

ENOQUE RIBEIRO DE ALMEIDA

**A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DO ARTIGO
217-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO:
Um estudo sobre o estupro de vulnerável**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG

2011

ENOQUE RIBEIRO DE ALMEIDA

**A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DO ARTIGO
217-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO:
Um estudo sobre o estupro de vulnerável**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor André Ladeira da Rocha Leão.

FIC – CARATINGA

2011

Dedico este trabalho, às pessoas que me incentivaram desde o princípio desta longa caminhada. Almiro, Lêda, Francisco, Sirley, Dayana, Gabriella, Felipe, e em especial ao meu irmão Wdson(Dim), meu “espelho”, que está lá em cima ao lado do PAI, obrigado por tudo.

Agradeço primeiramente ao grande Arquiteto do Universo, o DEUS que tem me sustentado, tem me protegido, tem me abençoado sempre, tem me concedido sabedoria, paciência, coragem e que tem ouvido minhas orações. Tu és meu DEUS, aquele em que confiei esta vitória. Muito Obrigado.

Agradeço aos meus filhos Gabriella e Felipe que foram privados de minha companhia muitas noites, ao longo destes cinco anos, eles que acompanharam de perto esta luta. Muito Obrigado.

Agradeço a Dayana, minha companheira de luta, pois foi e tem sido única em enfrentar a batalha que sempre enfrentamos desde que nos conhecemos. Obrigado por tudo que fez e tem feito por mim todos esses anos. Eu te amo muito.

Agradeço aos meus pais que me ensinaram os primeiros passos e serviram de inspiração todos esses anos por sua sabedoria e senso de justiça, por terem um dia tomado a decisão de se mudarem para a cidade para estudar seus filhos, o que se tornou mais uma realidade neste momento. Obrigado pelas incessantes orações e pelos joelhos dobrados em busca de orientação e proteção.

Agradeço a todos os meus irmãos, pelos pensamentos positivos que vieram ao meu encontro.

Agradeço aos também incentivadores Francisco (Chiquinho) e Sirley pela confiança e apoio durante estes anos, onde abriram mãos de seu tempo e dedicando-se a mim durante as corridas contra o tempo de conciliação entre trabalho família e estudos.

Agradeço aos meus amigos de sala, pelas risadas, pelos apertos, pelo companheirismo e por tudo que passamos juntos.

Agradeço aos meus professores, pelos ensinamentos que guardarei para sempre.

Agradeço aos meus amigos, que de alguma forma contribuíram para que hoje eu conquistasse esse trabalho.

Agradeço mais uma vez a DEUS por colocar na estória da minha vida pessoas tão importante como vocês. Obrigado.

“Sonhar o sonho impossível, sofrer a angústia implacável, pisar onde os bravos não ousam, reparar o mal irreparável, amar um amor casto à distância, enfrentar o inimigo invencível, tentar quando as forças se esvaem, alcançar a estrela inatingível: Essa é minha busca.”.

Dom Quixote.

RESUMO

O Código Penal Brasileiro foi sensivelmente alterado com a criação da Lei Federal nº 12.015/2009, notadamente no campo dos crimes sexuais, passando a denominá-los “Crimes contra a dignidade sexual”. O Legislador revogou a polêmica figura da presunção de violência, antes prevista no artigo 224 do Código Penal, criando, contudo, nova figura no direito penal pátrio: o vulnerável. O problema a ser enfrentado consiste em saber se a vulnerabilidade seria relativa (*júris tantum*) ou absoluta (*júris et de jure*), tal qual a discussão anteriormente existente com relação à presunção de violência. No regime anterior, a doutrina tradicional entende que a vulnerabilidade é absoluta, sendo completamente inválido o consentimento do menor de 14 anos, não comportando prova em contrário, e a doutrina moderna relativiza a vulnerabilidade, avaliando-se, no caso concreto, o grau de conscientização do vulnerável para a prática sexual. Considerando que o direito penal não pode se afastar da realidade, bem como deve intervir minimamente nas relações sociais, a aplicação relativa do conceito de vulnerabilidade é a escolha mais acertada. A prática sexual entre adolescentes e alguns tipos de deficientes mentais é fato aceito no contexto social e não deve ser totalmente ignorado pelo legislador. O que deve ser avaliado é a falta de discernimento (caráter absoluto) ou o discernimento incompleto (caráter relativo). Em qualquer caso, a proteção à criança (menor de 12 anos) deve ser considerada absoluta no cenário sexual.

Palavras-chave: estupro de vulnerável; presunção relativa; princípio da presunção de inocência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPÍTULO I- CRIANÇA E ADOLESCENTE	14
1.1 O Estatuto da Criança do Adolescente e a proteção especial ao menor.....	14
1.2 A inimputabilidade penal do menor	15
1.3 O menor e o comportamento midiático: o amadurecimento precoce por influência dos meios de comunicação	17
CAPÍTULO II – RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE.....	20
2.1 Da forma de conferir constitucionalidade ao Artigo 217-A do Código Penal.....	20
2.2 Aspectos polêmicos do artigo 217-A do Código Penal.....	24
2.3 O crime de Estupro de vulnerável.....	25
CAPÍTULO III-PRESUNÇÃO.....	28
3.1 O Princípio da presunção de inocência.....	28
3.2 Efeitos da Presunção absoluta.....	29
3.3 Reflexos jurídicos da presunção relativa.....	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	35
REFERÊNCIAS.....	37
ANEXOS.....	40

INTRODUÇÃO

Por ser uma ciência humana, o Direito tende a acompanhar o desenvolvimento da sociedade, assim como as modificações na cultura, costumes e hábitos dos indivíduos, para que normas sejam criadas no intuito de se regular as situações juridicamente relevantes e proporcionar a segurança jurídica que se espera de um Estado, principalmente no que tange a um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil.

Assim, em razão da condição especial da criança e do adolescente vulnerável, incapazes, *a priori*, de externar consentimento válido para a prática sexual, é que o legislador houve por bem oferecer, também na seara penal, proteção àqueles contra práticas sexuais abusivas ou violentas.

No direito, como um todo, mas principalmente na área penal, as mudanças legislativas provocam grande celeuma na comunidade jurídica, doutrinadores e estudiosos buscam interpretar as novas leis de modo a dar-lhes efetividade e aplicabilidade plena.

Nesse contexto, não há razão para a tutela penal da prática sexual livre e consentida do menor de quatorze anos, vez que referida conduta, ainda que imoral para alguns, é um fato social inegável e tolerado.

Considerado por muitos como legislação de vanguarda, o Estatuto da Criança e do Adolescente inovou em relação à visão que se tinha do infante e do adolescente, trazendo inclusive a possibilidade da aplicação de medidas de restrição e até privação de liberdade ao maior de 12 (doze) anos.

Portanto, a legislação brasileira entende que o adolescente maior de doze e menor de quatorze anos tem discernimento suficiente para atender o caráter ilícito e reprovável de sua conduta, pelo que pode inclusive ser punido com medida privativa de liberdade, mas não teria discernimento para dar consentimento válido para a prática sexual.

Podendo, portanto a presente pesquisa proporcionar à Ciência do Direito uma interpretação da vulnerabilidade mais afinada com a moderna doutrina penal-constitucional, estudando as teorias doutrinárias, o posicionamento da jurisprudência pátria, em confronto com a realidade social brasileira, sendo este o ganho jurídico.

Pode, ainda, acrescentar um ganho social, tendo em vista que, em se tratando de matéria penal, que tem reflexos no *status libertatis* do indivíduo, o posicionamento definitivo acerca do tema trará segurança jurídica, vez que posicionamentos divergentes neste campo em nada contribuem para a perfeita aplicação da norma penal. Apresenta ainda, um ganho pessoal, com o aprimoramento de meus conhecimentos com o estudo e pesquisas realizadas e o adequamento das normas jurídicas com a evolução da sociedade na qual fazemos parte.

Podendo assim obter melhor análise do “Estupro de vulnerável” com a análise da relativização acrescida no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro diante do estupro de vulnerável.

Diante das alterações introduzidas pela Lei número 12.015/2009, no tocante à vulnerabilidade acrescida no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, pode-se admitir a relativização da presunção em face do crime de estupro de vulnerável?.

Ao inserir modificações no Código Penal Brasileiro incluindo o artigo 217-A através da Lei 12.015/2009, houve falta de bom senso dos legisladores, pois no tipo Penal “estupro de vulnerável” é possível considerar relativa e não apenas absoluta a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática de atos sexuais, por interpretação teleológica.

Portanto, o entendimento literal da Lei nº12. 015/2009, no sentido de se admitir apenas a presunção absoluta no tocante ao estupro de vulnerável fere o princípio da presunção de inocência, razão da necessidade da admissão da respectiva relativização.

Como metodologia de pesquisa, a presente monografia utiliza-se da pesquisa teórico-dogmática, tendo em vista que se fizeram necessários o manuseio de doutrinas, leis, decretos e jurisprudência junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, bem como a legislação pertinente ao tema.

Faz-se necessário justificar a importância no meio jurídico e social, analisando as transformações inseridas em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 12.015/2009, focando-se especificamente no crime “Estupro de Vulnerável”, previsto no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro.

Como setores do conhecimento, a pesquisa em tela é de natureza transdisciplinar, haja vista as investigações na seara do Direito Penal, do Direito Constitucional e do Direito Processual Penal.

Assim, a presente monografia será dividida em três capítulos diversos onde o primeiro capítulo intitulado Criança e Adolescente com abordagem do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), a inimputabilidade penal do menor bem como o amadurecimento precoce do menor por influência dos meios de comunicação.

O segundo capítulo abordará sobre a relativização da vulnerabilidade com ênfase nas divergências do crime de estupro e o estupro de vulnerável, destacando-se aspectos polêmicos do artigo 217-A do Código Penal Brasileiro e a forma de se conferir constitucionalidade à Lei 12.015/2009 podendo-se assim admitir a relativização da presunção de estupro de vulnerável.

O terceiro e último capítulo dedicar-se à abordagem da presunção do artigo 217-A do Código Penal analisando o princípio da presunção de inocência e os efeitos da presunção absoluta expondo ainda os reflexos da presunção relativa e a importância da produção de provas e a presunção no Processo Penal.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Visando a importância do estudo do novo tipo penal “Estupro de Vulnerável”, tipificado no artigo 217-A do Código Penal, é fundamental a análise de alguns conceitos centrais com o objetivo de verificar a validade e a legalidade do referido artigo.

Nesse propósito, devem ser considerados alguns conceitos, dentre os quais se incluem a concepção de “Estupro de Vulnerável”, pois a lei federal nº12. 015, de 07 de agosto de 2009, alterou sensivelmente o Código Penal Brasileiro, notadamente no campo dos crimes sexuais, passando a denominá-los “Crimes contra a dignidade sexual”, revogando o legislador a polêmica figura de presunção de violência, antes prevista no artigo 224 do Código Penal, criando, contudo, nova figura no direito penal pátrio: o vulnerável.

Dispunha o revogado artigo 224 do Código Penal:

Presunção de violência

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de catorze anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.¹

A redação do novo tipo penal é a seguinte:

Estupro de vulnerável

Artigo 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.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

¹ BRASILEIRO, Código Penal. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.563.

§ 4o Se da conduta resulta morte:
Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.²

Assim, se antes a punição criminal do estupro praticado contra o menor de quatorze anos de idade era feito através da combinação dos antigos artigos 213 e/ou 214 com artigo 224, “a” do Código Penal, atualmente o legislador condensou num único tipo a referida conduta. Demais disso, passou a ser inexigível a violência para caracterização dessa modalidade de estupro, o que leva à conclusão que atualmente, pela lei brasileira, é crime a prática de qualquer ato sexual com criança e com adolescentes menores de quatorze anos de idade.

Guilherme de Souza Nucci conceitua o vulnerável como “o incapaz de consentir validamente para o ato sexual aquele que é passível de lesão, despido de proteção”.³

Seguindo a mesma ponderação, para Andre Estefam vulnerável é aquele que “em face de alguma condição pessoal (transitória ou perene), não dispõe de forças ou de compreensão para resistir a um ataque contra sua dignidade sexual”.⁴

Temos assim, que incorre no crime Estupro de Vulnerável, aquele que realiza atos sexuais que podem incluir tanto a conjunção carnal, como qualquer outro ato libidinoso, com menor de 14 anos, ou com alguém, que por enfermidade ou ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outro motivo, não pode oferecer resistência.

A conjunção carnal refere-se a introdução do pênis na vagina. Essa introdução pode ser completa ou não, pouco importa. Também é irrelevante se houve ou não ejaculação.

Preleciona Rogério Greco sobre a classificação doutrinária do novo tipo penal “Estupro de Vulnerável”:

No que diz respeito ao sujeito ativo, quando a conduta for dirigida à conjunção carnal, terá natureza de crime de mão-própria, e comum nas

² BRASILEIRO, Código Penal. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p.565.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 35.

⁴ ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**: comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64.

demais situações, ou seja, quando o comportamento for dirigido à prática de outros atos libidinosos: crime próprio com relação ao sujeito passivo, uma vez que a lei exige que a vítima seja menor de 14(quatorze) anos (caput), ou portadora de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa não possa oferecer resistência; doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do status de garantidor); material; de dano; instantâneo; de forma vinculada (quando disser respeito à conjunção carnal) e de forma livre (quando estivermos diante de um comportamento dirigido a prática de outros atos libidinosos); Não transeunte e transeunte (dependendo da forma como é praticado, o crime poderá deixar vestígios, a exemplo do coito vaginal ou do sexo anal; caso contrário, será difícil a sua constatação por meio de perícia oportuna em que deverá ser considerado um delito transeunte).⁵

Para o estudo da presunção de violência necessário se faz esclarecer o conceito de presunção.

Hildebrand, em seu Dicionário Jurídico conceitua da seguinte forma:

Presunção- 1. Conseqüência que a lei deduz de certos atos ou fatos, e que estabelece como verdade, por vezes até contra prova em contrário. 2. Tomar como verdadeiro um fato, independentemente de prova, levando-se em consideração aquilo que normalmente acontece.⁶

Importa concluir, que por presunção, no ordenamento jurídico, entende-se serem resultados deduzidos de um fato conhecido, para se chegar a um fato desconhecido.

Após vermos o conceito de presunção, é necessário conceituar os dois tipos de presunção, sendo eles: Presunção Relativa e Presunção Absoluta, assim:

Presunção Relativa – Circunstância conhecida e provada que admite prova em contrário [...] Presunção *júris tantum* - Diz-se da presunção legal que prevalece até prova em contrário.Presunção Absoluta – Circunstância conhecida e provada que não admite prova em contrário [...] Presunção *júris et de jure* – Diz-se da presunção legal que não admite prova em contrário.⁷

⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte especial**. Vol. III. 7. ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2010,p.518.

⁶ HILDEBRAND, Antônio Roberto. **Dicionário Jurídico**: 6. ed. São Paulo: Editora Forense, 2009.

⁷ IDEM

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando a presunção da inocência como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, e do Direito Processual Penal.

A presunção de inocência é *júris tantum*, exigindo um mínimo de provas colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa para ser afastada, materializando-se o devido processo legal.

O princípio de inocência ou presunção da inocência é um princípio jurídico aplicado ao direito penal que estabelece a inocência como regra. Somente após um processo concluído em que se demonstre a culpabilidade do réu, o Estado poderá aplicar uma pena ou sanção.

Desse modo, podemos concluir por presunção, no ordenamento jurídico, como sendo os resultados deduzidos de um fato conhecido, para se chegar a um fato desconhecido.

O ordenamento jurídico compõe-se de princípios e regras. Pode-se dizer que os princípios ao lado das regras, são normas jurídicas. Porém, os princípios exercem dentro do ordenamento jurídico um papel diferente das regras. As regras possuem nítidas funções de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem na forma por elas escritas. Os princípios por sua vez, são a expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas.

Os princípios constituem a base, o alicerce de um sistema jurídico. São verdadeiras proposições lógicas que fundamentam e sustentam um sistema. Possuem uma função estruturante dentro do ordenamento jurídico. Neles se encontram as diretrizes valorativas válidas aplicáveis à interpretação constitucional.

A jurisprudência moderna prefere a expressão de presunção de não culpa, por ser mais coerente com o sistema de prisão provisória.

CAPÍTULO I – CRIANÇA E ADOLESCENTE

1.1 - O estatuto da Criança e Adolescente e a proteção especial ao menor

Ao proibir que o menor de quatorze anos pratique atos sexuais de forma consensual, perdeu o legislador a oportunidade de compatibilizar o Código Penal Brasileiro com o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente- Lei número 8.069/1990), que dispõe em seu artigo 2º que: “Considera-se criança, para efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”, podendo até sofrer medidas sócio educativas.

Para alguns doutrinadores, se o menor a partir de doze anos pode sofrer medidas sócio educativas, por ser considerado pelo legislador capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, poderá também ser considerado capaz de consentir validamente frente a um ato sexual.

Portanto não se pode admitir no ordenamento jurídico uma contradição como esta, ou seja, a de punir o menor de quatorze anos de idade, por ato infracional, válida sua vontade, e aí considerá-lo incapaz de consentir para a prática de um ato libidinoso ou mesmo de uma conjunção carnal.

O legislador deveria ter deixado claro que a presunção de violência seria relativa, ou se preferisse torná-la absoluta, como de fato fez, deveria ter reduzido essa idade (menor de quatorze anos) , para menor de doze anos, de modo compatível com o Estatuto da Criança e do Adolescente., não levando em consideração o legislador o fato de que a atual realidade social, onde as pessoas iniciam cada vez mais cedo a prática de atos sexuais por vontade própria. Devia o legislador considerar que a sociedade mudou e que compete à lei acompanhar estas mudanças, pois não é fato raro, vê-se, na atual realidade social rapazes de dezoito anos, terem relacionamentos duradouros com meninas de treze anos, sendo muitas vezes, com autorização dos pais.

1.2 - A inimputabilidade do menor

Muitos criticam o novel estupro de vulnerável por suposta incompatibilidade com a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Mencionado diploma, em seu artigo 2º, considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Considerado por muitos como legislação de vanguarda, o Estatuto da Criança e do Adolescente inovou em relação à visão que se tinha do infante e do adolescente, trazendo inclusive a possibilidade da aplicação de medidas de restrição e até privação de liberdade ao maior de 12 anos. É o que consta em seu artigo 112, *verbis*:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. ⁸

Portanto, a legislação brasileira entende que o adolescente maior de doze e menor de quatorze anos tem discernimento suficiente para entender o caráter ilícito e reprovável de sua conduta, pelo que pode ser inclusive punido com medida privativa de liberdade, mas não teria discernimento para dar consentimento válido para a prática sexual.

Para se sujeitar a medidas punitivas do ECA a vontade do adolescente é válida. Para anuir a um ato sexual não seria? Que diferença fundamental existiria entre compreender o caráter lícito do fato criminoso (dentro de certas limitações, é verdade) e compreender o caráter sexual de certos comportamentos, ainda mais quando se considera que esta última em geral,

⁸ BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 6. Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

surge antes daquela outra? Que sentido tem destarte, depois do ECA, presunção legal do artigo 224?⁹

No mesmo sentido nos ensina Carlos Antônio R. Ribeiro, citado pelo Ministro Celso Limongi em voto vencedor em *habeas corpus* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça ainda sob a égide da legislação anterior.

Se o menor a partir de 12 anos pode sofrer medidas socioeducativas, por ser considerado pelo legislador, capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram em todos os locais, em especial nos lares de quem quer que seja, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente frente a um ato sexual.¹⁰

Percebe-se, destarte, que o legislador brasileiro do século XXI segue em direção oposta à do legislador da década de 1990, mantendo o mesmo padrão de proteção da criança e do adolescente que o legislador da década de 1940.

Nucci defende, ainda, que em relação à criança, considerada como a pessoa com até doze anos de idade incompletos, a vulnerabilidade é absoluta, sendo escorreito o critério etário adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, expondo que a proteção da criança (menor de 12 anos), ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual, remetendo o leitor a outra de suas obras onde diz:

Entretanto, chegando a jovem a idades mais elevadas, saindo da esfera e *criança* e alcançando o estágio de *adolescente*, cremos ser possível discutir a respeito de sua condição e da sua real maturidade ou imaturidade. Defendemos, pois: presunção absoluta para a maioria dos casos, especialmente para pessoas menores de 12 anos; relativa para as

⁹ GOMES, Luis Flávio. **A presunção de violência nos crimes sexuais**: enfoque crítico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 4, n.15, julho-setembro. Revista dos Tribunais: 1996, p. 166

¹⁰ RIBEIRO, Carlos Antônio R. **Violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual**, in Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, vol. 5, número 12, pág. 216 apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 88.664-GO. Relator Ministro Og Fernandes. Relator para o acórdão Ministro Celso Limongi. Data do julgamento: 23 jun.2009.

situações excepcionais, voltadas aos adolescentes, pessoas maiores de doze anos.¹¹

Como anota Laura Valczara Camargo, essa relativização se daria da seguinte forma:

Para que haja justiça quanto a validade ou não de um consentimento dado por um adolescente menor de quatorze anos, ou como foi dito acima, excepcionalmente por uma criança, é necessário que seja feita uma análise minuciosa na personalidade, caráter, cultura e comportamento dessa pessoa. É claro que o acompanhamento do caso por profissionais (médicos, psicólogos, etc.) é exigível, pois somente laudos especializados poderão dizer qual a capacidade desse indivíduo. Portanto, não é qualquer pessoa sem formação específica que poderá aventurar-se a dizer que aquele adolescente envolvido em uma relação sexual era plenamente capaz de dar o seu consentimento. Também, é claro, é preciso que o interessado que arguir essa capacidade, possa prová-la.¹²

Impende destacar o caráter excepcional que tanto Nucci quanto Estefam dão à relativização da vulnerabilidade do menor de quatorze anos. Relativizar não significa, em nenhuma hipótese, desconsiderar a norma.

1.3 - O menor e o Comportamento midiático: O amadurecimento precoce por influência dos meios de comunicação

Importante pesquisa publicada pela Unesco (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), estudo realizado em 13(treze) capitais brasileiras e no Distrito Federal, constatou que em quase todas as capitais mais de 10% das crianças e adolescentes com idade entre 10 e 14 anos já mantiveram relação sexual.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte geral e parte especial**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.802.

¹² CAMARGO, Laura Valczara. **A possibilidade do comportamento provocador da vítima menor de quatorze anos**: vitimologia. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2491>>. Acesso em: 15 set. 2011.

Sobre referida pesquisa, Eduardo Fuhr ressalta:

No mesmo estudo, constatou-se que em quase todas as capitais, o índice de crianças que tiveram iniciação sexual aos 10 anos foi maior que o esperado. Por exemplo, na cidade de Salvador se verificou que 67,5% (sessenta e sete e meio por cento) dos meninos tiveram a sua primeira relação sexual nessa faixa de 10 anos, enquanto 27,5% (vinte e sete e meio por cento) das meninas tiveram sua iniciação sexual nessa mesma faixa etária.¹³

Ainda sob a vigência da norma anterior, mas perfeitamente aplicável à realidade atual, se manifestou o Ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº. 73.662-MG, *in verbis*:

Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal.

(...)

Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda sorte de conseqüências que lhe podem advir.¹⁴

Sobre o assunto, Marcos Roberto Vieira Garcia diz que:

As mudanças mais recentes na forma como os adolescentes lidam com o sexo são conseqüência de mudanças mais amplas dos códigos de valores ligados à sociedades ocidentais modernas. Houve uma intensificação dessas mudanças a partir dos anos 60, quando ocorreu nessas sociedades o que se convencionou chamar “Revolução Sexual”, ou seja, a conquista de maior liberdade para a mulher na esfera sexual.¹⁵

¹³ FUHR, Eduardo. **A retrógrada criação do estupro de vulnerável**. Disponível em <http://www.artigonal.com/doutrinaartigos/aretrogradacriacaodoestuprodevulneravel2442814.html>. Acesso em 15.set..2011.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas Corpus nº. 73.662-MG, relator Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento 21.05.1996.

¹⁵ GARCIA, Marcos Roberto Vieira. **Virgindade e iniciação sexual entre as adolescentes brasileiras**. São Paulo: Editora Arte e Ciência, 2004, p. 90.

É de se consignar ainda o pensamento da professora Adelina Carvalho, para a qual:

Embora possa não ser recomendável a prática sexual com pessoa maior de 12 e menor de 14 anos de idade, o despertar mais precoce dos desejos sexuais dos mais jovens é fato que existe e deve ser respeitado, assim como as opções diferentes decorrentes da evolução, boa ou má, dos costumes.¹⁶

Também nas palavras de João Batista Costa Saraiva é inoportuna a criação do tipo penal em exame:

Em matéria de relacionamento sexual entre adolescentes, a nova regra do artigo 217-A do Código Penal exagera em face da realidade do país e de nossa adolescência, podendo criminalizar a conduta de muitos adolescentes e pré-adolescentes na descoberta de sua sexualidade.¹⁷

Gize-se, por oportuno, que o professor Alberto Silva Franco já ensinava que “toda lesão à liberdade sexual encontra seu núcleo na falta de consensualidade. Fora daí, não há conduta que deva ser objeto de consideração na área penal”.¹⁸

Nesse contexto, não há razão para a tutela penal da prática sexual livre e consentida do menor de quatorze anos, vez que referida conduta, ainda que imoral para alguns, é um fato social inegável e tolerado.

CAPÍTULO II – RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE

¹⁶ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2006, p.151.

¹⁷ SARAIVA, João Batista Costa Saraiva. **O “depoimento sem dano” e a “Romeo and Juliet Law”**: uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do artigo 217-A do Código Penal, *apud* CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O estupro de vulnerável e os atos libidinosos sem violência entre menores: uma solução encontrável no direito comparado**. Disponível em <http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2706>>. Acesso em 15 set.2011.

¹⁸ FRANCO, Alberto Silva *apud* SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Crimes sexuais**: reflexões sobre a nova Lei11.106/2005. Leme/SP: J. H. Mizuno, 2006, p. 73.

2.1- Da forma de conferir constitucionalidade ao artigo 217-A do Código Penal

Como visto, na vigência da norma penal anterior, para caracterização do estupro do menor de quatorze anos, era necessária a combinação dos artigos 213 e/ou 214 do Código Penal com a norma de extensão denominada “presunção de violência” prevista no artigo 224, “a”, do mesmo diploma legal.

Havia grande discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da presunção de violência contra o menor de quatorze anos de idade, ou seja, se havia ou não a possibilidade de provar o consentimento e o necessário discernimento da vítima para a prática do ato sexual. Na doutrina, prevalecia o entendimento de que a norma em comento teria caráter relativo. Na jurisprudência, contudo, apesar de algumas decisões conferindo o caráter *júris tantum*, prevalecia o entendimento de que todo e qualquer ato sexual com menor de quatorze anos era presumivelmente violento, não cabendo produção de prova em contrário.

O magistrado paulista Guilherme de Souza Nucci, em recente obra analítica das mudanças operadas pela Lei 12.015/2009, defende que assim como era possível, na vigência da norma anterior, a consideração de caráter relativo à presunção de violência, com o advento do artigo 217-A do Código Penal e conseqüente introdução do estupro de vulnerável no ordenamento jurídico, é possível, também, e por fundamentos semelhantes, relativizar o conceito de vulnerabilidade ora vigente. Em seu escólio:

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 relativa. Pode-se considerar o menor, com treze anos, absolutamente vulnerável, a entimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Esta é posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e

muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.¹⁹

Nesse mesmo sentido, o magistério do promotor de justiça e professor André Estefam:

Entendemos que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo), **admitindo prova em contrário, notadamente quando se tratar de adolescentes** (indivíduos com 12 anos já completados). Isto porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e, voluntariamente, pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua dignidade sexual).²⁰

Acrescenta, anotando que:

A mudança do nome dado ao título, que deixou de proteger os “costumes”, não pode “passar impune”; é dizer, não ofende a dignidade sexual de um adolescente prestes a completar 14 anos o fato de manter, voluntariamente, relações íntimas com uma mulher.²¹

Yordan Moreira Delgado, todavia, discorda da tese defendida por Nucci e Estefam e apresenta outra solução para o caso, *verbis*:

Só em um aspecto divergimos desse autor [Nucci] quanto à questão da vulnerabilidade do menor de 14 anos. É que diferentemente dele, entendemos que, com a criação do novo tipo penal do art. 217-A sem a elementar referente ao constrangimento mediante violência ou grave ameaça, não haverá sob o aspecto hermenêutico da norma ordinária em foco, como defender que essa presunção poderá ser relativa. O juiz, entretanto, poderá deixar de aplicar a norma do art. 217-A se buscar algum fundamento constitucional no caso concreto, como a violação à proporcionalidade, ou como explica Zaffaroni

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

²⁰ ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais. Comentários à Lei 12.015/09**. São Paulo: Saraiva 2009.

²¹ IDEM

"princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão".²²

Entende-se, contudo, que embora o legislador tivesse, de fato, intenção de extirpar a elementar violência do tipo penal em apreço, nada mais fez que considerar, implicitamente, que toda e qualquer conduta no campo sexual com o menor de quatorze anos é violenta, devido à falta de capacidade desses indivíduos para consentir. João José Leal e Rodrigo José Leal ensinam nesse sentido:

Não há dúvida de que, ao abandonar a polêmica regra legal da presunção de violência, a atual fórmula incriminatória simplificou a questão. Mesmo assim, parece-nos que o fundamento desta incriminação de maior severidade e rigidez continua o mesmo: a premissa axiológica de que todo e qualquer ato sexual contra uma pessoa menor de idade – no caso, uma criança, ainda – atenta contra os bons costumes ou, como diz a nova rubrica do Título VI, do CP, "contra a dignidade sexual". Em consequência, a lei considera tal conduta sexual ou libidinosa como um ato sexual de evidente violência, que precisa ser reprimida de forma mais severa.²³

Logo, a elementar violência está implícita no tipo. E como observa Júlia de Arruda Rodrigues e Larissa Ataíde Cardoso “embora haja denominação diversa para os efeitos da norma, o que vigora, na realidade, é uma norma cujo caráter é uma verdadeira presunção absoluta, vez que continua a presumir que em qualquer hipótese a suposta vítima seria incapaz de consentir”.²⁴

Nucci defende, ainda, que em relação à criança, considerada como a pessoa com até doze anos de idade incompletos, a vulnerabilidade é absoluta, sendo correto o critério etário adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Em suas palavras: “a proteção da criança (menor de 12 anos), segundo nosso

²² DELGADO, Yordan Moreira. **Comentários à Lei nº. 12.015/09**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2289, 7

²³ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, nº 2263, 11 set. 2009. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13480>>. Acesso em 19 out. 2011.

²⁴ RODRIGUES, Júlia de Arruda; CARDOSO, Larissa Ataíde et al. O novo tipo penal estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, nº 2338, 25 nov. 2009. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13908>>. Acesso em 27 out. 2011.

entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual”²⁵, remetendo o leitor a outra de suas obras onde diz:

Entretanto, chegando a jovem a idades mais elevadas, saindo da esfera e *criança* e alcançando o estágio de *adolescente*, cremos ser possível discutir a respeito de sua condição e da sua real maturidade ou imaturidade. Defendemos, pois: presunção absoluta para a maioria dos casos, especialmente para pessoas menores de 12 anos; relativa para as situações excepcionais, voltadas aos adolescentes, pessoas maiores de doze anos.²⁶

Essa relativização, como anota Laura Valcazara Camargo, se daria da seguinte forma:

Para que haja justiça quanto a validade ou não de um consentimento dado por um adolescente menor de quatorze anos, ou como foi dito acima, excepcionalmente por uma criança, é necessário que seja feita uma análise minuciosa na personalidade, caráter, cultura e comportamento dessa pessoa. É claro que o acompanhamento do caso por profissionais (médicos, psicólogos, etc.) é exigível, pois somente laudos especializados poderão dizer qual a capacidade desse indivíduo. Portanto, não é qualquer pessoa sem formação específica que poderá aventurar-se a dizer que aquele adolescente envolvido em uma relação sexual era plenamente capaz de dar o seu consentimento. Também, é claro, é preciso que o interessado que argüir essa capacidade, possa prová-la.²⁷

Importante se faz destacar o caráter excepcional que tanto Nucci quanto Estefam dão à relativização da vulnerabilidade do menor de quatorze anos. Relativizar não significa, em nenhuma hipótese, desconsiderar a norma. Logo, a regra é a consideração plena da vulnerabilidade do menor de quatorze anos. Porém, ao relativizar tal conceito, admite-se prova em contrario, a fim de restar afastada a

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 38.

²⁶ _____. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 802.

²⁷ CAMARGO, Laura Valcazara. **A possibilidade do comportamento provocador da vítima menor de quatorze anos**: vitimologia. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2491>>. Acesso em: 25 out. 2011.

vulnerabilidade do menor no caso concreto. Todavia, sendo insuficientes ou duvidosas as provas da não-vulnerabilidade do menor, a condenação do agente é medida que se impõe, não havendo que se falar em *in dubio pro reo*.

2.2 - Aspectos polêmicos do artigo 217-A do Código Penal Brasileiro

É de se consignar que, inegavelmente, o legislador teve a melhor das intenções ao introduzir o dispositivo em comento no ordenamento jurídico. Fruto do trabalho de comissão parlamentar mista de inquérito instaurada para apurar a exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil, a denominada “CPMI da Pedofilia”, a Lei 12.015/2009 teve por objetivo o endurecimento da legislação visando ao combate desse tenebroso crime que é o abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes no país. Como anota Delgado, na elaboração da norma penal o legislador “pensou no caso de muitos homens mais velhos que procuram jovens para satisfazer sua lascívia”,²⁸ o que, certamente, é merecedor de reprimenda pelo direito penal. Contudo, ao estabelecer como crime toda e qualquer relação sexual com adolescentes menores do que quatorze anos, independente da situação fática de fundo, certamente cometeu uma injustiça.

Exemplifica:

Para demonstrar a possibilidade de grande injustiça de se punir alguém simplesmente porque praticou algum ato libidinoso com menor de 14 anos, vejamos o seguinte exemplo. Um jovem de 17 anos começou a namorar uma menina de 13 anos. Na comemoração de um ano de namoro, véspera da adolescente completar 14 anos, os dois resolvem manter conjunção carnal, nesse momento, o jovem, contaria com 18 anos. Ao tomar conhecimento desse fato, o Ministério Público agora, teria o dever de propor a ação penal pública imputando a esse jovem o delito de estupro de vulnerável.²⁹

²⁸ DELGADO, Yordan Moreira. **Comentários à Lei nº 12.015/09**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, nº 2289.

²⁹ Idem.

Continua:

Diante do juiz, a adolescente vítima, diz que foi idéia dela o ato sexual, não obstante a relutância do namorado. Neste caso, pela legislação anterior, ainda haveria a possibilidade de o juiz absolver o réu alegando que a presunção de violência é relativa, e que no caso, inexistiria. Agora, como o tipo penal sequer fala em violência, estando presentes as elementares do tipo, o juiz teria que condenar o acusado a uma pena de oito anos, que por ser crime hediondo será cumprida inicialmente em regime fechado. Será essa uma solução justa que atende os anseios da sociedade? Será justo levar esse jovem ao cárcere em contato pernicioso com um sistema prisional superlotado e já considerado falido na sua função socializadora? Obviamente que não.³⁰

E como anota o Ministro Celso Limongi, do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do habeas corpus nº 88.664-GO:

A Constituição Federal importou do direito anglo-americano o princípio do devido processo legal na sua face substantiva, de modo que ela autoriza a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a permitir que o juiz hoje se inquiete com a injustiça da lei, a proporcionalidade dos encargos, a razoabilidade da lei, quando antes não era senão a voz da lei, o cego cumpridor da lei, o escravo da lei, um ser como que inanimado, como preconizava Montesquieu, preocupado, naquele contexto histórico em que viveu, com poder o magistrado interpretar a lei.³¹

2.3 - O crime Estupro de vulnerável

Ao conferir caráter relativo à vulnerabilidade, estará afastando os vícios inicialmente apontados pela doutrina, garantindo-se constitucionalidade ao artigo 217-A do Código Penal.

³⁰ DELGADO, Yordan Moreira. **Comentários à Lei nº 12.015/2009**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, nº 2289.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 88.664-GO. Relator Ministro Og Fernandes. Relator para o acórdão Ministro Celso Limongi. Data do julgamento: 23 jun.2009.

Não haverá que se falar em ofensa aos princípios da intervenção mínima e da adequação social. Isso porque é de interesse social a punição daquele que abusa sexualmente, utilizando de violência física ou psicológica, de toda e qualquer pessoa, e principalmente do menor de quatorze anos, ou mesmo daquele que se vale da incapacidade do vulnerável para consentir com o ato de maneira inequívoca. O mesmo não há como falar quando punido aquele que se relacionou com adolescente menor de quatorze anos que era plena e inequivocamente capaz de consentir com o ato, tendo em vista que referida conduta, apesar de não recomendada, é tolerada no meio social.

Da mesma forma, os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena não restarão violados. É de todo importante, sendo até mesmo determinação constitucional (artigo 227, parágrafo quarto, da Constituição da República), que aquele que pratica abuso, violência ou exploração sexual da criança e do adolescente seja severamente punido. Entretanto, punir da mesma forma o incauto jovem namorado de dezoito anos de idade que se relaciona sexualmente com a namorada de treze anos e o perverso pedófilo que abusa sexualmente de crianças de três anos de idade, além de desproporcional, fere ao constitucional princípio da individualização da pena. Esse também é o entendimento do promotor de Justiça André Estefam:

A pena imposta ao ato reforça a tese (acima sustentada) de que a vulnerabilidade é um conceito relativo, admitindo prova em contrário (isto é, a demonstração de que o parceiro tinha plena consciência e maturidade sexual). Note-se que a sanção cominada (reclusão, de 8 a 15 anos), possui patamar mínimo superior ao crime de homicídio simples, sem falar que o estupro de vulnerável é crime hediondo (art. 1º, VI, da Lei n. 8.072/90).³²

Como visto, a aplicação de caráter relativo à vulnerabilidade do menor de 14 anos e maior de doze anos é fruto de trabalho de interpretação da lei penal conforme o que estabelece a constituição. E como Hans Kelsen já ensinava:

A constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. [...] É eficaz quando pelo

³² ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais – Comentários à Lei nº 12.015/09**. São Paulo: Saraiva, 2009.

estabelecimento de tais leis (por exemplo, leis que violem a chamada liberdade da pessoa ou de consciência, ou a igualdade) se responsabiliza pessoalmente determinado órgão que participa da criação dessas leis (chefe de Estado, ministros) ou existe a possibilidade de as atacar e anular.³³

E é com base no trabalho de hermenêutica que, no cotejo entre o caso concreto com o disposto na lei penal e nos princípios garantidos pela Constituição da República, o interprete poderá aferir ao conceito de vulnerabilidade natureza relativa. Essa consideração levará à constitucionalidade do crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal.

³³ KELSEN, Hans *apud* CAPANO, Evandro Fabiani. **Dignidade Sexual**: Comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 á 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

CAPÍTULO III– PRESUNÇÃO

3.1 – O princípio da presunção de inocência

Estando a Constituição Federal no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, todas as normas infraconstitucionais devem seguir suas orientações e diretrizes, sob pena de serem declaradas inconstitucionais. Sendo assim, o Direito Penal Brasileiro somente poderá ser concebido à luz dos Princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Por princípio entende-se que:

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.³⁴

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, inciso LVII que, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, e do Direito Processual Penal.

Portanto a presunção de inocência exige um mínimo de provas colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa para ser afastada, materializando-se o devido processo legal. Isto, como se pode depreender das declarações feitas ao longo desta produção, é uma afronta à presunção de inocência e à teoria da responsabilidade subjetiva adotada pelo Código Penal, pois é inadmissível que alguém possa ser responsabilizado, sem que reúna todos os requisitos da culpabilidade, sejam eles: imputabilidade, potencial consciência da licitude,

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de . **Curso de Direito Administrativo**. 12. Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000. P. 747.

exigibilidade de conduta diversa. Sendo assim, o agente só será considerado culpado se preencher esses requisitos; faltando qualquer um deles, não haverá culpabilidade.

O magistrado ao condenar, presume a culpa; ao absolver, presume a inocência, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma (ou não) da sentença pelo tribunal.³⁵

A jurisprudência moderna prefere a expressão de presunção de não culpa, por ser mais coerente com o sistema de prisão provisória.

3.2- Efeitos da presunção absoluta

Especificamente o ato sexual praticado com crianças e adolescentes na legislação brasileira foi regulamentado pela primeira vez pelo Código Penal de 1890, que introduziu a figura da presunção de violência, segundo a qual era presumida a violência nos crimes sexuais praticados em detrimento de vítima menor de dezesseis anos. Com o advento do Código Penal de 1940, o limite de idade foi abrandado para quatorze anos de idade.

Em se tratando do assunto de Presunção de violência, faz-se mister esclarecer o conceito de presunção. Para tanto utilizaremos o conceito dado por Hildebrand, em seu dicionário jurídico:

Presunção-1. Consequência que a lei deduz de certos atos e fatos, e que estabelece como verdade, por vezes até contra prova em contrário. 2. Tomar como verdadeiro um fato, independente de prova, levando-se em consideração aquilo que normalmente acontece.³⁶

³⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16 ed., Rio de Janeiro: Lumen júris, 2009, p.27.

³⁶ HILDEBRAND, Antônio Roberto. **Dicionário Jurídico**. 6. ed. São Paulo: Editora Forense, 2009.

Podemos assim concluir que, por presunção, no ordenamento jurídico, como sendo os resultados deduzidos de um fato, para se chegar a um fato desconhecido. Mas foi a Lei 12.015/2009 que introduziu no direito penal brasileiro uma modalidade especial de estupro, o denominado “estupro de vulnerável”, com a introdução do artigo 217-A. no Código Penal pátrio, bem como com a revogação expressa do supracitado artigo 224. A redação do novo tipo penal é a seguinte:

Estupro de vulnerável

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.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos³⁷.

Assim, se antes a punição criminal do estupro praticado contra o menor de quatorze anos de idade era feito através da combinação dos antigos artigos 213 e/ou 214 com artigo 224, “a” do Código Penal, atualmente o legislador condensou num único tipo a referida conduta. Demais disso, passou a ser inexigível a violência para caracterização dessa modalidade de estupro, o que leva à conclusão que atualmente, pela lei brasileira, é crime a prática de qualquer ato sexual com criança e com adolescentes menores de quatorze anos de idade.

³⁷ BRASILEIRO, Código Penal. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 9. ed. , São Paulo: Saraiva 2010.

3.3 - Reflexos jurídicos da presunção relativa

O tipo penal deve obedecer a critérios formais e materiais, pois de nada adiantará haver previsão legal que afronte basilares de toda ordem jurídica. Vemos então que o tipo penal Estupro de Vulnerável, atende as um critério formal, desprezando a potencialidade lesiva ao bem jurídico protegido, admitindo haver crime mesmo sem violência ou grave ameaça e com o consentimento da vítima ao ato sexual.

Portanto, uma vez que o Direito Penal encontra fundamento para sua existência na proteção de indivíduos de uma coletividade, punindo aqueles que violem bens jurídicos fundamentais, não há bom senso em sancionar indivíduos por condutas que na verdade não demonstram qualquer violação do bem a ser protegido, nos casos em que se possa conferir a capacidade dos menores de 14 anos, para consentir validamente para o ato sexual, tendo em vista que o Estatuto da Criança e Adolescente prevê que estes possuem um nível suficiente de consciência de seus atos infracionais para arcar com suas conseqüências.

O delito é punido exclusivamente na forma dolosa, consubstanciado na vontade de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoas que se encontram nas condições elencadas no caput ou no parágrafo 1 do artigo 217-A do Código Penal.

Em se tratando de Direito Penal, compreende-se que a penas deve ter uma relação proporcional com o bem jurídico lesionado no caso concreto, além da proporcionalidade que deve haver entre os fins que foram obtidos com a pena e os fins que a legislação pretendia alcançar. Neste caso o juiz deve classificar determinadas condutas sob pena de uma enorme desproporcionalidade entre a pena prevista e a pouca gravidade do fato.

A redação do artigo 217-A encerrou a questão, agora pouco importa se há violência ou não, e se essa presunção é absoluta ou relativa, trata-se agora de uma objetividade fática. Para a consumação do tipo é suficiente, apenas, que o agente mantenha conjunção carnal ou ato libidinoso com alguém menos de quatorze anos, desprezando assim aspectos culturais, sociais e comportamentais, pois de fato, o

legislador penal está envolvido em um dilema verdadeiro, cuja solução não parece ser possível, gerando assim, muita controvérsia entre doutrina e jurisprudência.

Nesse sentido Nucci preleciona que, mesmo após a edição do novo tipo penal, a discussão ainda se mantém, dizendo que:

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento do 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 considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência se relativo ou absoluto, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real.³⁸

Estudando o Estupro de Vulnerável sob ótica de passivos menores de 14 anos, sabemos que não se pode desprezar que, na atual realidade social, todo aquele que se encontra nesta faixa etária está incapacitado para consentir, pois não são raros os casos, em que menores de 14 anos possuem vida sexual ativa e praticam, com normalidade, atos sexuais de forma consentida, ou seja, possuem desenvoltura para escolher iniciar ou não uma vida sexual, fazendo-a de plena ciência sobre o que estão para fazer, mesmo que por vezes analisando as conseqüências que podem advir de um relacionamento sexual, como por exemplo, uma gravidez indesejada, que muitas vezes até mesmo pessoas com maior idade têm.

Desta forma cabe ressaltar o posicionamento de Marco Aurélio de Mello, colacionado abaixo:

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.37.

A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra [...] de qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento, e, à medida que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo à mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar a vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público.³⁹

Neste contexto podemos ainda citar André Estefam:

Persistirá desta feita, a crítica fundamental ao critério rígido eleito, ou seja, pode haver indivíduos que, apesar de não terem atingido a idade citada, possuam consciência e maturidade sexual. Justamente por essa razão, entendemos que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo), admitindo prova em contrário, notadamente quando se tratar de adolescentes (indivíduos com 12 anos já completados). Isto porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e, voluntariamente, pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua “dignidade sexual”).⁴⁰

No artigo 217-A do Código Penal prevê a incapacidade do adolescente menor de quatorze anos em possuir discernimento para a prática de atos sexuais. Mais uma vez, vale lembrar que nos dias atuais, mais do que nunca, vê-se o amadurecimento precoce de crianças e adolescentes, que estão mais preparados para lidar com a sexualidade, para reagir à eventuais adversidades e perfeitamente para exercê-la com plena liberdade, e por essa razão, não podem ser proibidos de ter vontades.

Proibindo que o menor de quatorze anos pratique atos sexuais de forma consensual, perdeu o legislador a oportunidade de compatibilizar o Código Penal

³⁹ STF, HC 73.662 – MG, 2 Turma – Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello. Acórdão publicado no DJ 20/09/1996.

⁴⁰ ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais – Comentários à Lei 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva. 2009. P.59.

com o ECA (Estatuto da Criança e Adolescente- Lei número 8.069/1990), que dispõe em seu artigo segundo que: “considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”⁴¹, podendo até sofrer medidas sócio educativas. Não podendo, portanto admitir no ordenamento jurídico uma contradição como esta, ou seja, a punir o menor de quatorze anos de idade, por ato infracional, válida sua vontade, e aí considerá-lo incapaz de consentir para a prática de um ato libidinoso ou mesmo de uma conjunção carnal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁴¹ BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 6. ed., São Paulo: Saraiva 2008.

Com fundamento na própria sociedade, o Direito é, antes de tudo, um fato social, devendo estabelecer em consonância com as expectativas e necessidades do meio onde está inserido e estar em constante dinâmica, adaptando-se às novas realidades sociais, para que os fins do Estado Democrático de Direito possam ser atingidos de forma justa e eficaz.

De fato, a legislação penal Brasileira, principalmente no campo dos crimes sexuais, encontrava-se sobremaneira em descompasso com a realidade, tendo em vista que foi totalmente regulada por norma editada nas primeiras décadas do século passado. Desta forma, em 2006, foi editada a Lei número 11.106, a qual, apesar de ter efetuado somente algumas supressões e alterações pontuais, representou grande progresso ao, por exemplo, descriminalizar o adultério.

A Lei 12.015/2009, contudo, teve o condão de promover reforma substancial nos dispositivos do Código Penal que tratam dos crimes sexuais, tendo, inclusive, introduzido no ordenamento jurídico o crime de Estupro de Vulnerável”, amplamente analisado neste trabalho.

O tipo penal criado representou verdadeiro retrocesso legislativo, desconsiderando vários anos de estudos levados a efeito pela doutrina jurídica e sociológica sobre o tema, e, principalmente, não considerando a desnecessidade de criminalização de conduta tolerada no meio social, quando praticada sem violência ou grave ameaça.

No entanto o novo tipo penal sofre críticas, pois de fato, o legislador penal está envolvido em um dilema verdadeiro, cuja solução não parece ser possível, gerando assim, muita controvérsia entre doutrina e jurisprudência.

Restringiu o legislador, no artigo 217-A, a conduta a ter ou praticar o ato sexual com menor de 14 anos, tendo sido omissa quanto ao consentimento da vítima. Tal omissão demonstra a incapacidade do adolescente menor de 14 anos em possuir discernimento para a prática de atos sexuais. Nos dias de hoje, mais do que nunca, vê-se o amadurecimento precoce das crianças e adolescentes, que estão mais preparados para lidar com a sexualidade e para reagir a eventuais adversidades. O principal fundamento da intervenção jurídico penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra abusos e a violência sexual, e não contra atos sexuais que se baseiam em vontade livre e consciente. Não é papel do Direito Penal limitar a liberdade sexual, mas garanti-la.

Tendo em vista que o tipo previsto no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro não exige a presença de violência real ou até mesmo de grave ameaça, não se pode conceber, que no momento de punir uma pessoa, o Direito Penal observe apenas as características de uma presumida vítima, sem ao menos avaliar as condições pessoais do sujeito, a existência ou não de um dolo de ferir a dignidade sexual do sujeito passivo.

Fazer sexo com a namorada menor de 14 anos, mesmo que com o consentimento dela, ficou até mais grave do que matar alguém, já que no primeiro caso a pena é de 08 a 15 anos de prisão, enquanto que a pena de homicídio simples(artigo 121 caput do Código Penal) é de 06 a 12 anos de prisão.

Na verdade, o novo tipo Penal demonstra o retrocesso trazido pelo legislador, por ignorar que nos dias de hoje é cada vez mais raro moça ou rapaz virgem aos 14 anos, não porque foram vítimas de agressão sexual, mas porque fizeram por livre consentimento, ratificando um entendimento que já havia sido afastado, em razão de sua desproporcionalidade, pela doutrina e pela jurisprudência.

Assim, nada justifica generalizar casos aplicando apenas uma linha de raciocínio, ignorando completamente o avanço e evolução da sociedade através dos tempos com grande influência da mídia e do convívio social deixando a presunção de ser absoluta e sim relativa em alguns casos especiais, bem como ainda a relativização das penas nestes casos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Estatuto da criança e do adolescente**. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 6. Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **Habeas Corpus nº. 73.662-MG** relator Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento 21.05.1996.

BRASILEIRO, Código Penal. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASILEIRO, Código Penal. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMARGO, Laura Valcanza. **A possibilidade do comportamento provocador da vítima menor de quatorze anos**: vitimologia. Jus Navigandi, Teresina, ano6, nº 53, jan. 2002. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2491>>. Acesso em 15 set. 2011.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência Sexual presumida**. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2006.

DELGADO, Yordan Moreira. **Comentários à Lei nº 12.015/2009**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, nº 2289.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais: comentários à Lei 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANCO, Alberto Silva *apud* SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Crimes sexuais**: reflexões sobre a nova Lei nº 11. 106/2005. Leme/SP: J. H. Mizuno, 2006.

FUHR, Eduardo. **A retrógrada criação do estupro de vulnerável**. Disponível em <http://www.artigonal.com/doutrinaartigos/aretrogradacriacaodoestuprodevulneravel2442814.html>>. Acesso em 15.set..2011.

GARCIA, Marcos Roberto Vieira. **Virgindade e iniciação sexual entre as adolescentes brasileiras**. São Paulo: Editora Arte e Ciência, 2004.

GOMES, Luis Flávio. **A presunção de violência nos crimes sexuais**: enfoque crítico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 4, nº15, julho-setembro. Revista dos Tribunais: 1996.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. Vol III. 7. ed., Niteroi, RJ: Impetus, 2010.

HILDEBRAND, Antônio Roberto. **Dicionário Jurídico**: 6. Ed. São Paulo: Editora Forense, 2009.

KELSEN, Hans apud CAPANO, Evandro Fabiani. **Dignidade Sexual**: Comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei nº 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, nº 2263, 11 set. 2009. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13480>>. Acesso em 19 out. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. Ed. , São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte geral e especial. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16 ed. , Rio de Janeiro: Lumen júris, 2009.

RIBEIRO, Carlos Antônio. **Violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual**, Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, vol.5, úmero12, pág. 216 apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 88.664-GO. Data do julgamento: 23 junho 2009.

RODRIGUES, Júlia de Arruda; CARDOSO, Larissa Ataíde et al. **O novo tipo penal estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, nº 2338, 25 nov. 2009. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13908>>. Acesso em 27 out. 2011.

SARAIVA, João Batista Costa. O “**depoimento sem dano**” e a “**Romeo and Juliet Law**”. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do artigo 217-A do Código Penal, apud CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O estupro de vulnerável e atos libidinosos sem violência entre menores: uma solução encontrável no direito comparado**. Disponível em

<http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2706>>. Acesso em 15 set.2011.

STF, **HC 73.662 – MG**, 2 Turma – Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello. Acórdão publicado no DJ 20/09/1996.



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 12.015, DE 7 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 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei 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](#).

Art. 2º O [Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“TÍTULO VI
 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL
 CAPÍTULO I
 DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Estupro

[Art. 213.](#) Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.” (NR)

“Violação sexual mediante fraude

[Art. 215.](#) Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.” (NR)

“Assédio sexual

Art. 216-A.

.....

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.” (NR)

**“CAPÍTULO II
DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL**

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. (VETADO).” (NR)

“Ação penal

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.” (NR)

**“CAPÍTULO V
DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE
PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE
EXPLORAÇÃO SEXUAL**

.....

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

..... ” (NR)

“[Art. 229.](#) Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

.....” (NR)

“Rufianismo

Art. 230.

.....

[§ 1º](#) Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

[§ 2º](#) Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.”
(NR)

“Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

[Art. 231.](#) Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

[§ 1º](#) Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

[§ 2º](#) A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

[§ 3º](#) Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.” (NR)

“Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

[Art. 231-A.](#) Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.” (NR)

Art. 3º O Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, Código Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 217-A, 218-A, 218-B, 234-A, 234-B e 234-C:

“Estupro de vulnerável

[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.

§ 2º [\(VETADO\)](#)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.”

“Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente

[Art. 218-A.](#) Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.”

“Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

[Art. 218-B.](#) Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no **caput** deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no **caput** deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.”

**“CAPÍTULO VII
DISPOSIÇÕES GERAIS**

Aumento de pena

[Art. 234-A.](#) Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I – [\(VETADO\)](#);

II – [\(VETADO\)](#);

III - de metade, se do crime resultar gravidez; e

IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.”

[“Art. 234-B.](#) Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça.”

[“Art. 234-C. \(VETADO\).”](#)

Art. 4º O art. 1º da [Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990](#), Lei de Crimes Hediondos, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º

.....

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

.....

.....” (NR)

Art. 5º A [Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990](#), passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

“[Art. 244-B](#). Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre nas penas previstas no **caput** deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.

§ 2º As penas previstas no **caput** deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do [art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990](#).”

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Revogam-se os [arts. 214, 216, 223, 224 e 232 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#), e a [Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954](#).

Brasília, 7 de agosto de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Tarso Genro