

Questão Discursiva 00753

Geraldina, 13 anos, namora há mais de 02 (dois) anos com Vitelino, 18 anos, com o conhecimento e consentimento de seus genitores. O pai da infante ficou sabendo que o casal mantém conjunção carnal há meses e, inconformado, levou a *notitia criminis* à Autoridade Policial, que instaurou procedimento investigatório. Na sequência, Vitelino foi denunciado como incurso nas penas do artigo 217-A, c.c. o artigo 71, ambos do Código Penal. A vítima, em juízo, esclareceu que consentiu com todas as relações sexuais, aproximadamente 42 (quarenta e duas) e que pretende se casar, em breve, com o réu e, inclusive, ter filhos. O genitor de Geraldina admitiu conhecer o acusado e sua família há anos, tendo consentido com o namoro, mas exigiu respeito a sua filha. Em seu interrogatório, Vitelino destacou seu amor pela ofendida e admitiu as relações sexuais por ela consentidas há meses, antes e depois de completar 18 anos. Acrescentou que está em novo emprego e que pretende contrair núpcias, tão logo termine o processo. Em alegações finais, o Ministério Público requer a condenação nos termos da denúncia. Argumenta que o consentimento de menor de 14 anos não pode prevalecer. Requer, uma vez acolhida a pretensão acusatória, o indeferimento do recurso em liberdade, pois o acusado se evadirá do distrito da culpa e reiterará suas condutas, como ambos declararam em juízo. A Defensoria, a seu turno, pleiteia a absolvição, sustentando que há vínculo de afeto e que as relações sexuais foram consentidas. Ademais, o namoro era do conhecimento e consentimento dos genitores da ofendida. Destaca que a presunção do artigo 217-A do Código Penal deve ser relativizada para casos extremos como ora analisado, reconhecendo-se a atipicidade material do fato.

Considerando o problema apresentado, responda:

- a) Interpretando a lição de Nelson Hungria: *qui velle no potuit, ergo noluit*, no crime de estupro, a vulnerabilidade deve ser considerada como absoluta ou relativa? O entendimento do citado autor estaria de acordo com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na análise do tipo penal previsto no artigo 217-A do Código Penal?
- b) O que parte da doutrina quer dizer quando, ao analisar o tipo penal citado, propõe: **o legislador atual elimina a figura da presunção e cria em seu lugar tipos penais autônomos**?

Resposta #004050

Por: **MARIANA JUSTEN** 22 de Abril de 2018 às 14:42

O estupro praticado contra menor de 14 anos não possuía um tipo autônomo até a vigência do art.217-A do CP, razão pela qual a doutrina e jurisprudência utilizavam da presunção de violência para tipificar o estupro, de modo a reconhecer a incapacidade de consentir com o ato, fragilidade, falta de maturidade do menor de 14 anos.

Na jurisprudência era pacífico o entendimento de que a presunção de violência era absoluta, ou seja, não admitia prova em sentido contrário, eis que a sua falta de maturidade o impediria de oferecer resistência.

Após a vigência da lei 12.015/2009, lei que incluiu o art.217-A, não se fala em presunção absoluta ou relativa de violência, já que o legislador optou por um critério objetivo, ou seja, a própria lei estabelece uma presunção absoluta de vulnerabilidade.

O referido dispositivo estabelece que qualquer ato libidinoso praticado com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável, razão pela qual o consentimento do menor de 14 anos e de seus pais, o relacionamento amoroso, pretensão de se casar, experiência sexual anterior ou gravidez são incapazes de afastar a configuração do delito. Conforme entendimento recente, inclusive sumulado, do STJ.

Assim, quando a doutrina menciona que "o legislador atual elimina a figura da presunção e cria em seu lugar tipos penais autônomos", segue a linha de entendimento do STJ, já que não se analisa mais a presunção para configurar o estupro, basta a análise do tipo autônomo, como ocorre no art.217-A, para a prática do crime.

Desta forma, o doutrinador Nelson Hungria não está de acordo com o entendimento atual da jurisprudência do STJ, pois não se fala mais em presunção absoluta ou relativa, mas critério objetivo do tipo penal para se configurar o crime de estupro contra menor de 14 anos.

Todavia, importante destacar que, o STJ não abandonou totalmente a presunção da violência, eis que, havendo lesão grave da vítima ou morte culposas aplica-se a ação penal pública incondicionada.

Resposta #001673

Por: **MAF** 27 de Junho de 2016 às 11:58

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça firmado em sede de recurso especial repetitivo, para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 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. Desta forma, considera-se que a presunção em discurso é absoluta.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, perfilha o mesmo entendimento, qual seja, de que é absoluta a presunção de violência nos casos de crime de estupro praticado contra menor de quatorze anos.

Logo, a lição de Nelson Hungria no sentido de que *qui velle no potuit, ergo nolui* (quem não pode consentir, dissentiu) está em consonância com o posicionamento dos Tribunais superiores.

Por fim, o trecho doutrinário, ao analisar a reforma de 2009, considera que antes da Lei 12015/09 era presumida a violência nos casos em que a vítima era menor de quatorze anos, era alienada ou débil mental, bem como não podia, por qualquer outra causa, oferecer resistência, na forma do antigo artigo 224 do Código Penal.

Informa, então, que dita presunção expressa na legislação então vigente foi transformada em tipo penal autônomo, qual seja, o artigo 217-A, que dispõe ser crime "ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos" e que "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".

Resposta #000708

Por: **Guilherme** 6 de Março de 2016 às 15:59

(resposta com consulta apenas à legislação. Obs.: não faço ideia do significado dessa expressão em latim, então o botão de criatividade acaba de ser acionado, rs)

Minha opinião:

a) Com base na lição de Nelson Hungria, a vulnerabilidade no estupro deve ser considerada relativa. Há grandes críticas doutrinárias ao fato de o STJ, todavia, ter optado pela presunção absoluta de vulnerabilidade para os casos de estupro de vulnerável. Com efeito, conforme bem ressalta o professor Herbert Hart, a interpretação e aplicação do Direito tende sempre a encontrar zonas cinzentas, em que a clareza da norma cede espaço à incerteza. Nessas hipóteses, a formação de uma presunção *iure et de iure*, pautada por valores relativos e contingentes, pode significar também a criação de uma situação de injustiça extrema. É o que se verifica, aliás, no caso concreto. Obviamente, não se poderia chegar ao extremo oposto, levando às últimas consequências a ideia de que a vulnerabilidade de ser sempre constatada e provada caso a caso. Parece-me que ocorrências de estupro que envolvam crianças de tenra idade devem ser tratadas com grande rigor, haja vista a formação de uma presunção praticamente insuperável no que diz respeito à sua incapacidade para a formação de opinião acerca do consentimento do ato. Por certo, o fator idade continua a pesar grandemente no quesito incapacidade, tendo o legislador, recentemente, relegado o art. 3o do CC, relativo à incapacidade absoluta, apenas às hipóteses de pessoas com menos de 16 anos de idade. Não obstante, há que se ter em conta o fato de que o Direito Penal é pautado por vetores que exigem seu uso como *ultima ratio*, tais como o princípio da subsidiariedade, fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado. Assim, a visão de Nelson Hungria parece mais consentânea enquanto norte interpretativo para a aplicação da lei ao caso concreto.

b) O artigo 217-A foi criado pela Lei 12.015/09. Antes dele, havia o crime de estupro e a figura da vulnerabilidade como uma espécie de elemento accidental do tipo, que seria capaz de ensejar o aumento da pena como forma de violência presumida. Com a reforma, o legislador criou um tipo penal específico para a hipótese em que se presume a vulnerabilidade da vítima; daí a noção de que o legislador teria eliminado a figura da presunção e criado tipos penais autônomos em seu lugar.

Correção #000397

Por: **Eric Márcio Fantin** 9 de Março de 2016 às 23:25

Excelente resposta. Também não conhecia a expressão e tive que pesquisá-la. Faço apenas a ressalva de que o primeiro parágrafo ficou enorme, o que torna a leitura cansativa. No mérito, inclusive, concordo plenamente com sua resposta.

Sobre o tema, segue decisão recente do STJ:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CARÁTER ABSOLUTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ARTIGO 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nesta Corte, firmou-se a orientação no sentido de ser absoluta a presunção de violência na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, de forma que o suposto consentimento da vítima, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso com o agente não torna atípico o crime de estupro de vulnerável.

2. Sendo a presunção de violência absoluta em crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que ausente o requisito do art. 44, inciso I, do CP.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1472138/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016)

Correção #000388

Por: **Claudio Weliton Shalon** 8 de Março de 2016 às 21:01

Nelson Hungria - principal integrante da Comissão Revisora dizia que a redação original do art. 224, do Projeto do CP de 1940, continha cláusula expressa em favor da natureza absoluta da presunção de violência ou de grave ameaça. No entanto, essa proposição havia sido deliberadamente rejeitada e isto constituía um forte argumento em favor da relatividade da disposição legal em exame. Tratava-se, por isso, de uma presunção relativa que deveria ceder diante da prova de um inevitável erro do agente quanto à efetiva menoridade da vítima. Esta correta sua resposta.

Correção #000378

Por: **Daniela Nadia Wasilewski Rodrigues** 8 de Março de 2016 às 14:38

Pois é Guilherme, também não conhecia a expressão em latim, mas fui pesquisar e verifiquei mais um caso que o TJRJ adora pegar jurisprudência, copiar e colar na prova. Essa expressão aparece nesse aqui, que inclusive é mais recente que a prova:

http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf

Essa expressão em latim significa "quem não podia consentir, dissentiu", então se fosse levar ao pé da letra, a conjunção carnal com menor de 14 anos sempre seria estupro. Aí sua criatividade acabou não dando muito certo desta vez, rs.

Mas em todo caso, esse tema é hiper polêmico, acho que valeria a pena mencionar as divergências. Atualmente o STJ parece estar se encaminhando no sentido de considerar qualquer conjunção carnal nestes casos como estupro, com base nesse julgado que coleí pra você aí em cima. Eu particularmente, acho que essa posição não é a mais adequada e que deve ser relativizada assim como você colocou.

Resposta #000723

Por: **Claudio Weliton Shalon** 8 de Março de 2016 às 21:09

Corrigindo,

A) É absoluto para parte da doutrina, Nelson Hungria não segue o entendimento dos tribunais.

Nelson Hungria, "não há despropósito algum em que se presuma a violência quando falte, na vítima, a capacidade de manifestação da vontade, ou, pelo menos, de consentir validamente"

O STJ entende que o critério é objetivo neste crime, ignorando-se aqui, experiência sexual ou consentimento.

B) Ele se refere-se a problemática em que este termo presunção, criava, deixando aberta a decisão, com tipo penais distintos, foi elidida a presunção, ficando simples a interpretação.

Correção #001050

Por: **arthur dos santos brito** 6 de Julho de 2016 às 19:35

O adágio "qui velle no potuit, ergo noluit" (quem não pode querer, quem não pode consentir, dissente), passou a ser aplicado com rigor pela jurisprudência, sob o fundamento de a criança e o adolescente merecem proteção integral do Estado. Além disso, a sociedade e seus costumes evoluíram para não mais aceitar e entender como normal a iniciação sexual de um infante, ao contrário disso, evoluiu a fim de dar proteção penal às crianças e adolescentes menores de 14 anos, evitando que se iniciem precocemente na vida sexual, quando ainda imaturos e despreparados para enfrentar todos os riscos e desdobramentos desta conduta (sem cuidado, sem qualquer tipo de prevenção).

Correção #000396

Por: **Eric Márcio Fantin** 9 de Março de 2016 às 23:22

Infelizmente, a redação da resposta ficou muito ruim, apesar de estar correto quanto ao item A. Quanto ao item B, não entendi o que foi dito.

O STJ entende ser a presunção de violência absoluta.

Sobre o tema, segue decisão:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CARÁTER ABSOLUTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ARTIGO 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL.

IMPOSSIBILIDADE.

1. Nesta Corte, firmou-se a orientação no sentido de ser absoluta a presunção de violência na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, de forma que o suposto consentimento da vítima, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso com o agente não torna atípico o crime de estupro de vulnerável.
2. Sendo a presunção de violência absoluta em crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que ausente o requisito do art. 44, inciso I, do CP.
3. Agravo regimental improvido.
(AgRg no REsp 1472138/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016)

Correção #000389

Por: Daniela Nadia Wasilewski Rodrigues 8 de Março de 2016 às 21:46

Tenta tomar cuidado com o que você escreve, pra redação não ficar contraditória. O Nelson Hungria morreu tem quase 50 anos, aí quando li que ele "não segue o entendimento dos Tribunais" sendo uma frase no presente, ficou dando a impressão que você quis dizer que ele está vivo, apesar de eu saber que a intenção não foi essa.

Pra concursos de Magistratura, não é aconselhável fazer uma resposta tão curta, creio que se você entregasse a questão tendo escrito só isso, teria uma nota bem baixa. Pra OAB a correção não é tão criteriosa, mas pra Magistratura o nível de exigência é muito alto, tanto que a maioria dos candidatos é reprovada nesta fase.

Resposta #001827

Por: arthur dos santos brito 6 de Julho de 2016 às 19:24

O artigo 217-A foi introduzido no Código Penal pela Lei nº 12.015/2009 e trata do estupro de vulnerável (manter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos ou com 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). O artigo 224 do CP tratava da violência presumida, o qual foi expressamente revogado pela Lei 12.015/2009, criando o legislador a condição de vulnerável (menos de 14 anos ou doente, sem o necessário discernimento ou sem capacidade de resistência).

Assim, para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menos de 14 anos ou doente, sem o necessário discernimento ou sem capacidade de resistência (e sendo esta condição conhecida do agente).

Ainda que a vítima consinta com o ato sexual, este consentimento é nulo, sem qualquer valor jurídico, tratando-se, em verdade, de violência presumida, ficta ou indutiva. O legislador presume a violência, tendo em vista as circunstâncias concretas dentre das quais a vítima não pode, validamente, dar seu consentimento. Questão que ganhou destaque em razão da intensa polêmica jurisprudencial foi quanto a condição de vulnerável da vítima, ou seja, se o fator idade, pode ou não ser usado como critério absoluto para a configuração do crime ou se pode - em razão das circunstâncias e das condições pessoais da vítima ser relativizado.

Esta discussão ganhou maior destaque a partir de alguns julgamentos (da década de 80 em diante), no sentido de que as alterações da sociedade, aliado ao fato de que o Código Penal datava de 1940 - por tanto ultrapassado-, indicavam que a sociedade atual discrepava da lei penal e que nem todo menor de 14 anos necessitava de proteção legal (nem todo menor de 14 anos era necessariamente vulnerável). Após intensa discussão, o Supremo Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que sendo a vítima menor de 14 anos, o consentimento dela, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso com o agente não afastam a ocorrência do crime em hipótese alguma.

O adágio "qui velle no potuit, ergo noluit" (quem não pode querer, quem não pode consentir, dissente), passou a ser aplicado com rigor pela jurisprudência, sob o fundamento de a criança e o adolescente merecem proteção integral do Estado. Além disso, a sociedade e seus costumes evoluíram para não mais aceitar e entender como normal a iniciação sexual de um infante, ao contrário disso, evoluiu a fim de dar proteção penal às crianças e adolescentes menores de 14 anos, evitando que se iniciem precocemente na vida sexual, quando ainda imaturos e despreparados para enfrentar todos os riscos e desdobramentos desta conduta (sem cuidado, sem qualquer tipo de prevenção).

Assim, operando grande alteração do título dos crimes contra a dignidade sexual, conforme pontua parte da doutrina, o legislador eliminou a figura da presunção (de vulnerabilidade) e criou, em seu lugar, tipos penais autônomos, tal como o crime do artigo 217-A considerando que na redação do revogado artigo 224 do Código Penal (antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/09), respondia por estupro ou por atentado violento ao pudor o agente que, mesmo sem violência real, e ainda que mediante anuência da vítima, mantivesse relações sexuais (ou qualquer ato libidinoso) com menor de 14 anos e nas hipóteses dela contar com menos de 14 anos, incidia causa especial de aumento de pena. A partir da Lei 12.015/09, por meio do artigo 217-A o legislador criou um tipo penal autônomo para o vulnerável, incrementando a proteção penal (princípio da proteção integral) da criança e do adolescente.a

Resposta #004874

Por: Ale C.F. 19 de Dezembro de 2018 às 13:50

Segundo a lição de Nelson Hungria, "qui velle no potuit, ergo noluit", ou seja, quem não tem capacidade para consentir, conseqüentemente dissente. Esse entendimento consagra que o consentimento dado por pessoa vulnerável, incapaz de dá-lo, não possui qualquer validade, equivalendo, portanto, à própria ausência de consentimento.

Tal compreensão converge com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, inclusive consagrado em enunciado de súmula, de que a vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos é absoluta. Consoante essa posição jurisprudencial, eventual experiência sexual anterior, relação amorosa afetiva ou compleição física da vítima não elide a sua condição de vulnerável para a configuração da tipicidade do artigo 317-A do Código Penal.

De fato, conquanto a jurisprudência antes vacilasse entre a consideração da vulnerabilidade como absoluta ou relativa diante de situações em que a denúncia de estupro envolvesse conjunção carnal consentida no contexto de namoro, hoje a divergência encontra-se suplantada.

Não se admite sequer a chamada exceção de Romeu e Julieta, segundo a qual não haveria crime se pequena a diferença de idade entre vítima e autor, quando esse fosse menor de dezoito anos.

A vulnerabilidade do menor de quatorze anos é absolutamente presumida pelo tipo penal do artigo 317-A do CP. Tal tipo penal autônomo foi acrescentado ao Código Penal pela Lei n. 12.015/09, a qual revogou o antigo artigo 224, que instituía hipóteses de presunção de violência para as figuras anteriormente separadas de estupro do artigo 213 e do atentado violento ao pudor do artigo 214.

Se antes o estupro de vulneráveis era regido pela combinação do estupro simples previsto na antiga redação do artigo 213 do CP com a presunção de violência do artigo 224 do CP, hoje a subsunção de fatos ocorridos após 07/08/09 se dá diretamente em relação ao tipo do artigo 317-A do CP. Tal modificação, ressaltada pela doutrina, restringiu a possibilidade de análise subjetiva do magistrado da vulnerabilidade da vítima menor de quatorze anos a partir da ideia do cabimento ou não da presunção de violência, ao instituir no artigo 317-A do CP uma presunção absoluta, dada a impossibilidade de consentimento em casos tais.