latim, em que *stuprum* representa, antes de qualquer coisa, um ato de violência. Sendo assim, a falta de violência concreta na relação sexual de alguém com quem nisso consinta afasta inevitavelmente o conteúdo criminoso da conduta, porque lhe falta **ofensividade**; 2) que o estupro de vulnerável, da forma como é legalmente definido, apoia-se em elementos estritamente objetivos, os quais não fornecem, por si sós, componentes capazes de emprestar **aquela mesma ofensividade** à conduta; em suma, somente o fato de ter sido o ato praticado com menor de catorze anos, sem violência e com o consentimento do(a) parceiro(a), não contém qualquer ofensividade apta a justificar a incidência de uma norma penal incriminadora.

Essa segunda hipótese acende a fogueira em torno da qual se colocam questões que vão da responsabilidade penal objetiva à limitação do direito penal em um estado democrático de direito. Povoam a discussão temas como a imputabilidade do bêbado (que se embriagou voluntariamente), a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, a criminalização da embriaguez ao volante fundada em um elemento objetivo como a taxa de alcoolemia.

Ainda que não o diga expressamente, parece o acórdão da 7ª Câmara Criminal do TJRS ter utilizado argumentos extraídos da segunda hipótese aqui apresentada. Denunciam essa inclinação a declarada opção em se afastar da responsabilidade penal objetiva e a consideração de que não houve violência do réu, e sim consentimento da possível ofendida, assim como o valor que se dá ao fato de ser esta uma garota já versada em contatos sexuais. Onde, pois, estaria a carga ofensiva da conduta?

Considerações finais

O teor da decisão é inegavelmente polêmico e tende a ser objeto de elogios de um lado e críticas de outro. Os elogios provavelmente irão pautar-se pelo argumento de que é preciso levar em conta o comportamento das vítimas de crimes sexuais, o acesso que têm, por via da mídia, aos exemplos e às informações contidos nos (geralmente péssimos) programas de entretenimento, bem como suas experiências no ramo, revelando um **modernoso** desejo de ajustar a norma à realidade (do modo como esta é vista pelo intérprete, bem entendido). A crítica deverá insistir em que há, sim, ofensividade juridicamente relevante na relação sexual com menor de catorze anos porque existe uma violência intrínseca na conduta, já que a vítima tem seu desenvolvimento mental ainda incompleto (o que está associado a fatores biológicos e não pode, portanto, ser suprido pelas experiências da vida promíscua que porventura tenha); trata-se, na verdade, de uma outra maneira de reconhecer que existe no fato uma presunção absoluta (*juris et de jure*) de violência. Ou seja, se a violência não é mais presumida por determinação expressa da norma, ela passa a compor a essência do elemento objetivo do tipo consistente na expressão **menor de catorze anos**. Entrevistado sobre o assunto, disse João Virgílio Tagliavini, professor doutor vinculado ao Departamento de Educação da UFSCar e consultor da Comissão de Educação Jurídica da OAB, Seccional de S. Paulo:

“Prevalecendo a tese de que o fato de já estar o adolescente menor de catorze anos acostumado às práticas sexuais constitui uma excludente de tipicidade, ensejar-se-ia a prática de utilizar **laranjas** (ou **estupradores oficiais**), recrutados nas camadas subalternas, que, introduzindo crianças e adolescentes nas atividades sexuais, correriam esse risco em benefício dos socialmente bem posicionados, os quais, posteriormente e sem muito risco, usufruiriam as referidas menores já **iniciadas**. A idade de 14 anos é um dado objetivo estabelecido pela sociedade (legislador) como uma garantia normativa de preservação da infância e da adolescência. Não há o que discutir em relação a isso, a não ser que a sociedade mude o seu

conceito; caso prevaleça a decisão do TJRS, os menores estarão desprotegidos pelo Estado. Além do mais, **de quem a vítima do estupro é absolvida é filha?** O que poderia ser debatido, sim, é a tipificação e a dosagem da pena para os crimes sexuais, dependendo da gravidade específica de cada caso.”(4)

A decisão do tribunal gaúcho é, sem dúvida, daquelas que têm o poder de deflagrar uma polêmica destinada a ser longa e rica em seu conteúdo. Ela possui o mérito de dar partida a uma discussão que estava contida graças à redação aparentemente unívoca do art. 217-A do Código Penal. O debate está aberto, e a interpretação da norma legal ganhará inquestionavelmente novos e importantes elementos para que sua aplicação se faça com justiça e equilíbrio.

Bibliografia

ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GENTIL, Plínio. Os necessários limites da competência legislativa em matéria penal. **Revista dos Tribunais**, maio 2006, n. 847, p. 391-405.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<http://www.etur.com.br/conteudocompleto.asp?IDConteudo=11848> (16 jan. 2012).

http://www3.tjrs.jus.br/site_php/institu/mostra_curriculo.php?codigo=914 (12 jan. 2012).

http://www.conjur.com.br/2006-jun-27/empresa_indenizar_extravio_bagagem (16 jan. 2012).

<http://www.portaldoholanda.com.br/noticia/100829-> (13 jan. 2012).

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Quara%C3%AD> (17 jan. 2012).

<http://infodireito.blogspot.com/2008/05/artigo-voc-tem-medo-de-qu-por-naele.html> (13 jan. 2012).

<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/448/335> (12 jan. 2012).

Notas

1. O fato deu-se na cidade de Quaraí, de aproximadamente 30 mil habitantes, situada na fronteira com o Uruguai.

2. Ela foi empossada no Tribunal em 2001, oriunda do quinto constitucional dos advogados. Já exerceu a docência, sendo mestre em Direito e assinando, entre outras publicações, obra sobre o princípio da igualdade sob a ótica de questões de gênero. No exercício da judicatura, tem demonstrado postura avançada, como nas condenações de uma empresa de transportes por danos materiais e morais devido a extravio de bagagem e de uma companhia aérea pela prática de *overbooking*.

3. Ver GENTIL, Plínio. Os necessários limites da competência legislativa em matéria penal. **Revista dos Tribunais**, maio 2006, n. 847, p. 391-405.

4. Depoimento ao autor em 17 jan. 2012

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

GENTIL, Plínio. *O § 4º do art. 394 do CPP e o procedimento penal na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006).* **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 46, fev. 2012. Disponível em:

< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao046/plinio_gentil.html >

Acesso em: 28 mar. 2012.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS