



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

KÁTIA GISLAINE SOARES

**RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE ETÁRIA DO ADOLESCENTE
NO CRIME DE ESTUPRO.**

BACHARELADO
EM
DIREITO

CARATINGA
2018

KÁTIA GISLAINE SOARES

**RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE ETÁRIA DO ADOLESCENTE
NO CRIME DE ESTUPRO.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de Caratinga, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Direito Penal.
Orientador: prof. Msc. Ivan Lopes Sales.

CARATINGA

2018



FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

FORMULÁRIO 9

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

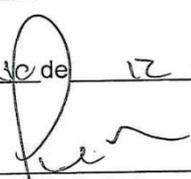
TERMO DE APROVAÇÃO

TERMO DE APROVAÇÃO

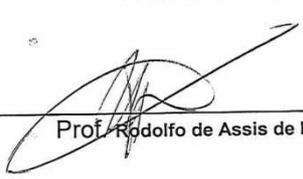
Trabalho de Conclusão de Curso Relativização da vulnerabilidade etária do adolescente no crime de estupro, elaborado pelo aluno Kátia Gislaïne Soares foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga, 30 de 12, 2018


Prof. Ivan Lopes Sales


Prof. Márcio Xavier


Prof. Rodolfo de Assis de Ferreira

Dedico a Deus, que se mostrou criador, que foi criativo.

Seu fôlego de vida em mim me foi sustento e me deu coragem para questionar realidades e propor sempre um novo mundo de possibilidades.

À minha família, minha base. A quem tenho profunda admiração, gratidão e carinho, pelo incentivo e esforço incondicional de TODOS durante esses anos.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades, me deu o dom da vida e me abençoa todos os dias com o seu amor infinito.

À minha família, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

“Agir, eis a inteligência verdadeira. Serei o que quiser. Mas tenho que querer o que for. O êxito está em ter êxito, e não em ter condições de êxito. Condições de palácio tem qualquer terra larga, mas onde estará o palácio se não o fizerem ali?”

(Fernando Pessoa)

RESUMO

A presente monografia tem como área de pesquisa o direito penal sobre a ótica do crime de estupro na legislação vigente, a importância dessa pesquisa e justificada para uma nova visão do artigo 217-A, caput, do código penal, o estupro de vulnerável, dispositivo legal introduzido pela lei 12.015 de agosto de 2009 em nosso ordenamento jurídico, tendo como especial enfoque o sujeito passivo, menor de 14 anos de idade. A análise do crime de estupro de vulnerável é de muita importância para a exposição de uma reflexão acerca da vulnerabilidade retratada no artigo 217-A, caput, do código penal a qual apesar de ser atual caráter absoluto, poderia ser relativizada. Essa alteração não foi o suficiente para sanar os questionamentos suscitados pela jurisprudência e a doutrina a respeito da possibilidade de consentimento do válido pelo menor de quatorze anos para a prática de ato sexual. Gerou novas controvérsias sobre a possibilidade de relativização da vulnerabilidade.

Palavras-chave: estupro; vulnerável; relativização;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPÍTULO 1 - CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	13
1 .Considerações iniciais sobre o estupro	14
1.1 Bem jurídico tutelado	15
1.2 Sujeitos do crime	15
1.3 Conduta	15
1.4 Consumação e tentativa	16
1.5 Qualificadoras	16
1.6 Ação penal.....	17
Capítulo 2 - A Vulnerabilidade da Vítima em Razão da Idade	19
2.Vitimologia	20
2.1 Consentimento da vítima.	20
2.2 Vulnerabilidade	23
2.3 Projeto de Lei do Senado 236/12.....	26
CAPITULO 3 – A PRESUNÇÃO E A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE.....	29
3.1 princípios constitucionais relacionados ao tema.....	36
3.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	36
3.1.2 Princípio da lesividade	38
3.2 Aspecto jurisprudencial.....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

O escopo desta pesquisa é abordar, sem a pretensão de esgotar o assunto, o caput do art. 217-A do Código Penal que trata do delito estupro de vulnerável, bem como as circunstâncias que podem gerar a relativização da vulnerabilidade da vítima menor de quatorze anos.

O tema “estupro de vulnerável” trata, dentre outras abordagens, do modo que a sociedade vê e reconhece o crime, assim como a aceitação e incorporação de condutas por parte dela própria, e um fenômeno que muitas vezes causa discussões na sociedade. Exatamente por ser um crime grave, causa muitas repercussões, sendo que alguns casos há o consentimento da vítima.

Dessa forma, a reflexão acerca da importância do consentimento da vítima menor de idade visa trazer à tona o debate sobre a dinâmica da própria sociedade, nesse sentido é necessário dar uma outra visão ao analisar cada caso concreto, pois em alguns casos não há violência e nem grave ameaça.

No primeiro capítulo faremos um estudo mais aprofundado sobre o crime de estupro de vulnerável, com as considerações iniciais do crime, bem jurídico tutelado, sujeitos, condutas, consumação e tentativa.

No segundo capítulo abordaremos a vulnerabilidade da vítima em razão da idade, vitimologia, consentimento da vítima e o projeto de Lei do Senado 236/12.

Já no terceiro capítulo serão analisados a presunção e a possibilidade de relativização da vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável, com enfoque especial aos princípios constitucionais que vem a embasar a possibilidade de relativização da vulnerabilidade.

O estudo do delito de estupro de vulnerável é importante ser desenvolvido na presente monografia, principalmente pela divergência de entendimento que traz o instituto, bem como pela repercussão que pode causar nos casos em que o ato não se deu como violência ou grave ameaça, com total consentimento da vítima.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A lei 12.015/2009 entrou em vigor no dia 07 de agosto de 2009 conferindo inúmeras modificações no Título VI da Parte Especial do Código Penal, que tratava dos “crimes contra os costumes”, passando a denominá-los “crimes contra a dignidade sexual”. Conferindo nova redação ao artigo 213 e revogando expressamente o artigo 214 do referido código, Observando maior preocupação com a dignidade da pessoa humana, pilar do Estado democrático de direito. Não há dúvidas sobre a intensidade da violação que as vítimas dessa espécie de infração sofrem, observando-se a tentativa de combate às diversas espécies de violência sexual, não reguladas de forma eficaz pela legislação anterior. Por esse novo disciplinamento, a figura típica do estupro passou a ser: art. 213 do código penal brasileiro¹: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Diante das alterações feitas pela lei 12.015/09, esta o estupro de vulnerável, que antes era tratado de forma genérica pelos artigos 213 e 214 combinados com o artigo 224, ambos do código penal, com as alterações recebeu tipificação exclusiva, estando agora previsto no artigo 217-A, com o título de estupro de vulnerável. O qual tipifica penalmente a conduta de ter conjunção ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos.

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter

¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. acesso em 23 set.2018.

mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)²

Trazendo para o ordenamento jurídico a figura da vulnerável. Que significa ser algo ou alguém que está suscetível a ser ferido, ofendido ou tocado, uma pessoa frágil e incapaz de algum ato.

o legislador, contudo, acreditou que com a nova redação dada pela lei dos crimes sexuais, tipificando o estupro de vulnerável como crime autônomo, encerrassem-se tais divergências, objetivando o núcleo do tipo em “ter ou praticar conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso” e definindo o sujeito passivo por uma faixa etária, ou seja, “com menores de 14 anos”. destarte, a vulnerabilidade da vítima passou a ser, como regra, absoluta. Porem, para parte considerável da doutrina e da jurisprudência que defende que, em certos casos, a vulnerabilidade deve ser relativizada, sob o argumento de que o consentimento do menor, principalmente do adolescente que possui entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos deve ser validado, tendo em vista o avanço da sociedade nas questões atinentes à sexualidade e a evolução biológica cada vez mais precoce dos jovens na atualidade.

Relativização é ver as coisas do mundo como a relação entre elas. Ver que a verdade está mais no olhar do que naquilo que é olhado. Relativizar é não transformar a diferença em hierarquia, em superiores e inferiores, ou bem e mal, mas vê-la na sua dimensão de riqueza por ser diferença. Por sua vez, admite a produção de provas em contraditório daquilo que se alega, permitindo a existência do contraditório e da ampla defesa, isto é, autoriza o agente trazer elementos que possam reconfigurar a vulnerabilidade da vitima sob aspecto distinto.

Os tribunais, acompanhando o entendimento da maioria dos doutrinadores, vem decidindo pela relativização da vulnerabilidade, como por exemplo, a decisão da apelação crime nº 70044569705 da sétima câmara criminal da comarca de Quaraí, Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. relação de namoro entre vítima e réu.

² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. acesso em 23 set. 2018

RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA, por fundamento diverso.

Os elementos de convicção constantes dos autos demonstram que a vítima (com 12 anos de idade) e o denunciado (com 22 anos de idade) mantiveram relacionamento amoroso e sexual por determinado período. Tal conduta, em tese, subsume-se ao disposto no art. 217-A do Código Penal.

No entanto, a vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário – o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva –, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades.³

Realizada tais considerações, passa-se ao estudo perscrutado do tema em destaque.

³ <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20749214/apelacao-crime-acr-70044569705-rs-tjrs/inteiro-teor-20749215?ref=juris-tabs>> acesso em 23 set.2018

CAPÍTULO 1 - CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A Lei nº 12.015/2009 introduziu figura típica ao Código Penal sob o novo *nomen iuris* de estupro de vulnerável, caracterizado como um tipo autônomo, distinto daquele capitulado no artigo 213 do mesmo diploma legal.

Sob o prisma criminal, a vulnerabilidade esta intimamente ligada a ideia de pessoas que não detém aptidão psicológica para compreender o caráter lascivo do ato sexual ou sequer possuem condições mínimas de normalidade psíquica para manifestar livremente seu desejo quanto a prática da relação sexual. Não é a toa que este termo fora empregado, já que tem o significado daquele que se encontra do lado fraco de uma questão ou do ponto por onde alguém pode ser atacado.

No entender de Guilherme de Souza Nucci⁴, a vulnerabilidade contida no artigo 217-A: “trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir.”

A intenção do legislador foi extinguir qualquer questão referente a circunstância fática, sobretudo o próprio consentimento da vítima, para análise da caracterização do delito.

Nos tempos em que a prostituição infantil atinge índices alarmantes, é possível entender a importância da inserção de determinados elementos normativos, com o objetivo de facilitar a adequação da norma ao período histórico vigente, devendo-se observar sempre análise justa de seu grau de ofensividade, pois consoante lição de Guilherme de Souza Nucci⁵:

[...] a ofensividade ou lesividade deve estar presente no contexto do tipo penal incriminador, para validá-lo, legitimá-lo, sob pena de se esgotar o Direito Penal em situações inócuas e sem propósito, especialmente quando se contrata a conduta praticada com o tipo de sanção para ela prevista como regra, ou seja, a pena privativa de liberdade.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 829

⁵NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 829.

Reconheceu-se a mudança de comportamento havido nas últimas décadas, principalmente no que se relaciona à sexualidade, de maneira a prestar abrigo ao menor.

1 .CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O ESTUPRO

O crime de estupro consiste no fato de o agente “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”:

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; (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
§ 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: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
§ 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Atentado violento ao pudor (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)⁸

Constranger significa força ou coagir, o ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, a vontade e o desejo sexual do agente. Considera conjunção carnal o coito vaginal, a introdução do pênis na vagina da mulher, todos os demais atos que servem a satisfação do prazer sexual são considerados libidinosos, tais como sexo oral ou anal. O toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução dos dedos na vagina.

O tipo penal estupro, diz respeito ao fato de ter o agente, constrangido alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar, ou com ele permitir que se pratique, de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, não importando se o sujeito passivo e do sexo feminino ou masculino.

⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >acesso em 27 set. 2018

1.1 BEM JURÍDICO TUTELADO

Elencado no título VI do código penal contra a dignidade sexual a tipificação do estupro de vulnerável visa proteção, tanto da liberdade quanto da dignidade, que para (GRECO) são os objetos jurídicos tutelados. Nesse tipo resguarda-se o desenvolvimento sexual daquele tipo como vulnerável, justificando “o estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual”.⁹

1.2 SUJEITOS DO CRIME

A Lei 12.015/2009 transformou o delito de estupro em crime comum, assim, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa (homem ou mulher), uma vez que o tipo penal não mais exige nenhuma qualidade especial do agente. Assim, é possível que haja estupro cometido por homem contra mulher, homem contra homem, mulher contra homem e mulher contra mulher.

Sujeito passivo é qualquer pessoa (homem ou mulher), independentemente de suas qualidades (honesto ou desonesto, recatado ou promíscuo, virgem ou não, casado ou solteiro, velho ou jovem).¹⁰

1.3 CONDUCTA

O núcleo do tipo penal está representado pelo verbo *constranger* (compelir, coagir, obrigar, forçar), tendo como objeto material qualquer pessoa (alguém), e as seguintes finalidades: ter conjunção carnal; praticar outro ato libidinoso; permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Para constranger a vítima, pode o sujeito se valer da violência ou grave ameaça, que são os meios de execução do crime de estupro, legalmente previstos no dispositivo legal em estudo. A fraude não é meio de execução do crime de

⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 8. Ed Niterói: Impetus, 2011, p 617

¹⁰ GRECO, Rogério. Código penal comentado.- 5. Ed. Niterói, RJ: Impetus,2011, p 616.

estupro, caso em que o delito será o de violação sexual mediante fraude (CP, art. 215).

1.4 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Por se tratar de crime material, só haverá a consumação com a ocorrência do resultado naturalístico: a conjunção carnal ou outro ato libidinoso. O artigo 14, I, código penal determina que o crime se diz consumado “quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal”.

Art. 14 - Diz-se o crime:
 Crime consumado
 I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
 Tentativa
 II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade.
 Pena de tentativa
 Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.¹¹

Quanto à tentativa, a intenção do agente deverá ser considerada. Se o seu desejo é a conjunção carnal, e a penetração do pênis na vagina não vem a ocorrer por razão alheia à sua vontade (CP, art. 14, II), o crime ficará na esfera da tentativa, embora outros atos libidinosos, não desejados, mas naturais ao ato, já tenham ocorrido. Se a intenção, por outro lado, é a prática de ato libidinoso diverso à conjunção carnal, o crime estará consumado no momento em que concretizado o ato buscado

1.5 QUALIFICADORAS

A lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, criou duas modalidades qualificadora no crime de estupro:

§ 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:

¹¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>acesso em 08 de Nov.2018

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

Ao contrario do que ocorria com as qualificadoras previstas no revogado art. 223 do código penal, a lei 12.015/2009 disse, claramente, que a lesão corporal de natureza grave , ou mesmo a morte da vitima, deve ter sido produzida em consequência da conduta do agente, vale dizer, do comportamento que era dirigido no sentido de praticar o estupro, evitando-se discussões desnecessárias.

No § 1º a expressão lesão corporal de natureza grave foi utilizada em sentido amplo, ou seja, abrange as lesões corporais graves e gravíssimas (CP, art. 129, §§ 1º e 2º). Eventuais lesões corporais leves, ou mera contravenção de vias de fato, decorrentes da violência empregada pelo agente ficam absorvidas pelo crime-fim.

Estupro qualificado pela idade da vítima com a mesma pena prevista para a qualificadora anterior, o estupro é qualificado se a vítima é menor de 18 e maior de 14 anos. Se a vítima for menor de 14 anos, o crime é de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), independentemente do emprego da violência ou grave ameaça.

No § 2º o estupro simples tem pena de reclusão de 6 a 10 anos, o estupro qualificado pela morte tem pena de reclusão de 12 a 30 anos. Essa qualificadora é exclusivamente preterdolosa, ou seja, pressupõe que haja dolo no estupro e culpa em relação ao resultado morte. Assim, se houver dolo (direto ou eventual) também em relação à morte, o agente responde por estupro simples em concurso material com o homicídio qualificado.

1.6 AÇÃO PENAL

A ação penal é um direito público, subjetivo pedir ao estado a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto.

No tocante a ação pena, deve ser salientado que, antes da lei 12.015/09, o crime de estupro era perseguido por ação penal privada. Agora com a nova lei a ação penal é publica condicionada, transformando-se em publica incondicionada a vitima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

¹² <https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943503/legislacao-comentada-artigo-213-do-cp-estupro> acesso em 09 de Nov. 2018

Diz o art. 225 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009:

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.¹³

Logo, com a inovada legislação qualquer que seja o crime sexual, a titularidade para promover a ação será sempre do Estado, por meio do Órgão Ministerial, que dependera em alguns casos, da representação da vítima, para exercer o direito a ação.

¹³<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10610346/artigo-225-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940> acesso em 23 de set 2018

CAPÍTULO 2 - A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA EM RAZÃO DA IDADE

A fim de entender a questão da idade, temos que destacar tal pergunta: mas o que é vulnerabilidade? Originado do termo em latim, *vulnerabilis*, significa lesão corte ou ferida exposta, não cicatrizada, feridas com sangramento e com sérios riscos de infecção. Define a fragilidade a incapacidade ou a fragilidade de uma pessoa. Segundo o dicionário Aurélio “vulnerabilidade é estar pronto para ser atacado, ser alguém sem defesa, ser fraco”.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito ao Direito Penal, vulnerável é o menor de 14 anos de idade, que por assim dizer, não possui um discernimento em seus atos praticados, ou “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”.

Assim pode-se dizer, que vulnerável é uma pessoa que pode sofrer influências de qualquer outra pessoa, tais influências podem ser nos negócios, no amor, no sexo afinal em todas as atividades propostas por um ser humano. Ser vulnerável é ser inseguro, sem possuir respostas próprias para o que se está acontecendo, é ser uma pessoa incerta de seus atos. Concluído temos que avaliar o vulnerável sempre é uma pessoa que gosta de estar na dependência de outra em todos os momentos de decisões.

A vulnerabilidade, aos poucos, foi tomando espaço nas ordenações jurídicas. A teleologia dos nossos legisladores voltou seu foco para a perspectiva do mais fraco, aquele que, por razão sobre as mais diferenciadas, não reúne condições iguais à um cidadão comum. Sem esse bem, não há que se falar na preservação da igualdade protegida pela CF/88. E para essa preservação foram criadas leis que se pudesse manter um equilíbrio para tais pessoas.

1. VITIMOLOGIA

Conceitua-se vítima como qualquer pessoa que sofra lesão ou ameaça de lesão a um bem. Ou ainda, aquele que sofre lesão em consequência de uma conduta tipicamente punível pelo Estado. É, pois, de suma importância a análise comportamental das vítimas decorrentes dos crimes sexuais. Com isso, vem a Vitimologia lançar um estudo mais aprofundado do comportamento de vitimização do sujeito passivo, idealizando uma forma mais abrangente e de obter a justiça justa.

Os estudiosos dessa ciência defendem que os seres humanos não seguem uma linha contínua no decorrer de suas vidas, ou seja, estão sempre mudando de acordo com suas experiências de vida, novos conhecimentos, além de meios culturais e sociais diferentes onde vivem. Diante dessas diferenças, é que se pode-se analisar cada qual, discernindo o potencial vitimizante de cada um.

Com o advindo da Vitimologia, a imagem que as pessoas tinham em relação à vítima mudou, pois é comprovado que elas podem influenciar de diversas formas, o autor do fato delitivo. Por esse motivo, entende-se que certas pessoas podem trazer consigo, voluntária ou involuntariamente, uma natureza provocadora, que por isso atraem o foco de possíveis delitos.

Com base nesses estudos, não podem mais, os intérpretes da Lei, tratar as vítimas como um ser inerte, ou fora da relação criminal, face ao delito, pois a vítima pode interagir com o agressor, e até criar situações que levem a iminência do crime. Dessa forma, é possível saber o grau de culpabilidade do agressor, pormenorizado pela vitimalização, visando a priori uma punição mais justa para o acusado, quando da comprovação do comportamento instigador por parte da vítima.

2.1 CONSENTIMENTO DA VÍTIMA.

Pune-se no tipo do estupro de vulnerável o agente que tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com vítima com menos de 14 anos (*caput*) ou portadora de enfermidade ou deficiência mental incapaz de discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não tenha condições de oferecer

resistência (§ 1º) – pouco importando, neste último caso, se a incapacidade foi ou não provocada pelo autor.

Antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09, o Código Penal considerava, pelo disposto no art. 224, presumidamente violenta a relação sexual com menor de quatorze anos. Havia, então, extenso debate a respeito da natureza da presunção, isto é, se relativa ou absoluta. Uma primeira corrente sustentava a necessidade de apurar, concretamente, a incapacidade do menor para o consentimento, enquanto outra, majoritária, defendia a aplicação absoluta da regra relativa à idade.

Com a edição da Lei 12.015/09, revogou-se o art. 224 do Código Penal e a regra da presunção de violência deixou de ser aplicada. A mesma lei incluiu no Código o art. 217-A, que, sem mencionar presunção de nenhuma ordem, pune, no *caput*, a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos.

A clara disposição legal, no entanto, não foi capaz de impedir a continuidade do debate a respeito da presunção, agora de vulnerabilidade. Afirma, por exemplo, Guilherme de Souza Nucci: “Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato 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 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. 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”.

Prevalece, no entanto, tese diversa. Leciona a maioria da doutrina não haver espaço para discussão a respeito da presunção de vulnerabilidade, pois a lei nada presume. Sua redação é clara e inequívoca: proíbe-se a relação sexual com menor de quatorze anos. Foi este o manifesto propósito do legislador com a revogação do art. 224 – este sim expresso sobre a presunção de violência. Fosse para se perpetuar o debate, seria evidentemente desnecessária qualquer alteração. Tanto é assim que a justificção do projeto que originou a Lei 12.015/09 foi emitida nos

seguintes termos: “Esse artigo [217-A], que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática” .

Nos últimos anos, o STJ julgou incontáveis casos nos quais se discutia a necessidade de apurar concretamente a capacidade de consentimento da vítima. A Terceira Seção do tribunal firmou o entendimento no sentido de afastar pretensões para essa apuração concreta, como se extrai do seguinte julgado: “Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos; o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime” (REsp 1.480.881/PI, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 10/9/2015).

E vinha reiterando a orientação de dispensa de qualquer apuração a respeito da capacidade de consentimento, referindo-se, aliás, tanto à lei anterior quanto à atual:

Súmula 593 do STJ: “O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.

2.2 VULNERABILIDADE

Como já era previsto, diferentemente do que buscava o legislador com a criação da redação da Lei 12.015/2009, continuaram-se as discussões a respeito do crime de estupro contra menores de 14 anos, agora vulneráveis, segundo a lei. Mudando o foco das controvérsias retirado da presunção de violência para a vulnerabilidade da vítima.

Em outros termos, reproduz-se o disposto no art. 224 no novo tipo penal do art. 217-A, sem mencionar a expressão violência presumida. Entretanto, não se vai apagar a própria etimologia do vocábulo estupro, que significa coito forçado, violação sexual com emprego de violência física ou moral. Ademais, a rubrica do tipo penal traz o termo estupro de vulnerável, representando uma violação forçada no campo sexual¹⁴.

Segundo relato de um artigo da Revista Problemas Brasileiros uma menina de 11 anos afirma ter perdido a virgindade aos 9 anos com um namorado 8 anos mais velho que ela, e desde então, pratica sexo por vontade própria. A menina, apesar do corpo ainda não totalmente desenvolvido, se considera experiente e pede com frequência preservativos à projetos sociais que ajudam crianças e famílias vítimas de exploração sexual.¹⁵ O conceito de vítima vulnerável, não deveria se basear apenas em uma idade específica, segundo Damásio de Jesus:

Vítima vulnerável é a que apresenta uma diminuição física, psíquica ou sensorial estacionada ou progressiva, configurando causa de dificuldade de aprendizagem, de relacionamento ou de integração laborativa, determinando um processo de desvantagem social [...]¹⁶

O legislador quando deixa de lado a discricionariedade do juiz, para abranger somente o aspecto cronológico, se esquece de que o desenvolvimento de uma criança ou adolescente ainda que da mesma idade, pode se dar de maneira mais rápida ou mais demorada. O desenvolvimento de um indivíduo não depende

14 NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: DE ACORDO COM A LEI 12.015/2009. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2010. P. 101.

15 MILANI, ALOISIO. VIOLÊNCIA SILENCIOSA: EXPLORAÇÃO E ABUSO SEXUAL DE MENORES DESAFIAM POLÍTICAS PÚBLICAS. SÃO PAULO: PROBLEMAS BRASILEIROS, N 359, 2003. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.SECSP.ORG.BR/ONLINE/ARTIGO/2244_VIOLENCIA+SILENCIOSA#/TAGCLOUD=LISTA](https://www.secsp.org.br/online/artigo/2244_VIOLENCIA+SILENCIOSA#/TAGCLOUD=LISTA) ACESSO EM: 11 DE NOV. 2018

16 JESUS, DAMÁSIO EVANGELISTA. DIREITO PENAL, PARTE ESPECIAL: DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL A DOS CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA. SÃO PAULO: SARAIVA, 2011. V.3. P. 156.

apenas do aspecto cronológico, que é a idade, mas do meio social em que convive, das pessoas com as quais se envolve, entre vários outros fatores que influenciam o desenvolvimento da pessoa humana.

A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema sexo flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas até com menos de 14 anos de idade uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-a a rechaçar as propostas e agressões que nessa área se produzem e uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo.¹⁷

O que torna a redação da Lei 12.015/2009 ainda mais discutível, é que a legislação penal mostra-se bastante confusa quanto ao critério etário que deve ser protegido de uma forma mais cautelosa pelo Estado, visto que ora protege “a criança e o adolescente”, ora “o menor de 14 anos”, ora “o menor de 18 anos”. É importante ressaltar que para a configuração do tipo é necessário que o agente tenha consciência de que a vítima é menor de catorze anos, caso a vítima minta ou todas as circunstâncias fáticas apontem no sentido de que se trata de indivíduo maior de 14 anos, a vulnerabilidade é abrangida pelo erro de tipo.¹⁸

Não bastasse o critério cronológico adotado pelo legislador para impor a prática de um crime hediondo a alguém, este ainda estabeleceu a idade de 14 anos, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente considera que os adolescentes (maiores de 12 anos e menores de 18 anos) tem certa capacidade de discernimento e por isso são responsabilizados por seus atos infracionais, enquanto as crianças (menores de 12 anos) não tem nenhuma capacidade de discernir, e conseqüentemente, não respondem por seus atos. “Ora, se o menor adolescente, pela lei, dentro de certos limites, é encarado como capaz de compreender o sentido ético do seu ato infracional, não há como excluir da mesma capacidade de compreensão os atos sexuais.”¹⁹

A vulnerabilidade tem caráter absoluto, admitindo exceção, nos casos em que a vítima for adolescente, seu entendimento é justificado pela realidade dos

17 GOMES, LUIZ FLÁVIO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2001. P. 37

18 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. Manual de Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2010. p. 412.

19 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. Manual de Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2010. p. 412.

fatos, tendo em vista a precocidade e facilidade com que as crianças lidam com os assuntos relacionados à sexualidade.²⁰

Nucci pondera ainda o fato de que o legislador encontra-se há décadas travado na questão cronológica do ser humano, mantendo a idade de 14 anos na atualização do Código. Sendo o legislador incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida.²¹

Conforme bem exemplificado por Nucci, com a posição de que a vulnerabilidade é critério objetivo e absoluto, diversas injustiças podem ocorrer. Há adolescentes que namoram precocemente e mantém relações sexuais, fosse o caso de um adolescente de 12 anos, deve-se processar e prender seu parceiro, a uma pena de no mínimo 8 anos de reclusão, deste modo estaria o direito penal no lugar de preservar a família, desagregando-a.²²

Ressalta-se que conforme destacado por Greco, muito embora o Código Penal não use a palavra pedofilia, o conceito se amolda àqueles que mantêm relações sexuais com crianças, produzindo sequelas muitas das vezes irreparáveis.²³ Assim sendo, talvez fosse mais plausível e aceitável, se o legislador tivesse estipulado a idade dos vulneráveis abrangendo apenas as crianças, como requisito objetivo do tipo penal.

Diante do demonstrado conflito de normas envolvendo a idade escolhida pelo legislador, o entendimento mais acertado parece ser o de unificar e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentir em relação aos atos sexuais. Pois enquanto não feito, permanecerá vivo o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade no tocante ao adolescente, devendo, porém, a vulnerabilidade da criança e sua proteção, ainda ser absoluta no cenário sexual.²⁴

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.p.383 – 386

²¹NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 101

²² NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²³ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial. 11.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. v.3.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

2.3 PROJETO DE LEI DO SENADO 236/12

O anteprojeto do novo Código Penal, de relatoria do Senador Pedro Taques, do PT/MA, foi proposto em 9 de julho de 2012, pela Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro do STJ Gilson Langaro Dipp. A referida Comissão é constituída por estudiosos de notável saber jurídico, todos indicados pelas lideranças de partidos políticos com representatividade no Congresso nacional.

Desde sua apresentação, o projeto já passou por várias mudanças, como a queda do comando normativo que pretendia descriminalizar o porte para uso pessoal (descriminalização do usuário) e afastou a hipótese de legalização da prática do aborto até as 12 primeiras semanas em razão da incapacidade psicológica da gestante de arcar com a gravidez.

Quanto à exploração sexual de vulneráveis, notáveis mudanças poderão ser realizadas:

Estupro de vulnerável

Art. 186. Manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos: Pena – prisão, de oito a doze anos.

§ 1º Incide nas mesmas penas quem pratica a conduta abusando de pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou de quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento. 85 Aumento de pena

§ 2º A pena será aumentada de um sexto até a metade se resultar gravidez ou doença sexualmente transmissível.

§ 3º Se o agente pratica o crime mediante mais de uma das condutas descritas no caput, a pena será aumentada de um a dois terços, sem prejuízo da aplicação de outras causas de aumento previstas neste Título.

Manipulação ou introdução de objetos em vulnerável

Art.187 Realizar manipulação vaginal ou anal ou introduzir objetos em pessoa que tenha até doze anos: Pena - prisão, de oito a doze anos.

Molestamento sexual de vulnerável

Art.188. Constranger alguém que tenha ate doze anos à prática de ato libidinoso diverso do estupro vaginal, anal ou oral:

Pena - prisão, de quatro a oito anos.

Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem pratica a conduta abusando de pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou de quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento.²⁵

Primeiramente, nota-se que, o legislador não fala mais em “praticar outro ato libidinoso” para enquadramento no crime de estupro de vulnerável (o mesmo ocorre no crime de estupro), separando as condutas antes pertencentes ao estupro de vulnerável, nos três tipos penais acima descritos. Tal redação, fará diminuir

²⁵ BRASIL. Senador Pedro Tasques. PLS nº 236/2012. Projeto de Lei do Senado

drasticamente as desproporcionais injustiças para com aqueles que praticaram qualquer ato diverso do estupro vaginal, anal, oral. Além disso, o legislador ainda se atentou para a criação do conceito “manipulação ou introdução de objetos”, tipo penal com pena atribuída, acertadamente, no mesmo patamar do estupro.

Outra elogiável alteração, está na diminuição da idade correspondente à vulnerabilidade, de quatorze para doze anos de idade. Neste ponto, é de especial importância destacar que esta nova redação provavelmente diminuirá as chances de haver flexibilização da mencionada presunção. Isso se dá, porque fará findar o argumento do descompasso entre a idade para aplicação de medidas sócio educativas de acordo com o ECA e a idade que o legislador penal definiu para considerar o adolescente vulnerável. Tal argumento foi por muitas vezes sustentado nos Tribunais Superiores, inclusive como tese dominante no STJ para justificar a relativização, como se extrai do voto do ministro Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes:

Com é sabido, a partir da vigência da Lei nº 12.015/09, o atentado violento ao pudor praticado contra menor de 14 (catorze) anos passou a ter uma regulação autônoma, em um novo tipo, o art. 217-A do Código Penal, trata do estupro de vulnerável. O referido diploma legal manteve a violência ficta com a denominação de "vulnerabilidade", tendo por finalidade proteger o menor que não tem condições para dar seu consentimento.

Os fatos ocorreram no final do mês de agosto e início do mês de setembro de 2002, portanto, antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09. No caso, o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, "a", do Código Penal (hoje revogado pela Lei Nº 12.015/09), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 (quatorze) e maior de 12 (doze) anos de idade.²⁶

O ponto central da jurisprudência supra, encontra-se na discussão acerca da capacidade de consentimento das vítimas do aludido delito. Pois, uma vez considerada válida a manifestação de vontade do adolescente na realização do ato libidinoso ou conjunção carnal, a situação poderia ser conduzida até mesmo à atipicidade. Como nos ensina Roxin²⁷, é legítima a vontade da pessoa em renunciar à tutela do Direito Penal. Neste caso, não haveria que se falar em lesão ao bem jurídico, pois próprio sujeito ativo não teria interesse nesta proteção.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça- Recurso Especial: 637361 SC 2004/0036666-5, Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Julgamento: 01/06/2010, T6 – Sexta Turma. Data de Publicação: 28/06/2010

²⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General- Tomo I. Madrid: Civitas, 1997

Outra argumentação que também deve cair, é a da incompatibilidade entre os atuais artigos 217-A e 218-B, uma vez que o legislador optou, agora, por padronizar a idade referente à vulnerabilidade:

Favorecimento da prostituição ou da exploração sexual de vulnerável
Art. 189. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de doze anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para decidir:
Pena – prisão, de quatro a dez anos.
§ 1º Incorre nas mesmas penas: I – quem pratica ato sexual com pessoa menor de dezoito e maior de doze anos, submetido, induzido, atraído ou exercente da prostituição; II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que ocorram as condutas referidas no caput deste artigo ou no inciso anterior.
§ 2º Na hipótese do inciso II do § 1º deste artigo, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.²⁸

Com essa nova escrita, os julgadores poderão se valer do entendimento dos mestres Nucci²⁹ e Bitencout³⁰, os quais já chegaram a se pronunciar no sentido de diferenciar as vulnerabilidades dos artigos 217-A e 218-B, nomeando-as, respectivamente, como “vulnerabilidade absoluta” e “vulnerabilidade relativa” ao tentar compreender a intenção do legislador penal. Ocorre, contudo, que ambos os autores defendem a natureza jurídica *iuris tantum* da vulnerabilidade nos casos de estupro de vulnerável em razão etária. Como bem observa Monteiro.

Note-se que ambos os autores entendem não ter a Lei nº 12.015/09 alterado a sistemática da presunção de violência, naquela linha de que o rótulo não altera a substância, noutras palavras, continuam a admitir a possibilidade de relativização do dado etário se demonstrada a ausência de violência física ou moral. Neste raciocínio, então, em análise ao art. 217-A, poder-se-ia afirmar ser viável a relativização da vulnerabilidade absoluta. Tal conclusão, além de configurar evidente *contraditio in terminis*, ensejaria embaraço para a compreensão da vulnerabilidade absoluta.

Como se pôde analisar, sob a ótica da problemática do estupro de vulnerável, a redação pretendida pelo projeto do novo Código Penal tem muito a acrescentar ao judiciário brasileiro, e poderá trazer numerosas mudanças positivas para a população. Posto isso, espera-se a aprovação do novo diploma repressivo, para que possam ser feitas novas considerações a partir deste esperado panorama.

²⁸ BRASIL. SENADO FEDERAL. Portal Atividade Legislativa. Projetos e Matérias Legislativas. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404> Acesso em 12/11/2018

²⁹ NUCCI. Crimes contra a dignidade sexual, p 53-54

³⁰ BITENCOURT. Tratado de Direito Penal, p. 53.

CAPITULO 3 – A PRESUNÇÃO E A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE.

A presunção de violência nos crimes contra a liberdade sexual das crianças e adolescentes suscita questionamentos casuísticos. Afinal, diante de tamanhos avanços sociais e tecnológicos, a ocorrência de práticas sexuais precoces estão cada dia mais presentes no cotidiano, o que gera grandes controversas jurídicas. Nessa consonância, a Lei Federal n.º 12.105/2009³¹ trouxe a figura do estupro de vulnerável, que está insculpido no artigo 217-A do Código Penal³² e diz que constitui crime: “ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 anos”, ainda que sob consentimento e desejo deste menor.

Tendo em vista que uma das finalidades normativas é a sua adequação social, melhor dizendo, sua capacidade de se amoldar a realidade e satisfazer as necessidades sociais, é preciso trazer à baila vários questionamentos a fim de discutir a problemática do dispositivo trazido pela Lei Federal n.º 12.105/2009 e auferir se ela representou um avanço ou retrocesso.

A princípio, a referida lei tinha por objeto nortear a atuação estatal em meio às divergências e instabilidade jurídica que o tema provocava nos tribunais desde o final da década de oitenta.

Ao passo que, era inexoravelmente uma tentativa de estancar a crescente da corrente que acenava com a possibilidade de relativização da presunção de violência, antes prevista no artigo 224 do Código Penal, dispositivo que foi revogado posteriormente.

Ocorre que, até os dias atuais ainda não se tem uma visão pacífica, tampouco uma uniformização de decisões. A divergência dos Tribunais aliados a falta de pulso e sensibilidade dos Tribunais Superiores só agravam ainda mais a instabilidade jurídica e a falta de direcionamento interpretativo que permeia todo enredo que demanda a causa.

O tema em epígrafe também suscita controversas normativas, onde percebemos um conflito aparente de normas entre o Estatuto da Criança e do

³¹ BRASIL, Lei Federal nº12.015, de 07 de agosto de 2009 acesso 28 de out.2018

³² BRASIL,Código Penal. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

Adolescente³³ e o Código Penal, afinal, segundo o diploma especial, o jovem entre doze e dezoito anos é considerado adolescente, não criança.

Porém sem dúvidas, é indispensável discutir o tema sob um enfoque social, visto que as iminentes transformações em face o cenário globalizado inexoravelmente nos remetem a ter uma reflexão mais crítica sobre dispositivos aparentemente inadequados às realidades sociais, que por mais duras e reprováveis que sejam, devem ser assumidas e enfrentadas. Afinal, a lei jamais poderá modificar a realidade.

Ao encarar um problema tão delicado, não se busca retirar o véu protetor dos que necessitam da tutela protetiva, busca-se na verdade discutir meios de tutela que sejam efetivos, adequados e condizentes com as realidades fáticas, afim de evitar a insegurança jurídica e a instabilidade social, onde a tutela protetiva se tornaria inútil ou mal aproveitada.

Se o bem jurídico tutelado é a dignidade sexual, o que nos garante que um simples critério etário pode efetivamente auferir a capacidade de discernimento de um adolescente para consentir com seus desejos sexuais? E quanto aqueles ultrapassaram o marco cronológico estatuído, eles não necessitam mais de uma tutela que lhe promova dignidade sexual?

A dissonância entre a tutela protetiva, a densidade normativa e a adequação social são tamanhas, que o bem jurídico tutelado tem sua utilidade, necessidade e efetividade questionada. Enquanto a elementar do tipo ficar adstrita a um critério meramente cronológico (e que está ultrapassado) e absoluto, que não admite prova em contrário, podemos dizer que a tutela protetiva tem sua efetividade e eficácia colocada em cheque.

Demonstrada a relevância social do tema e sua pertinência jurídica, passemos a refletir sobre até que ponto o Estado pode intervir na vida sentimental e íntima das pessoas. Afinal, o que se tenta questionar não é tão somente a intervenção do Estado, mas, sobretudo, a forma errônea ou inadequada pela qual ele está intervindo. A tutela salvaguarda condutas aparentemente inofensivas e inocentes, não obstante dotadas de lascívia inerentes da própria natureza sexual do ser humano.

³³ BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm > acesso em 28 de out. 2018

O que justifica um beijo voluptuoso de dois adolescentes apaixonados ou uma eventual “mão boba” ser passível de punição? Como fica a integridade psicológica de uma adolescente que vê o seu parceiro sendo indiciado por causa de algo que aconteceu com seu consentimento? Existem casos e acasos. Na vida sentimental, nem todas as respostas são racionais, mas a realidade social nos mostra que o ordenamento jurídico ficou ultrapassado.

O adolescente de hoje tem o mundo inteiro na palma da sua mão, é a era da globalização e dos meios digitais de integração. A televisão mostra beijos apaixonantes nos filmes infantis e a criança tem sua vida sentimental e conseqüentemente sexual mais cedo. Existem milhões de relacionamentos compostos por menores de quatorze anos por aí e não é uma simples redação legislativa que irá mudar isso.

Se esses seres possuem discernimento, a questão é mais além, visto que esta é uma expressão tão vaga que nem mesmo os legisladores e aplicadores do direito são capazes de definir com robustez e clareza. Ademais, a definição de “ato libidinoso” fica à mercê de um subjetivismo extremo.

Nesse diapasão, é preciso refletir criticamente acerca do referido dispositivo com o objetivo de melhor compreendê-lo e auferir se de fato ele é suficiente e adequado a enfrentar a problemática na qual se dispôs.

3. Da presunção absoluta e relativa

A presunção de vulnerabilidade no ordenamento pátrio sempre foi objeto de grande celeuma doutrinário e jurisprudencial, sobretudo no tocante ao critério cronológico adotado como elementar do tipo para caracterizar a referida presunção.

Antes mesmo da existência do tipo penal “estupro de vulnerável”, muito já se discutia a questão, quando ainda existia a figura da presunção de violência aludida no artigo 224 do Código Penal³⁴:

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.

³⁴ BRASIL, Código Penal. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

As divergências tinham por objeto auferir se a presunção contida no mencionado dispositivo na hipótese a era absoluta ou comportava relativização.

Para parte da doutrina, a presunção tinha natureza absoluta *juris et juri*, ou seja, era objetiva e incontestável, bastando apenas a prática do fato típico em face ao menor de quatorze anos para restar configurado o crime.

Não comportando qualquer indagação quanto aos demais fatores constitutivos da situação. Os adeptos dessa corrente primavam por uma interpretação literal do dispositivo, vedando a prática de qualquer ato sexual com menores de quatorze anos, conforme dispõe Nelson Hungria:³⁵ “dever absoluto de abstenção de relações sexuais com menores por serem carnalmente invioláveis”.

Nesse diapasão, tem-se o entendimento majoritário do Supremo Tribunal em voto do Ministro Teori Zavascki³⁶:

A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal reafirmou, por diversas vezes, o caráter absoluto da presunção de violência no crime de estupro praticado contra menor de catorze anos, sendo irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima.

No entanto, a corrente que vinha ganhando força era a que acenava em favor da relativização, em que seus teóricos sustentavam que a presunção era *juris tantum*, ou seja, admitia-se prova em contrário, onde era possível invocar outros fatores, tais como as características pessoais da “vítima”, sua aparência física, vida e relacionamentos pretéritos, para a partir disso ser possível auferir sua capacidade de discernimento.

Nessa consonância, merece destaque o antológico acórdão do Ministro Marco Aurélio, também do Supremo Tribunal Federal, que pontificou:

A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público. A fim de elucidar a controvérsia, a Lei Federal n.º 12.015/2009 foi o instrumento legislativo responsável por conduzir a atuação estatal face os crimes contra a dignidade sexual. Tal lei revogou alguns dispositivos do Código Penal e trouxe um tipo inédito, no qual ficou instituído que:

³⁵ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. Comentários ao Código Penal. Vol. 8. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 190.

³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 97664 AGR / DF j. 08/10/2013, 2ª Turma. Rel. Min. Teori Zavascki. Acesso em 28 de out. 2018

“Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.³⁷

A finalidade desse dispositivo era direcionar a jurisprudência, no sentido de fixar a presunção como absoluta, no entanto, para Guilherme de Souza Nucci, não passava de uma tentativa de estancar a crescente da corrente que acenava a favor da relativização da presunção de vulnerabilidade:

Trata-se, inequivocamente de uma tentativa dissimulada de estancar a orientação jurisprudencial que ganhava corpo no Supremo Tribunal Federal sobre a relatividade da presunção de violência contida no dispositivo revogado.

No entanto, nem mesmo a tipificação legal foi suficiente para pacificar os entendimentos, para o próprio Guilherme de Souza Nucci:

A proteção conferida aos menores de quatorze anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência.³⁸

Nesse sentido, busca-se trazer novamente à baila a discussão acerca da presunção de vulnerabilidade consagrada no estupro de vulnerável, afim de que com a aceitação da relativização se possa ter uma tutela mais adequada e consentânea com as realidades sociais. Tendo em vista que, assim como as pessoas envelhecem, as leis também. Ademais, as penas cominadas muitas vezes se tornam desproporcionais as lesões praticadas, sobretudo quando há consentimento na prática de ato libidinoso.

Cezar Roberto Bittencourt entende que: “A realidade prática pode não se apresentar com toda essa gravidade, ainda que se revele intolerável e por isso mesmo, também grave e merecedora de proteção penal”³⁹.

A tutela protetiva se tornou ultrapassada e insuficiente para garantir a plena dignidade sexual das crianças e adolescentes. A dissonância entre o dispositivo trazido pela Lei Federal n.º 12.015/2009, o Estatuto da Criança e do Adolescente e as realidades sociais do mundo globalizado só corroboram o entendimento de que é necessária uma evolução legislativa e jurisprudencial, no sentido de acolher a

³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 73662-9-MG- j. 21.05.1996, 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 20.09.1996. acesso em 28 de out.2018

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 99.

³⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal 4: *parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 98.

relativização da presunção de vulnerabilidade como norte para uma melhor interpretação jurídica e compreensão dos fatos sociais.

Guilherme de Souza Nucci estabelece: “A lei não poderá jamais modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da realidade”.⁴⁰

Como muito bem assinalado pelo eminente jurista, a lei não é *parsi* instrumento apto a modificar as realidades sociais, tampouco o Estado pode adentrar tão à fundo na esfera íntima e sentimental do particular, visto que a globalização e os meios digitais trouxeram ferramentas suficientes para afirmar que o adolescente de hoje possui uma compreensão de mundo muito mais ampla que os da época em que foi instituído o parâmetro cronológico pelo Código Penal de 1940.

Em julgamento de Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro Marco Aurélio mostra sensibilidade quanto ao caso e ressalta a evolução social ocorrida nas últimas décadas:

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 quadra⁴¹.

O que se questiona é a manutenção do critério cronológico objetivo que a Lei Federal n.º 12.015/2009 herdou do dispositivo revogado.

O artigo 217-A, no tocante a elementar do tipo, se mantém plenamente fiel a redação de 1940. Mas é perceptível uma evolução social nessas décadas vividas, sobretudo em razão da evolução dos meios de comunicação, conforme o Ministro Marco Aurélio ressalta:

Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. 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

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 98

⁴¹ UPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 73662-9-MG- j. 21.05.1996, 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 20.09.1996

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.

Tendo em vista que a decisão é de 1996 e vinte anos já se passaram, com isso pode se fazer uma analogia, onde se permite concluir que com a ascensão da *internet* e dos meios de inclusão digital houve uma bombástica evolução social, ainda mais considerável que a da referida época. Atualmente, as crianças e adolescentes tem o mundo literalmente à palma de sua mão e infelizmente seus educadores não conseguem manter exato controle disso.

Ora, passados mais de cinquenta anos - e que a meu ver, correspondem na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos - não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. 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 a sorte de consequências que lhes pode advir. Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez.

Sendo assim, conclui-se que a visão legislativa sobre o tema está ultrapassada, ainda que tenha existido *a posteriori* uma alteração normativa com o advento da Lei Federal n.º 12.015/2009. Com fulcro na premissa de que quando o legislador se nega a enxergar a realidade social e a máscara, é em vão a produção normativa, visto que por mais que a lei se renove em termos formais, continua ultrapassada em termos materiais.

A manutenção da presunção absoluta da elementar do tipo “menor de 14 anos” só comprova o quanto houve mera “atualização de texto legal” e não uma alteração normativa mais adequada e consentâneas com as realidades sociais, que antes mesmo da lei federal já era considerada ultrapassada, o que se agrava ainda mais diante da série de fatores sociológicos e tecnológicos de um mundo cada vez mais moderno.

Assim, fica evidente a necessidade de atualização do texto legal, bem assim a necessidade de se buscar isso por meio dos princípios constitucionais.

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AO TEMA

A instituição de um critério absoluto, que não admite prova em contrário é fato gerador de um verdadeiro atentado contra vários princípios constitucionais.

É, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição 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 humano.⁴²

Ainda conforme os brilhantes ensinamentos do mestre:

Violar um Princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.⁴³

Em consonância com as belíssimas lições do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, faz-se necessária uma reflexão sobre o quão grave é a imposição de uma presunção absoluta em casos que podem violar bens jurídicos essenciais a existência e dignidade do homem, especialmente a liberdade e a honra. Uma vez que, além de recolhido ao cárcere, o indivíduo tem sua imagem abalada perante a sociedade, afinal, a alcunha de “estuprador” é de uma represália e dissabor imenso para quem a carrega.

Sendo assim, é preciso tecer uma análise minuciosa sobre a afronta que tal presunção juris et jure causa ao nosso sistema principiológico.

3.1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é o princípio mestre do Estado Democrático de Direito, que rege todos os demais princípios. A pessoa humana traz consigo uma

⁴² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 130

⁴³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 131.

dignidade a ser respeitada e, a partir dela, desenrolam-se todos os princípios brasileiros da relação entre direito penal e constitucional e da organização como Estado Federativo.

De forma geral e simplificada, a dignidade da pessoa humana é tudo aquilo que deve ser protegido para e por qualquer pessoa para que esta tenha as condições mínimas de viver de maneira plena e satisfatória.

A dignidade da pessoa humana é o sentido da ordem jurídica, e ainda mais especificamente da ordem penal e processual penal. Toda e qualquer função normativa deve partir e chegar de tal ponto, devendo ser, assim, a dignidade o princípio norteador do sistema jurídico atual.

A dignidade humana é entendida como o centro ético da constituição, além de seu caráter objetivo, é inegável que tenha, e talvez de maneira ainda mais marcante, um caráter subjetivo. A dignidade da pessoa humana tem em sua essência um valor imprescindível para a vida de todo e qualquer cidadão. Nesse sentido, Moraes leciona que:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, que constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento.⁴⁴

Tal princípio está fundamentado consagrado na carta magna, tem importância fundamental no atual cenário do direito penal, aplicando-se tanto nas relações entre particulares quanto nas relações entre estado e particulares. A noção de dignidade humana deve ser concebida de forma ampla, abrangendo os mais diversos aspectos da vida humana.

⁴⁴ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. P.24.

3.1.2 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Da simples leitura das elementares expressas no tipo penal do artigo 217-A, caput, do Código Penal, nota-se que não há que se falar em necessidade de violência ou de grave ameaça para que haja tipicidade formal do crime de estupro de vulnerável. Como anotado anteriormente, após a reforma legislativa regida pelas disposições da lei n.º 12.015/2009, não mais se deve cogitar presunção de tais circunstâncias, pois absolutamente prescindíveis para que se caracterize, formalmente, o delito em questão. Para tanto, basta a prática de qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 (quatorze) anos, ainda que haja consentimento da vítima.

Assim, o valor contido da norma é claramente no sentido de que a conduta de praticar atos libidinosos consentidos com menor de 14 anos atenta contra a dignidade sexual da vítima, tendo em vista a sua vulnerabilidade e seu discernimento reduzido. A presunção legal, portanto, é de vulnerabilidade sujeito passivo e não de emprego de violência ou grave ameaça.

A intenção do legislador foi impossibilitar que a presunção de violência fosse afastada diante das circunstâncias do caso concreto, pois diversos tribunais refutavam a aplicação do artigo 224 do Código Penal para absolver réus processados por estupro ou atentado violento ao pudor presumidos, diante de alegação de que se tratava de presunção relativa. O que se quis, foi evitar a discussão sobre a existência ou não de violência que vinha sendo travada caso a caso, substituindo-se o embate jurídico-criminal por "objetividade fática". Pretendia-se, portanto, amarrar as mãos dos julgadores, obrigando-os a proferir sentenças condenatórias nos mesmos casos em que se exaravam absolvições, a despeito da análise dos fatores sociais que circundam a aplicação do direito.

3.1.3. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Ao permitir que a presunção seja auferida de maneira absoluta, em casos que ela definitivamente não existe, a lei dá ensejo a algumas injustiças irreparáveis,

como por exemplo, tolher a liberdade de uma pessoa inocente. Conforme explana Julio Fabbrini Mirabete⁴⁵:

Não se caracteriza o crime, quando a menor de 14 anos se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despudorada e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento. Por outro lado, persiste o crime ainda quando menor não é mais virgem, é leviana, é fácil e namoradeira ou apresenta liberdade de costumes.

O que se percebe é uma demasiada ingerência do Estado na vida íntima e pessoal dos cidadãos, contudo, essa interferência deveria guardar proporcionalidade com as necessidades sociais, conforme preleciona o princípio da intervenção mínima.

A partir do momento em que adolescentes desejam, busca e consentem com a prática de atos sexuais, a medida correta não é puni-los, pois, punindo seus parceiros, também estão punindo as supostas “vítimas”, que de vítimas em muitos casos, na verdade não tem nada. O caminho na verdade é reeducar.

Ademais, porquê punir quando não resta caracterizada pedofilia ou exploração sexual? A intervenção estatal mostra-se demasiada. Em meio a um país com tamanha impunidade e problemas sociais, o Estado não deveria fomentar o crescimento das injustiças. Eis o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

O direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como primeira opção (prima ratio) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes.

Assim, o Direito Penal deve intervir o mínimo na esfera social, sendo utilizado apenas para regular a paz social. Se existir um recurso mais brando em condições de resolver o conflito, torna-se abusivo e desnecessário aplicar outro mais traumático, portanto quando for aplicado alguma pena deve ser vista com respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. Vol. 2. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 478

3.2 ASPECTO JURISPRUDENCIAL

O Superior Tribunal de Justiça tem manifestado seu entendimento de que a desclassificação do estupro de vulnerável para uma contravenção penal não é cabível, não importando o grau do ato libidinoso, mesmo diante da tentativa dos Tribunais dos estados em preencher a lacuna da falta de proporcionalidade no momento da aplicação da pena;⁴⁶

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP. ART. 217-A). ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE NA VIA ELEITA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAÇÃO PENAL. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO PENAL. CRIME CONFIGURADO. MAIORES INCURSÕES SOBRE O TEMA QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO FÁTICOPROBATÓRIO. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 4. Quanto ao pleito de desclassificação da conduta para a contravenção penal do art. 61 do Decreto-lei 3.688/1941, o estupro de vulnerável é crime hediondo, comum, material, instantâneo, em regra plurissubsistente, cujos dois núcleos do tipo consistem em ter conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso com vulnerável, nos termos do art. 217-A e 1º, do Código Penal. Diversamente do estupro (CP, art. 213), despiendo qualquer tipo de violência real ou grave ameaça para a consumação deste crime, bastando a execução de quaisquer dos dois núcleos típicos, ainda que haja o consentimento expresso da vítima. 5. No caso, tomando por base as conclusões das instâncias ordinárias sobre a matéria fática, cujo revolvimento é inviável nessa via expedita do habeas corpus, é evidente a presença de todos os elementos especializantes do crime de estupro de vulnerável, já que o paciente retirou as vestes da vítima vulnerável, tendo acariciado o seu pênis, visando à satisfação da própria lascívia, sendo, portanto, descabido o pleito de desclassificação da conduta para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor. 6. Writ não conhecido. (HC 431.708/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018) (BRASIL, 2018I, P. 01, GRIFO NOSSO).⁴⁷

Ainda:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 61 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESNECESSIDADE. MATÉRIA DE DIREITO. SÚMULA 7/STJ. NÃO APLICAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Conforme orientação deste STJ, o ato libidinoso diverso da conjunção

⁴⁶ TANFERRI, Andressa Silveira; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Da necessidade de um tipo penal intermediário no crime de estupro em face da desproporcionalidade da penal. Revista do Direito Público. Londrina, v.10, n.1, p.47-74, jan./abr.2015. DOI: 10.5433/1980- 511X.2015v10n1p47.

⁴⁷ <http://portaljustica.com.br/acordao/2113486> acesso em 13 de Nov. 2018

carnal, que, ao lado desta, caracteriza o crime de estupro, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso (AgRg REsp n. 1.154.806/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe 21/3/2012). 2. Estando a conduta do réu apresentada de maneira incontroversa pelas instâncias ordinárias - o réu passou as mãos na vítima por cima de sua roupa na região das nádegas e vagina -, não há falar em incidência da Súmula 7/STJ, tendo em conta que a análise se atém ao enquadramento típico a se conferir ao fato, exigindo para tanto a reavaliação jurídica da prova e não o reexame fático. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1665999/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 02/05/2018) (BRASIL, 2018m, p. 01, grifo nosso)⁴⁸

Ainda se tratando do mesmo julgado (AgRg no REsp 1665999/MS) é possível desprender o voto do relator Nefi Cordeiro, que deixa claro a posição do Tribunal diante do impasse, leia-se:

Como já assinalado na decisão agravada é uníssono nesta Corte Superior o entendimento de que o crime de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, sucedâneo ou não de conjunção carnal, e que revele a intenção lasciva do agente, sendo também inadmissível que o julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito ou a desclassifique para contravenção penal, em razão da alegada menor gravidade da conduta (BRASIL, 2018, p. 01).⁴⁹

Esse voto do relator nos confirma que o entendimento do STJ ainda se mantém engessado, não abrindo brechas para que se possa analisar caso a caso, independente do conteúdo dos princípios que norteiam o direito penal, o que para muitos é um alívio diante da premissa que as crianças ou qualquer outra vítima sofre tanto quanto se houvesse ocorrido a violência física, enquanto para outros, pune de maneira grave um ato que não teve o mesmo patamar de agressividade física.

Nada foi encontrado sobre a posição do Supremo Tribunal Federal, a respeito da desclassificação do estupro de vulnerável para alguma contravenção pena.

⁴⁸<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/634061720/agravo-em-recurso-especial-aresp-1330002-ms-2018-0176732-1> Acesso em 13 de Nov. 2018

⁴⁹https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1684167_abec8.pdf?Signature=vSm%2FNkU6vWEtucc8o8lqv4bZS3c%3D&Expires=1542136268&AWSAccessKeyId=AKIAI5P73LW376R34234 acesso em 13 de Nov. 2018

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, introduziu o artigo 217-A teve importantes alterações, a ideia intenção do legislador foi coibir a pratica da pedofilia, que e um dos grandes problemas da nossa sociedade. A intenção foi boa, só que o legislador pecou na interpretação do artigo 217-A colocando um caráter absoluto no crime de estupro de vulnerável.

Entretanto, considerar de forma absoluta a vulnerabilidade do menor de 14 anos é um risco para a sociedade e para o ordenamento jurídico como um todo, uma vez que ao não admitir a prova em contrario, estamos aplicando o reprovado instituto da responsabilidade objetiva.

Em algumas decisões escritas no presente trabalho, foi considerado a possibilidade da relativização da vulnerabilidade, pois há casos em que a vitima consentiu, ou ate mesmo manteve um relacionamento amoroso com o réu e com o consentimento dos pais.

O direito a dignidade humana referida nesta pesquisa, não diz respeito apenas á vida digna, pois abrange mais do que o direito de nascer e permanecer vivo dignamente; interessa a qualidade e a liberdade dessa existência, especialmente no que se refere á liberdade sexual.

Assim, para solucionar o problema, se faz necessário relativizar a vulnerabilidade absoluta dessas vitimas maiores de 12 anos e menores de 14 anos, quando ficar comprovado que esse menor precocemente desenvolvido demonstrar experiência em assuntos sexuais, consentindo para a pratica de atos.

Com o presente trabalho de conclusão de curso busca-se conscientizar a sociedade e os poderes do nosso estado democrático de que nem tudo que aparenta, realmente é. Julgar com falso moralismo é bem fácil, difícil e buscaras razoes e ponderar o caso concreto, buscando assim a verdadeira noção de justiça tão almejada por todos nos a fim de que não se retire um dos bens mais preciosos da vida de um ser humano, senão o mais precioso, que é a liberdade de ir e vir e a preservação de sua imagem e honra.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT. Tratado de Direito Penal, p. 53.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal 4: *parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 98.

BRASIL, Lei Federal nº12.015, de 07 de agosto de 2009 acesso 28 de out.2018

BRASIL, Código Penal. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> acesso em 28 de out. 2018

BRASIL,Código Penal. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940

BRASIL. SENADO FEDERAL. Portal Atividade Legislativa. Projetos e Matérias Legislativas. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404> Acesso em 12/11/2018

BRASIL. Senador Pedro Tasques. PLS nº 236/2012. Projeto de Lei do Senado

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça- Recurso Especial: 637361 SC 2004/0036666-5, Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Julgamento: 01/06/2010, T6 – Sexta Turma. Data de Publicação: 28/06/2010

GOMES, LUIZ FLÁVIO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2001. P. 37

GRECO, Rogério. Código penal comentado.- 5. Ed. Niterói, RJ: Impetus,2011, p 616

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial. 11.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. v.3.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 8. Ed Niterói: Impetus, 2011, p 617

<http://portaljustica.com.br/acordao/2113486> acesso em 13 de Nov. 2018

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. acesso em 23 set.2018

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. acesso em 23 set.2018

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >acesso em 27 set. 2018

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>acesso em 08 de Nov.2018

[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1684167_abec8.pdf?Signature=vSm%2FNkU6vWEtvcc8o8lgv4bZS3c%3D&Expires=1542136268&AWS](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1684167_abec8.pdf?Signature=vSm%2FNkU6vWEtvcc8o8lgv4bZS3c%3D&Expires=1542136268&AWSAccessKeyId=AKIAI5P732Q5JG63Y3A) acesso em 13 de Nov. 2018

<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943503/legislacao-comentada-artigo-213-do-cp-estupro> acesso em 09 de Nov. 2018

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/634061720/agravo-em-recurso-especial-aresp-1330002-ms-2018-0176732-1> Acesso em 13 de Nov. 2018

<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20749214/apelacao-crime-acr-70044569705-rs-tjrs/inteiro-teor-20749215?ref=juris-tabs>> acesso em 23 set.2018

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10610346/artigo-225-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940> acesso em 23 de set 2018

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. Comentários ao Código Penal. Vol. 8. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 190.

JESUS, DAMÁSIO EVANGELISTA. DIREITO PENAL, PARTE ESPECIAL: DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL A DOS CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA. SÃO PAULO: SARAIVA, 2011. V.3. P. 156.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 130

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 131.

MILANI, ALOISIO. VIOLÊNCIA SILENCIOSA: EXPLORAÇÃO E ABUSO SEXUAL DE MENORES DESAFIAM POLÍTICAS PÚBLICAS. SÃO PAULO: PROBLEMAS BRASILEIROS, N 359, 2003. DISPONÍVEL EM: HTTPS://WWW.SESCSP.ORG.BR/ONLINE/ARTIGO/2244_VIOLENCIA+SILENCIOSA#/TAGCLOUD=LISTA ACESSO EM: 11 DE NOV. 2018

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. Manual de Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2010. p. 412.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. Manual de Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2010. p. 412.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. Vol. 2. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 478

- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. P.24
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.p.383 – 386
- NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 99.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 98
- NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: DE ACORDO COM A LEI 12.015/2009. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2010. P. 101.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 101
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 829
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 829.
- NUCCI. Crimes contra a dignidade sexual, p 53-54
- ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General- Tomo I. Madrid: Civitas, 1997
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 73662-9-MG- j. 21.05.1996, 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 20.09.1996. acesso em 28 de out.2018
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 97664 AGR / DF j. 08/10/2013, 2ª Turma. Rel. Min. Teori Zavascki. Acesso em 28 de out. 2018
- TANFERRI, Andressa Silveira; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Da necessidade de um tipo penal intermediário no crime de estupro em face da desproporcionalidade da penal. Revista do Direito Público. Londrina, v.10, n.1, p.47-74, jan./abr.2015. DOI: 10.5433/1980- 511X.2015v10n1p47.
- UPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 73662-9-MG- j. 21.05.1996, 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 20.09.1996