

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SORAYA LIBARDI GALESÍ

**A VULNERABILIDADE RELATIVA DA VÍTIMA ADOLESCENTE NO DELITO DE
ESTUPRO DE VULNERÁVEL - PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA**

SÃO PAULO

2015

SORAYA LIBARDI GALES

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-COGAE), como parte das exigências do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Penal e Processual Penal para obtenção do título de Especialista.

Orientador: Professor Hugo Crepaldi

SÃO PAULO
2015

A VULNERABILIDADE RELATIVA DA VÍTIMA ADOLESCENTE NO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL - PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-COGEAE), como parte das exigências do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Penal e Processual Penal para obtenção do título de Especialista.

Orientador: Professor Hugo Crepaldi

Aprovada em _____ de _____ de 20____

BANCA EXAMINADORA:

Prof.

Prof.

Prof.

“A história do Direito Penal é a história da humanidade. Ela surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou”. Magalhães Noronha.

À minha família, por tudo. A todos aqueles que, de alguma forma, estiveram ao meu lado me incentivando.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais por serem a base de tudo. Pelo amor, incentivo e apoio incondicional. Por me ensinarem que a educação transforma pessoas e transforma o mundo. Por sempre terem contribuído para a minha formação pessoal e profissional.

À minha irmã, por ser meu ombro amigo nos momentos de dificuldade e por termos compartilhado uma vida juntas.

Ao meu companheiro, Marco Antonio Bernardo, pelos momentos de discussões jurídicas, pela inestimável ajuda na revisão desta obra, pela compreensão das minhas ausências enquanto desenvolvia este trabalho e por estar sempre me incentivando a seguir em frente e a crescer profissionalmente. Seu apoio sempre foi meu alicerce.

À Marina Paranhos por me dar suporte, atenção, colo, puxão de orelha, por estar sempre disposta a me ajudar e por me mostrar que sempre podemos recomeçar. Sem você não teria conseguido.

Ao meu orientador, Professor Doutor Hugo Crepaldi, pela orientação, apoio, confiança e por acreditar em mim como profissional. Obrigada!

Ao professor Antonio Carlos da Ponte pelas aulas excepcionais e pelo brilhantismo em suas proposições.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pela oportunidade de evoluir meu conhecimento.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo integrar o intérprete do direito à realidade social contemporânea, no momento da interpretação e aplicação da norma penal incriminadora nos crimes sexuais, mormente, nos casos de estupro de vulneráveis. Busca-se evitar uma interpretação puramente gramatical, utilizando-se dos princípios gerais do direito, dos fundamentos empíricos, das legislações estrangeiras, das vastas discussões doutrinária e jurisprudencial, tudo com intento de pacificar as celeumas nutridas pela aplicação de um critério objetivo do artigo 217-A, puramente biológico, oriundo da Lei 12.015/09. Constata-se que a evolução dos tempos e dos costumes tornou impossível a manutenção da presunção absoluta de vulnerabilidade aplicável, indistintamente, a todos os menores de 14 anos e maiores de 12 de idade em matéria sexual, além do antagonismo concebido pelas legislações pátrias sobre o tema. Conclui-se que é necessário relativizar o conceito de vulnerabilidade, de acordo com o caso concreto, para adequar a norma à realidade social. Para que isto seja possível, devemos alterar a lei, adotando critérios mais flexíveis para tratar dos vulneráveis.

Palavras-chave: Estupro. Vulnerável. Relativização. Código Penal. Lei 12.015/2009. Proposta Legislativa.

ABSTRACT

This work has as main purpose to integrate the law interpreter to contemporary social reality at the time of interpretation and application of incriminating criminal rule in sexual crimes, especially in cases of rape vulnerable. We wish to avoid a purely grammatical interpretation, to use the general principles of law, empirical foundations, foreign legislation, the vast doctrinal and jurisprudential discussions, with the intent to pacify the disturbance nourished by applying an objective criterion purely biological of Article 217 - A, original from Law 12,015 / 09. We find that the evolution of time and customs became impossible to maintain the absolute presumption of vulnerability, which is applicable without distinction to all children under 14 and over 12 of age in sexual matters beyond the antagonism conceived by homelands legislation about the theme. We conclude that it is necessary to relativize the concept of vulnerability, according to case, to adapt the norm to the social reality. To make this possible we must change the law by adopting more flexible criteria for dealing with vulnerable.

Keywords: Rape. Vulnerable. Relativization. Penal Code. Law 12,015 / 2009. Legislative proposal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. BEM JURÍDICO TUTELADO.....	11
1.1 Conceito de bem jurídico penal.....	11
1.2 Tutela dos costumes	12
1.3 Tutela da dignidade sexual	16
2. CONCEITO DE VUNERÁVEL.....	20
2.1 Os vulneráveis à luz do art. 217 -A do Código Penal.....	22
2.2 Estatuto da Criança e do Adolescente	25
2.3 Direito Comparado	27
2.4 Críticas ao critério biológico	30
3. A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NA LEGISLAÇÃO ANTERIOR	37
3.1 O antigo artigo 224 do Código Penal de 1940	37
3.2 Discussão acerca da presunção absoluta ou relativa da violência	38
4. O ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL.....	48
4.1 Classificação doutrinária	48
4.2 Sujeitos Ativo e Passivo	50
4.3 A discussão sobre a vulnerabilidade absoluta ou relativa da vítima menor de 14 anos de idade	55
4.4 Consentimento da vítima	66
4.5 Princípio da Adequação Social	70
5. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA	75
5.1 Proposta de alteração prevista no Anteprojeto de Reforma do Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/12)	75
5.2 Crítica ao Projeto de Lei do Senado nº 236/12 e proposta final.....	79
6. CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS.....	84

INTRODUÇÃO

A ideia de tratar de um tema tão delicado como os crimes sexuais contra vulnerável surgiu de experiência profissional vivida ao longo da carreira de Delegada de Polícia, principalmente quando designada para atuar na Delegacia de Defesa da Mulher, que possui atribuição específica para investigar tais delitos. Nesta época foi possível perceber que os tipos penais existentes, além de serem falhos, não abarcam a realidade da sociedade brasileira atual.

A Lei 12.015/2009 tentou mudar este cenário. A lei foi aprovada em 07 de agosto de 2009 pelo Congresso Nacional e alterou a nomenclatura do Título VI da Parte Especial do Código Penal para "Crimes contra a Dignidade Sexual", excluindo a antiga denominação "Crimes contra os Costumes", deixando para trás a tutela da moral sexual, preocupando-se com a dignidade e liberdade sexuais. Alguns tipos penais foram criados, outros foram revogados ou alterados.

A tão discutida *presunção de violência* do menor de 14 anos de idade saiu de cena, dando lugar ao *vulnerável*, que é definido pelo artigo 217-A como toda pessoa menor de 14 anos de idade, ou que tenha seu discernimento reduzido ou que não tenha condições de oferecer resistência. Mesmo com essas diversas mudanças, o legislador não alterou o limite etário de 14 anos de idade para a tutela dos delitos sexuais, ou seja, continua a entender que os menores de 14 anos não têm capacidade para consentir nos atos sexuais.

Na legislação anterior muito se debatia acerca da *presunção de violência*, se absoluta (não comportando prova em contrário) ou relativa (admitindo prova em contrário). A lei mudou. Hoje o tipo penal traz o termo *vulnerabilidade*. Mas isso significa que o debate está encerrado? Não permitiu o legislador que o aplicador da lei a interpretasse de maneira diversa?

Percebemos que, mesmo quase seis anos após a edição da Lei 12.015/2009, o tema continua a ser polêmico e propicia decisões muito controversas, algumas admitindo a flexibilização do termo *vulnerável*, visando

corrigir injustiças, outras, mais rígidas, entendem que a lei não deixou margens para interpretações.

Não se quer aqui banalizar crimes tão graves e que chocam a sociedade. O que se pretende é debater as discrepâncias causadas pela nossa legislação frente aos casos que nos assolam no dia-a-dia, propondo alterações legislativas que, a nosso ver, mais se amoldam à sociedade atual.

O Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 (Projeto de Lei do Novo Código Penal) ousou no tema. No artigo 186, que dispõe sobre o delito de estupro de vulnerável, diminuiu a idade da vítima vulnerável para "pessoa que tenha até doze anos"¹. Na exposição de motivos a comissão de juristas explicou que tal alteração se fazia necessária para se adequar à faixa etária estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, este também não é o nosso posicionamento, pois critérios absolutos de idade não atendem aos casos ocorridos em um país de dimensões continentais e de cultura tão diversa.

Acreditamos que a melhor solução para este conflito é tratar a vulnerabilidade de maneira relativa para as pessoas compreendidas entre 12 e 14 anos de idade, admitindo-se prova em contrário, para que se possa demonstrar que a vítima é capaz de compreender e consentir para o ato sexual. Após esta idade não há mais que se falar em vulnerável. Muitos adolescentes abrangidos nesta faixa etária possuem total compreensão do ato sexual. Não cremos que seria correto punir seu parceiro neste caso, tratando-o como autor de um delito tão grave. É para estes casos que a regra deve ser flexibilizada, quando não há ofensa à dignidade e liberdade sexual da vítima.

¹ Redação original do Projeto de Lei do Senado nº 236/12:

"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".

1. BEM JURÍDICO TUTELADO

1.1. Conceito de bem jurídico penal

A palavra *bem* remete à ideia de interesse. É algo que tenha valor ao indivíduo, que seja proveitoso, lucrativo, benéfico ou vantajoso, que de algum modo lhe satisfaça. Esses interesses ou bens da vida, individuais ou supraindividuais, são tutelados pelo Direito. É o que chamamos de *bem jurídico*. Na definição de Guilherme de Souza Nucci, "Os bens jurídicos são os objetos e interesses tutelados pelo Direito, capazes de serem legitimamente possuídos, protegidos, utilizados ou guardados por alguém"².

Por sua vez, o Direito Penal se ocupa de proteger os bens e interesses que são essenciais à sociedade. Partindo-se do princípio de que o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou seja, é a última opção de controle do Estado para que a sociedade haja de acordo com as normas impostas, aplicando sanções. Os bens jurídicos a serem tutelados por este ramo do Direito devem ser aqueles relevantes.

Os bens jurídicos penais são os bens e valores que são imprescindíveis à sociedade, como, *v. g.*, a vida, o patrimônio, a liberdade. Caso a conduta prejudicial possa ser coibida e o direito possa ser assegurado de maneira satisfatória pelos demais ramos do Direito, então não se justifica a tutela do bem pelo Direito Penal.

O princípio da *ultima ratio* ou da intervenção mínima decorre do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que estabelece como sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Preservar a dignidade da pessoa humana significa que o Estado não pode fazer do Direito Penal simples instrumento de repressão. O legislador penal deve pautar sua atuação conforme os interesses e bens significantes para a sociedade.

² NUCCI, Guilherme de Souza, "Crimes Contra a Dignidade Sexual", Editora Forense LTDA, ano 2014, 5ª Edição, página 29.

Deste modo, temos que o *bem jurídico penal* também possui como função limitar a atuação do legislador. Esta teoria criou o modelo de crime com base na ofensa a um dado *bem jurídico*, delimitando o que pode ou não ser tutelado pelo Direito Penal. Isto impede a adoção de modelos de Estado autoritários e permite afirmar a legitimidade do direito penal no Estado Democrático de Direito.

Apesar de ser doutrinariamente enaltecido como princípio propulsor de reformas legislativas no campo penal, o princípio da intervenção mínima ainda precisa ser efetivamente aplicado pelo Poder Legislativo. É necessário que se reflita sobre a necessidade da lei penal, visando abandonar o foco paternalista do Direito Penal, de punir toda e qualquer conduta lesiva a direito de outrem, que pode ser tutelada de maneiras diversas e prescindem de legislação penal.

O princípio da intervenção mínima deve nortear a escolha dos bens jurídicos penais, que devem ser reavaliados constantemente, conforme as mudanças ocorridas na sociedade. Portanto, temos que os bens jurídicos penais não são estanques, mas sim mutáveis e devem obedecer ao que é fundamental para aquele momento histórico e social. No conceito de Guilherme de Souza Nucci:

O bem jurídico penal constitui-se de interesse relevante, cuja tutela e proteção são exigíveis no plano criminal, independentemente da atuação de outras esferas do Direito. A apuração da relevância do interesse, a ponto de se constituir bem jurídico penal, realiza-se periodicamente, conforme a evolução dos costumes e das tradições, merecendo acompanhar o grau de desenvolvimento das relações humanas e sua inteligência em relação aos bens disponíveis e indisponíveis ³.

Foi o que ocorreu com os delitos sexuais, que durante décadas sofreram alterações significantes, inclusive com relação ao *bem* a ser juridicamente tutelado, exigindo severas alterações na Parte Especial do Código Penal.

1.2. Tutela dos costumes

Durante muito tempo o Título VI da Parte Especial do Código Penal, intitulado "Dos Crimes contra os Costumes", representou a moral vigente dos anos

³ NUCCI, Guilherme de Souza, "Crimes Contra a Dignidade Sexual", Editora Forense LTDA, ano 2014, 5ª Edição, página 30.

1940, machista e conservadora. O Direito Penal, no caso dos delitos sexuais, se preocupava com a ética e a moral, com o que era proibido ou permitido em matéria sexual. Existia um pudor muito grande em torno dos atos sexuais, permitindo-se que o Direito Penal invadisse a liberdade individual sexual, sob a justificativa de se preservar os *costumes* vigentes à época.

É inegável que direito e moral devem ocupar planos distintos, mas muitas vezes acabam por se aproximar, como acontece no caso da sexualidade humana. Não se pode ignorar o fato de que a moral norteia a sexualidade e que o tratamento dado pelo Direito à sexualidade sempre estará ligado a essa moral. Assim, verifica-se que a sexualidade humana desenvolveu-se ao longo da história de acordo com a moral empregada à época, ou seja, a sexualidade evoluiu junto com a moral sexual existente naquele período da história⁴. É por esta razão que o Código Penal criou tipos penais sexuais que refletiam a moral sexual daquele momento.

Explicam Renato Marcão e Plínio Gentil que "o termo *costume*, querendo significar *uso*, *hábito*, deriva do latim *consuetudo*. A palavra latina tem o exato sentido de *costume*, *hábito*, o que conduz ao sentido corrente na linguagem jurídica de *uso considerado como lei*"⁵. Portanto, o *costume* visa proteger os hábitos da sociedade considerados legalmente válidos.

Todavia, o *costume* de que tratava o Título VI da Parte Especial do Código Penal deve ser entendido como a "conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais"⁶. Os delitos previstos pela lei representavam infrações ao mínimo ético exigido do indivíduo com relação a sua vida sexual.

Entendia-se que o Estado não poderia ser indiferente à tutela da moralidade pública e dos bons costumes. O Direito Penal ia de encontro às normas morais e punia os desvios de conduta que considerava imoral.

⁴ D'ELIA, Fábio Suardi, *Tutela Penal da Dignidade Sexual e Vulnerabilidade*, 1ª edição, 2014, São Paulo, Editora Letras Jurídicas, páginas 26 e 27.

⁵ RENATO MARCÃO e PLÍNIO GENTIL, "Crimes Contra a Dignidade Sexual", 2ª Edição, 2014, Editora Saraiva, página 35.

⁶ NORONHA, Magalhães E., "Direito Penal - Volume 3", Editora Saraiva, ano 2000, 25ª Edição, atualizado por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, páginas 62 e 63.

Os tipos penais refletiam o conservadorismo existente e, passados alguns anos, com os avanços da sociedade e com as liberdades asseguradas constitucionalmente, não existia mais razão para se punir algumas das condutas ali descritas, pois na sociedade contemporânea, o Estado não deve tutelar a moralidade sexual e os bons costumes, sob pena de invadir a intimidade da pessoa.

Nunca se pode olvidar os ensinamentos dos saudosos doutrinadores. Nesse sentido, interessante anotar a definição que, naquela época, fora dada pelo mestre Nelson Hungria (*apud* Guilherme de Souza Nucci)⁷ ao termo *costumes*:

Hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à preservação do *mínimo ético* reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais.

Vale lembrar que alguns delitos traziam como elemento normativo do tipo penal o conceito de "mulher honesta", que era a mulher reservada, recatada, honrada, decente. Por exemplo, o antigo artigo 215 do Código Penal, denominado "Posse Sexual Mediante Fraude", estipulava: "Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude".

O termo *honestas* foi retirado apenas no ano de 2005, quando a Lei 11.106/05 alterou o dispositivo. A mudança há muito se fazia necessária, pois já não era aceito pela sociedade que a legislação tratasse as mulheres de maneira diferente, rotulando-as.

Posteriormente, o artigo foi novamente alterado pela Lei 12.015/2009, que deixou de tratar no polo passivo somente da vítima mulher, passando a compreender ambos os sexos, hoje com a seguinte redação: "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". Também possuía o termo *honestas*, o artigo 219, que dispunha sobre o rapto da mulher honesta.

⁷NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9ª edição. São Paulo: Editora RT, 2012, p.937

Outro exemplo de tipos penais que se tornaram obsoletos, é o artigo 217 do Código Penal, que sob o *nomem iuris* de "Sedução", punia o defloramento da mulher virgem⁸.

Pela antiga redação destes dispositivos podemos ter uma ideia da moral e dos costumes vigentes na década de 1940. A ausência da *honestidade* da mulher não deveria servir jamais para tratá-la de maneira diversa e deixá-la sem proteção penal. Ademais, deixava-se à critério do julgador, que com base em seus conceitos subjetivos, entendia se aquela mulher era ou não honesta.

Ilustre doutrinador já falecido, Magalhães Noronha esboça o que se pensava sobre a honestidade feminina ao tratar do delito de posse sexual mediante fraude. Vejamos:

A expressão *mulher honesta* repudia a que, embora sem ser barregã, é fácil prodigalizadora de seus favores. Mulher desonesta não é somente a que faz mercancia do corpo. É também a que, por gozo, depravação, espírito de aventura etc., entrega-se a quem a requesta. Não é só o intuito do lucro que infama a posse da fêmea. A conduta da horizontal, muita vez, é digna de consideração, o que se não dá com a de quem, livre das necessidades, se entrega tão-só pelo gozo, volúpia ou luxúria⁹.

No mesmo sentido a jurisprudência dos Tribunais:

A integração do delito do art. 215 do CP reclama a honestidade do sujeito passivo. Mulheres de vários leitos não poderiam certamente preocupar o legislador, com a insignificante ofensa à liberdade sexual, consistente em elas, que, se entregam a todos, entregarem-se a alguém mediante artifício (TJSP - AC - Rel. Cavalcanti Silva - RT 436/342).

Nesta esteira, entendeu-se durante muito tempo que a prostituta não poderia ser vítima deste delito, pois não preenchia o conceito de mulher honesta e a sua experiência sexual serviria para afastar a tipicidade do delito.

Também era comum o entendimento, doutrinário e jurisprudencial, de que o marido não poderia ser sujeito ativo do delito de estupro contra a sua esposa, em razão do *debitum conjugale*, ou seja, por ter o dever de coabitação. Entendia-se que

⁸ "Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança".

⁹ NORONHA, Magalhães E., "Direito Penal - Volume 3", Editora Saraiva, ano 2000, 25ª Edição, atualizado por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, página 105.

a mulher deveria satisfazer as vontades sexuais de seu marido e só poderia se recusar ao coito se houvesse fundadas razões, tais como moléstias venéreas. Assim, a violência ou grave ameaça empregada pelo marido para obtenção da relação sexual, não servia para tipificar o delito de estupro. Na lição de Magalhães Noronha:

As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíproco dos que casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não pode se opor (...). A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido¹⁰.

Atualmente pensamentos como estes não são mais aceitos pela sociedade. Não podemos fundamentar a criação e manutenção de tipos penais baseados somente em *costumes* e *moral* em matéria de atos sexuais. Na verdade, hoje o legislador deve se preocupar em não interferir na esfera privada do indivíduo, se ocupando dos crimes realmente graves, que atinjam a dignidade e liberdade sexuais. Portanto, andou bem o legislador quando alterou a denominação do Título para "Crimes contra a Dignidade Sexual" e produziu uma grande reforma nos delitos sexuais, como veremos a seguir.

1.3. Tutela da dignidade sexual

Conforme já expusemos acima, a Lei 12.015/2009 modificou de maneira expressiva o Título VI da Parte Especial do Código Penal. As mudanças começaram pela denominação do Título que, de "Crimes contra os Costumes", foi alterado para "Crimes contra a Dignidade Sexual".

Para a maioria da doutrina a mudança foi acertada e reflete os ideais da sociedade atual, deixando para trás os *costumes* e a *moral* conservadora de outrora. Os tipos penais foram readequados de acordo com os preceitos constitucionais existentes. Hoje o bem jurídico penal tutelado passou a ser a *dignidade sexual*. Mas o que podemos entender por dignidade sexual?

¹⁰ NORONHA, Magalhães E., "Direito Penal - Volume 3", Editora Saraiva, ano 2000, 25ª Edição, atualizado por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, página 70.

Dignidade fornece a noção de decência, distinção, compostura, honraria, brio, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra¹¹. É a qualidade de *digno*. Então, quando tratamos de proteção à *dignidade sexual*, estamos protegendo a liberdade de escolha sexual, respeitando o indivíduo, deixando que o ser humano escolha e decida sobre o que deseja para sua vida sexual, afastando, principalmente, as formas de violência nos atos sexuais.

Na esfera da dignidade sexual estão presentes a intimidade e a vida privada do indivíduo, que lhe permite se realizar sexualmente, ou seja, satisfazer sua lascívia como bem entender, sem qualquer interferência do Estado. Destarte, já que o Estado não deve interferir na vida íntima do indivíduo, então o que deve ser objeto de tutela pelo Direito Penal?

É evidente que a satisfação sexual do indivíduo, mesmo garantida no campo da liberdade individual, deva ocorrer dentro da legalidade. Deste modo, o Direito Penal tutela qualquer forma de constrangimento ilegal nos atos sexuais. Não se tolera a relação sexual invasora, sem consentimento, violenta, não aceita pela vítima. A proteção penal surge para tutelar a *liberdade sexual*, impondo que os atos sexuais devem ser realizados desprovidos de qualquer constrangimento, ou seja, sem violência ou grave ameaça.

Ressalte-se que a dignidade sexual não deve ter nenhuma relação com *bons costumes* sexuais. Deve-se deixar para trás o tempo em que o Direito Penal se preocupava demasiadamente com a moral nos delitos sexuais. A preocupação atual deve ser em preservar a dignidade e a liberdade da vida sexual do indivíduo.

Na lição de Guilherme de Souza Nucci:

O Estado Democrático de Direito preserva a dignidade humana como base e fundamento de sua existência (...). Por isso, há expressa garantia à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da casa e das comunicações em geral. Coaduna-se tal postura com o direito penal de intervenção mínima (...). Por isso, andou bem o legislador ao modificar o Título VI da Parte Especial do Código Penal (...). Interpretava-se a anterior expressão

¹¹ www.dicionarioaurelio.com/dignidade.

(costumes), na realidade, como *bons costumes*, implicando em recato sexual e boa conduta nessa seara. Ora, à luz da Constituição de 1988, já não tinha sentido manter-se tal medida, pois a liberdade individual foi nitidamente consagrada, pouco importando como cada pessoa conduz a sua vida sexual, desde que não prejudique terceiros (...)¹².

O Direito Penal também se ocupa da formação sexual das crianças e dos adolescentes, entendendo que o correto *desenvolvimento sexual* deva ser objeto de proteção estatal em determinadas faixas etárias. Nesses casos, a maioria dos delitos é praticada sem violência ou grave ameaça, mas é implícita a violência psicológica, pois que tais pessoas são consideradas incapazes de consentir.

É grande a discussão. Até onde deve ir à proteção estatal nos casos de atos sexuais praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa? São os adolescentes incapazes de entender os atos sexuais? O Estado estaria interferindo na vida sexual do adolescente ao impedi-lo de realizar atos sexuais antes dos quatorze anos de idade? Estas são algumas das questões que serão discutidas ao longo deste trabalho.

A Lei 12.015/2009 fez grandes mudanças no cenário dos crimes sexuais, mudanças que se faziam necessárias para acompanhar os avanços da sociedade.

No entanto, mesmo após a edição da Lei 12.015/2009, alguns doutrinadores continuam a entender que o legislador perdeu a oportunidade de se afastar de vez do conservadorismo, pois ainda se preocupa em tutelar a moral e os *bons costumes* quando tipifica algumas condutas, como a de manter casa de prostituição, por exemplo. A casa de prostituição é considerada aos olhos da sociedade como imoral e antiética, mas não se pode dizer que esta conduta atinge bem jurídico de terceiro. Por isso, questionam-se os doutrinadores sobre os motivos pelos quais o Direito Penal ainda pune este delito¹³. Ademais, outros delitos são considerados tipos penais desnecessários, tais como o escrito ou objeto obsceno, previsto no artigo 234 do Código Penal.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza, "Crimes Contra a Dignidade Sexual", Editora Forense LTDA, ano 2014, 5ª Edição, página 177.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza, "Crimes Contra a Dignidade Sexual", Editora Forense LTDA, ano 2014, 5ª Edição, página 30 e 178.

As críticas mais duras e onde há a maior divergência entre os doutrinadores e juristas no campo dos delitos sexuais, reside no tratamento da *vulnerabilidade*. Para alguns, a alteração do termo "presunção de violência" para "vulnerável", espancou qualquer dúvida sobre o caráter absoluto do termo, alegando, então, que não se admite prova em contrário. No entanto, em razão da realidade brasileira apresentar situações com as quais tratar este tema de maneira tão rígida acabam ocasionando injustiças, muitos julgados ainda buscam relativizar a vulnerabilidade, acompanhados de inúmeros doutrinadores, como veremos aqui.

2. CONCEITO DE VUNERÁVEL

Na conceituação gramatical *vulnerável*¹⁴, termo de origem latina *vulnerabilis*, significa algo ou alguém que está suscetível a ser ferido, ofendido ou tocado. Vulnerável indica uma pessoa frágil e/ou incapaz de algum ato. O termo, mormente, é atribuído a mulheres, crianças e idosos, que possuem, em tese, maior fragilidade perante outros grupos da sociedade.

Assim, em uma sociedade podemos definir o indivíduo vulnerável como sendo aquele que possui condições sociais, psicológicas, culturais, políticas, étnicas, econômicas, educacionais, de saúde, dentre tantas outras, diferente de outras pessoas, que resulta em uma situação de desigualdade social e, conseqüentemente, obriga o Estado a produzir o respectivo amparo de proteção legal.

Vislumbra-se que as leis promulgadas, após a Carta Magna de 1988, trazem em seu bojo tutelas de proteção às desigualdades sociais. As proteções são diversificadas atendendo aos anseios dos direitos fundamentais, como a vida, a saúde, a cidadania, a segurança, educação, cultura, moradia, alimentação, esporte, lazer, trabalho, liberdade, dignidade, acesso à Justiça, independentemente de classe social, de origem, raça, orientação sexual, cultura, renda, idade, religião ou qualquer outra forma de discriminação, *v.g.*, a Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8069/1990, o Estatuto do Idoso – Lei n. 10.741/2003 e, especialmente, a Lei nº 12.025/2009, que alterou os crimes sexuais.

Tendo em vista que essas pessoas necessitam de tratamento especial a ser dado pela Constituição e leis ordinárias, ocupou-se o legislador penal de tutelar com mais cuidado as pessoas que entende não ter o necessário discernimento ou compreensão para a atividade sexual. Esses casos não se amoldam na mesma figura típica do delito de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, já que para o delito de estupro exige-se a violência e grave ameaça. No caso dessas pessoas, que não possuem a capacidade de consentir, de compreender, de se defender, não

¹⁴ <http://www.dicionariodoaurelio.com/vulneravel>.

há exatamente uma coação física para a prática do ato sexual. Trata-se, na verdade, de coação psicológica, diante do estado natural de impossibilidade de compreensão do ato sexual (Nucci, 2014).

Após a mencionada alteração legislativa produzida pela Lei 12.015/09, o Capítulo II, do Título VI, da Parte Especial do Código Penal passou a tratar dos "Crimes Sexuais contra Vulnerável". Como visto, o legislador penal adotou o termo *vulnerável* para tratar das pessoas consideradas indefesas, frágeis, incapacitadas etc. No entanto, o termo é tratado de maneiras diversas no decorrer do Capítulo II.

No artigo 217-A os *vulneráveis* foram definidos em três situações distintas: a) quando se tratar de vítima de estupro com menos de 14 anos; b) quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; c) quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Já o artigo 218-B utiliza-se do termo *vulnerável* para outra faixa etária, o menor de dezoito anos, além de mencionar a pessoa que por enfermidade ou deficiência mental tenha o discernimento reduzido. Todavia, são situações completamente distintas. Uma a condição de menor de quatorze anos e a outra a de menor de dezoito anos. Indiscutível que o legislador ampliou o conceito de vulnerabilidade. Neste sentido:

A Lei 12.015 trouxe novo formato, no art. 218-B, ao trato da questão delicada da vida sexual dos menores de 18 anos. Eliminou-se qualquer referência à expressão *corrupção de menores*. Passa-se a adotar a terminologia relativa à figura do *vulnerável*. Com isso, mais uma vez, torna-se clara a utilização do conceito de vulnerabilidade para diversos enfoques¹⁵.

É cediço que o Direito Penal não pode conviver com conceitos abstratos, visto ser defeso a interpretação extensiva e o uso da analogia *in malam partem*. O conceito de *vulnerável* em âmbito penal, com relação à faixa etária estabelecida, acabou ficando distinto nesses dois artigos.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza, "Crimes Contra a Dignidade Sexual", Editora Forense LTDA, ano 2014, 5ª Edição, página 165.

Observe-se que o artigo 218-B apenas proíbe a prática sexual do menor de 18 anos de idade quando for para fins de prostituição, pois que o art. 217-A veda qualquer ato sexual com os menores de quatorze anos de idade. Assim, temos duas situações.

A primeira é a do vulnerável para os fins de configuração do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A) será: a) o menor de 14 (catorze) anos; b) toda pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual ou; c) que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência;

Já a segunda é a situação do vulnerável para os fins de configuração do delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (artigo 218-B), será: a) alguém menor de 18 (dezoito) anos ou; b) alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato.

Apesar dessas distinções produzidas pelo legislador, tratando o termo *vulnerável* de maneiras e com limites etários diversos, este trabalho irá tratar apenas do estudo do vulnerável nos moldes do artigo 217-A do Código Penal.

2.1 Os vulneráveis à luz do art. 217 -A do Código Penal

Antes da alteração legislativa os atos sexuais praticados contra menores de quatorze anos de idade e demais pessoas incapazes de consentir eram punidos através dos artigos 213 e 214 do Código Penal, cumulados com o artigo 224, que tratava da presunção de violência. Com a mudança na lei, hoje essas vítimas integram o conceito de *vulnerável* e possuem tipo penal próprio. Criou-se o delito de *nomen iuris* "estupro de vulnerável", previsto no artigo 217-A, que dispõe:

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 ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa 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.

O primeiro elemento do tipo que merece anotação é o menor de 14 (quatorze) anos. A idade consignada adota o critério biológico, assim, toda pessoa com menos de 14 anos é considerada vulnerável perante a norma em vigor. A idade da vítima deve ser provada por documento hábil, em consonância com o artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Incorre na mesma pena quem por *enfermidade* ou *deficiência mental*, não tiver o discernimento para a prática do ato. Enfermidade, *s.f. (lat infirmitate)* é a alteração mais ou menos grave da saúde; doença; moléstia; ou outra causa que comprometa o normal funcionamento de um órgão, levando a um estado mórbido. A doença enseja a alteração da saúde, física ou mental. Pode ser causada por diversos fatores, tais como parasitas, infecções, traumas decorrentes de acidentes, doenças degenerativas etc. Enfermidade mental é uma doença ou moléstia que afete o adequado funcionamento do sistema nervoso central como, por exemplo, as psicopatias e demências mentais¹⁶.

Já deficiência mental, segundo a definição adotada pela AAMR (*American Association of Mental Retardation* - Associação Americana de Deficiência Mental) é um:

Funcionamento intelectual significativamente abaixo da média, coexistindo com limitações relativas a duas ou mais das seguintes áreas de habilidades adaptativas: comunicação, auto-cuidado,

¹⁶ GOMES, José Jairo, *apud* Rogério Greco, Curso de Direito Penal - Parte Especial, volume III, Editora Impetus, Niterói-RJ, 2013, página 535.

habilidades sociais, participação familiar e comunitária, autonomia, saúde e segurança, funcionalidade acadêmica, de lazer e trabalho. Manifesta-se antes dos dezoito anos de idade¹⁷.

Deficiência é a insuficiência, imperfeição, debilidade, ou seja, é o atraso no desenvolvimento psíquico. São exemplos de deficiência mental: Síndrome de Angelman, Síndrome de Edwards, Paralisia Cerebral, Síndrome de Down, Síndrome de Prader-willi, Autismo etc.

Oportuno consignar que a enfermidade ou a deficiência pode ser permanente ou temporária, congênita ou adquirida, pois o fundamental é acarretar a eliminação de discernimento para a prática do ato sexual. Ambas exigem perícia médica para demonstrar a existência e seus efeitos, consagrando, assim, o sistema biopsicológico.

Ao tratar da vítima deficiente mental, Renato Marcão e Plínio Gentil explicam que algumas pessoas deficientes possuem discernimento para consentir no ato sexual e que, muitas vezes, até constituem família, tudo de acordo com seu nível de deficiência. Desta fora, não seria certo punir seu parceiro pela prática de um crime tão grave como o estupro de vulnerável:

O deficiente mental que tenha vida marital, ou um relacionamento sexual decorrente de uma união séria e duradoura, está sendo vítima de estupro de vulnerável, um crime hediondo? Deve ser considerado que existem níveis de deficiência e que, a partir de certo estágio de compreensão, o indivíduo tem uma capacidade de discernir que lhe permite a prática de atos sexuais, sem que isso represente qualquer violência contra si¹⁸.

Finalmente, quem por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, sintetiza que causa deve ser semelhante a “enfermidade ou deficiência mental”, causa que reduza ou desequilibre a capacidade de discernimento, e, posteriormente, impossibilite oferecer resistência, verdadeiro emprego da interpretação analógica. Pouco importa que a vítima seja colocada em estado de impossibilidade de ofertar resistência pelo autor ou se abusou da circunstância, basta que a vítima não reúna condições de manifestar seu dissenso. São exemplos:

¹⁷ Este texto foi retirado da URL:

<http://www.telecentros.org/telecentros/secao=102&idioma=br¶metro=9540.html>.

¹⁸ RENATO MARCÃO e PLÍNIO GENTIL, "Crimes Contra a Dignidade Sexual", 2ª Edição, 2014, Editora Saraiva, página 197.

paraplégicos, acamados em geral impossibilitados de se levantar e de resistir e pessoas em completo estado de torpor físico e mental em razão do uso, voluntário ou não, de drogas ou bebidas alcoólicas.

No caso da incapacidade de oferecer resistência em razão da vítima estar alcoolizada ou drogada, é necessário que a vítima esteja privada da possibilidade de discernir ou de resistir. É comum encontrarmos casos de pessoas que ingeriram drogas, sem o seu conhecimento, vulgarmente conhecidas como "boa noite cinderela". A droga atua sobre o sistema nervoso central e faz com que a vítima não se recorde de tudo que acontece e que não possa oferecer resistência. O uso da droga junto com a ingestão de álcool potencializa seu efeito.

De maneira geral, segundo Nucci¹⁹, 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."

Entende o legislador que as pessoas incapazes têm possibilidade de realizarem ato sexual sem qualquer coação física. Entretanto, nestes casos, essas pessoas sofrem uma coação psicológica, em razão do estado de não compreensão do ato, tanto por falta de discernimento quanto de maturidade sexual.

2.2 Estatuto da Criança e do Adolescente

Em consonância com a disposição legal contida na Lei 8069/90, especificamente no artigo 2º, são considerados adolescentes os maiores de 12 anos de idade e menores de 18 anos: "Art. 2º 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".

O artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que é considerado ato infracional toda conduta descrita como crime ou contravenção penal

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral, parte especial*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1120 p.829.

e o artigo 104 afirma que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas na Lei. Ainda, o artigo 106 dispõe sobre a possibilidade de privação de liberdade do adolescente e finalmente o artigo 112 preceitua quais são as medidas sócio-educativas aplicáveis aos juvenis.

Eis o paradoxo formado! O Código Penal fixa a idade de 14 anos para a configuração de estupro de vulnerável, mas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA o adolescente é compreendido como sujeito nutrido de capacidade de discernimento aos doze anos completos, podendo ser responsabilizado pelos seus atos infracionais perpetrados. De outro modo, prevê a Lei que a criança não possui nenhuma capacidade de discernimento, motivo pelo qual não responde pela prática de ato infracional.

É visível que a lei estatutária juvenil e a legislação penal são contraditórias em si, pois pela lei juvenil o adolescente é capaz de compreender o sentido ético e moral do seu comportamento infracional, deve ser responsabilizado por seus atos, sob pena de internação, mas pela legislação penal, o mesmo adolescente, compreendido entre 12 e 14 anos de idade, não possui nenhuma capacidade para compreender os atos sexuais e, pela redação do literal do dispositivo, lhe é vedado consentir para a sua prática.

Nossa posição é compartilhada por doutrinadores como Guilherme de Souza Nucci, em livro específico sobre o tema:

Ora, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se adolescente, permitindo-se a internação, a pessoa com, pelo menos, 12 anos. Diante desse conflito aparente de normas, parece-nos razoável concluir que a partir dos 12 anos o indivíduo é adolescente, tem responsabilidade maior e pode até mesmo responder, por seus atos infracionais. Logo, não deve ser considerado um completo incapaz para ter relação sexual, como faz crer o preceituado pelo art. 217-A do Código Penal. Eis a razão pela qual parece-nos sustentável apontar como relativa a vulnerabilidade do menor de 14, porém maior de 12²⁰.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, "Crimes Contra a Dignidade Sexual", Editora Forense LTDA, ano 2014, 5ª Edição, páginas 114 e 115.

Interessante, ainda, atentar que o art. 68 da Lei 12.594/12²¹ apregoa que “é assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito a visita íntima”. Diante do texto legal, em tese, torna-se possível a visita íntima a um adolescente infrator de 13 anos de idade ou até de 12 anos, regularmente internado, que viva em união estável comprovada, sob o manto do Estado. A complexidade do sistema normativo brasileiro entra em colapso! Relação sexual com menor de 14 anos e maior de 12 somente é possível na hipótese de ser adolescente infrator que viva em união estável e sob o crivo da unidade governamental responsável pela reeducação do juvenil.

2.3. Direito Comparado

Interessante notar que ao redor do mundo, onde temos culturas e valores tão diferentes, os atos sexuais praticados contra as pessoas consideradas *vulneráveis* (incapazes de discernir e/ou consentir) são tratados das maneiras mais diversas possíveis, como não poderia deixar de ser. Cada país com a sua particularidade e de acordo com os valores que emanam da sociedade, tutelam esses delitos utilizando-se de faixas etárias distintas e de formas diferentes de proteção. Abaixo fizemos um apanhado de legislações estrangeiras para que tivéssemos parâmetros de comparação com a legislação pátria.

A Argentina, país vizinho ao nosso, no artigo 119 do seu Código Penal ²², define abuso sexual como a prática de relação sexual com menor de treze anos e,

²¹ Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis n^{os} 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis n^{os} 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n^o 5.452, de 1^o de maio de 1943.

²² TITULO III

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

Capítulo II

ARTICULO 119. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

ainda, preconiza que ficará submetido às mesmas penas aquele que praticar ato sexual com menor de dezesseis anos se aproveitando de sua imaturidade sexual.

O Código Penal Português, no seu artigo 172²³, fixa a idade de quatorze anos para definir aqueles que não detêm capacidade de discernimento, logo é possível concluir que o legislador português também optou por adotar como critério absoluto a idade de quatorze anos com o intuito de proteger os menores do ingresso precoce na vida sexual.

O Código Penal Espanhol fixa o mesmo limite etário da Argentina. No seu artigo 181²⁴, indica que é abuso sexual a prática de ato sexual com menor de treze anos.

Na legislação Alemã temos o mesmo tratamento do Brasil. O Código Penal Alemão, no seu artigo 176²⁵, considera abuso sexual a prática de ato com menor de quatorze anos.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

²³ Artigo 172º:

Abuso sexual de crianças

1 - Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

2 - Se o agente tiver cópula, coito anal ou coito oral com menor de 14 anos é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

3 - Quem:

a) Praticar acto de carácter exibicionista perante menor de 14 anos; ou

b) Actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa obscena ou de escrito, espectáculo ou objecto pornográficos;

c) Utilizar menor de 14 anos em fotografia, filme ou gravação pornográficos; ou d) Exibir ou ceder a qualquer título ou por qualquer meio os materiais previstos na alínea anterior; é punido com pena de prisão até 3 anos.

4 - Quem praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

²⁴ CAPÍTULO II De los abusos sexuales

Artículo 181

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

²⁵ § 176 Sexueller Mißbrauch von Kindern

(1) Wer sexuelle Handlungen an einer Person unter vierzehn Jahren (Kind) vornimmt oder an sich von dem Kind vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.

Posição bastante interessante é a do Código Penal Uruguaio. No seu artigo 272²⁶, aponta como crime a prática de conjunção carnal com menor de quinze anos, ressalvando, no entanto, que será admitida prova em contrário se a vítima possuir doze anos completos. Há a fixação do limite etário, que é flexibilizado para se apurar o grau de discernimento da vítima, caso ela tenha mais de 12 anos de idade.

O Código Penal Italiano, no seu artigo 519²⁷, tutela a prática da relação sexual do vulnerável, da seguinte forma: é considerada vítima deste delito quem não atingiu a idade de quatorze anos; quem não atingiu a idade de dezesseis anos, quando o culpado é o seu ascendente ou tutor, ou é outra pessoa para quem a criança é confiada pelo seu cuidado, educação, vigilância ou custódia; é doente mental, ou é incapaz de resistir a eles em razão da sua condição.

Interessante anotar que João Batista Costa Saraiva²⁸, em artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, apresenta o precedente da Suprema Corte do Estado da Geórgia, nos Estados Unidos da América, aplicando a chamada “Romeo and Juliet Law”:

Não se ignora que os Estados Unidos da América do Norte introduziram o mundo, antes da revolução francesa, na moderna república, e a eles devemos quase todos os conceitos de liberdades individuais que mundo a fora estão expressas nas constituições. Pois os norte-americanos, não signatários da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, sempre lembrados pela carga “puritana” que permeia a ação de sua sociedade e sistema de justiça, em especial juvenil, trouxeram uma contribuição importante sobre o tema, que em nosso País pode ter

²⁶ Artículo 272. (Violación)

Comete violación el que comete a una persona del mismo o de distinto sexo, con violencias y amenazas a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse.

La violencia se presume cuando la conjunción carnal se efectúa :

1. Con persona del mismo o diferente sexo, menor de quince años. No obstante, se admitirá prueba en contrario cuando la víctima tuviere doce años cumplidos ;

²⁷ Art. 519 - Della violenza carnale - Chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale è punito con la reclusione da tre a dieci anni. Alla stessa pena soggiace chi si congiunge carnalmente con persona la quale al momento del fatto: 1) non ha compiuto gli anni quattordici; 2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole ne è l'ascendente o il tutore, ovvero è un'altra persona a cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, d'istruzione, di vigilanza o di custodia; 3) è malata di mente, ovvero non è in grado di resistergli a cagione delle proprie condizioni d'inferiorità psichica o fisica, anche se questa è indipendente dal fatto del colpevole.

²⁸ 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 art. 217 do CP. *Boletim IBCCrim*. N. 205, dez., p. 12 – 13, 2009. No facebook: <https://pt-br.facebook.com/jcostasraiva/posts/580913488596604>.

operacionalidade, em especial diante da nova redação do art. 217 do Código Penal., que criminaliza o sexo com pessoa de menos de 14 anos. Nos Estados Unidos, em muitos estados daquele País, o sexo consensual entre menores de 18 anos se faz crime, especialmente se homossexual. A Lei brasileira, após o advento da Lei 12.015/2009, criminaliza toda relação sexual com menor de 14 anos. Não há falar em violência presumida. Há o fato, há o crime; seja consensual, seja por violência ou ameaça. Pois os americanos, que punem o sexo consensual entre adolescentes, conceberam a chamada “Romeo and Juliet Law”. Poderíamos traduzir, com vista à utilização de seus conceitos por aqui, como “Exceção de Romeu e Julieta”, inspirada nos célebres amantes juvenis imortalizados pelo gênio de William Shakespeare. Consiste em não reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre os protagonistas seja igual ou menor de cinco anos, considerando que ambos estariam no mesmo momento de descobertas da sexualidade. E conseqüentemente, em uma relação consentida, não haveria crime. Na aplicação da chamada “Romeo and Juliet Law” a Suprema Corte do Estado da Geórgia (cuja Legislação criminalizava a conduta sexual consensual entre adolescentes) liberou da prisão Garnalow Wilson, de dezessete anos de idade, que estava preso pela prática de sexo oral com uma menina de 15 anos. A legislação do Estado criminalizava a conduta de práticas sexuais entre adolescentes, mas a Suprema Corte determinou que Wilson fosse liberado porque a nova regra desconfigurou a criminalização do sexo consensual entre adolescentes.

2.4 Críticas ao critério biológico

Conforme já analisado, o legislador optou pela adoção do critério biológico, no *caput* do artigo 217-A, ao definir como vulnerável o menor de 14 anos. Entretanto o conceito específico não sacramenta o entendimento sobre a vulnerabilidade da vítima, pois diversos doutrinadores alegam que tratar de forma absoluta a vulnerabilidade do menor de 14 anos não é o caminho mais correto, pois ao segregar a importância da análise social, cultural e de valores, não se desvenda a verdadeira responsabilidade jurídico-penal do autor.

Antes de entrarmos na discussão da opção legislativa pelo critério biológico, tentaremos entender a fixação da idade de 14 anos pelo legislador, como limite para a tipificação do delito.

Como vimos acima, as legislações de diversos países fixam limites que vão desde os 12 anos até os 16 anos de idade para a configuração do delito de estupro de vulnerável (ou o equivalente a este delito no direito estrangeiro). A fixação do marco etário não é escolhida sem nenhum tipo de fundamento. Os legisladores buscam, ao mesmo tempo, atender os anseios e valores daquela

sociedade, do momento social vivido, e também procuram tutelar seus vulneráveis da maneira que entendem mais correta, uns com mais liberdade, outros com mais rigor.

No Brasil, o Código Penal de 1890 previa a presunção de violência nos atos sexuais praticados contra os menores de 16 anos. Esse limite etário não causa estranheza, pois que naquela época os jovens viviam em uma realidade mais recatada, mais conservadora. O Código Penal de 1940, atendendo as mudanças sociais fixou a idade de 14 anos a partir da qual se presume a violência dos delitos sexuais.

Houve considerável redução para se adaptar às transformações e evoluções ocorridas nestes cinquenta anos. Igualmente, em 1990 o legislador, seguindo a evolução da humanidade, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) inseriu no sistema jurídico brasileiro, novas regras no que tange a capacidade de entendimento e autodeterminação do menor, ao estabelecer a distinção entre criança e adolescentes.

Então se indaga, após 75 anos, a contar do Código Penal de 1940, será que o adolescente, é dizer, o maior de 12 anos, não teve o amadurecimento sexual alterado? Não houve uma evolução na capacidade de consentir? Será que tudo no mundo evoluiu, menos a capacidade de autodeterminação, de discernimento e compreensão do adolescente de 12 anos a 14 anos de idade, no que se refere à sexualidade? Tem algum sentido dizer que um adolescente entre 12 e 14 anos tem capacidade de compreender e decidir se quer ou não praticar um ato ilícito, mas que não possui essa mesma capacidade no que concerne aos atos sexuais?

Uma parte dos profissionais da saúde e cientistas acredita que o adolescente atinge a maturidade sexual e possui capacidade para decidir sobre sua vida sexual na faixa etária acima dos 14 anos de idade, já que é esta a idade da puberdade, onde ocorrem as maiores transformações psicológicas na área sexual.

A puberdade é o conjunto de transformações biológicas e fisiológicas ligadas à maturidade sexual. Para os meninos a puberdade começa com a primeira

ejaculação, que ocorre em média aos 13 anos de idade. Já para as meninas o marco é a menstruação, que se inicia entre 12 e 13 anos de idade. É a partir de então que ocorrerão mudanças no corpo do adolescente e ele começará a entender e compreender sua sexualidade. Ressalte-se que cada indivíduo, de acordo com seu contexto cultural e sexual, alcançará antes ou depois desta idade a sua maturidade sexual.

A adoção do critério biológico pode causar muitas injustiças na seara penal. Vejamos a situação de uma vítima que tem treze anos e onze meses de idade. Se ela mantiver relação sexual consentida com um indivíduo penalmente imputável, ou seja, com mais de 18 anos completos, terá ele praticado o delito de estupro de vulnerável (crime hediondo). No entanto, se neste mesmo caso a vítima possuir quatorze anos, recém completados, este indivíduo não terá praticado crime algum.

Então nos questionamos, será que há diferença na compreensão sexual desta vítima? Um mês, como neste caso, ou até a questão de dias, pode mudar o grau de discernimento desta pessoa? Por óbvio que não. Esse limite temporal ínfimo não altera a capacidade de compreensão dos atos sexuais. Ou a vítima já possuía essa compreensão ou então ainda não a terá após ter completado quatorze anos. É esta a principal crítica com relação à adoção do critério biológico.

O alcance da liberdade e da maturidade sexuais é gradativo. É um processo dinâmico insuscetível de determinação exata pelo legislador, utilizando-se de um marco etário. Ademais, cada pessoa, de acordo com seus valores familiares, cultura, meio social, educação etc, alcança a maturidade sexual e a compreensão dos atos sexuais em idades diferentes.

Na lição de Renato de Mello Jorge Silveira, citado por Guilherme de Souza Nucci: "Primeiramente, a escolha aleatória de uma idade como marco fronteiro entre a possibilidade de consenso e a presunção de violência é algo por demais arbitrário, nunca podendo ser tido de forma absoluta"²⁹.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, "Crimes Contra a Dignidade Sexual", Editora Forense LTDA, ano 2014, 5ª Edição, página 115.

Mas se o critério biológico não satisfaz e causa injustiças, qual seria o melhor critério a ser adotado? Poderíamos pensar na possibilidade do juiz estipular em cada caso se aquela vítima possui capacidade de compreensão do ato sexual ou não. Mas a adoção deste critério, puramente subjetivo e casual, causa insegurança jurídica e pode gerar decisões contraditórias para casos semelhantes. Portanto, também não é um bom critério a ser adotado.

É com base na adoção do critério biológico pelo legislador, que a maioria dos doutrinadores e julgadores entendem que a vulnerabilidade prevista no artigo 217-A deve ser considerada absoluta, alegando que o critério biológico não abre espaço para discussão e interpretações.

Em sentido contrário à adoção de critérios absolutos, indispensável a menção de Guilherme Souza Nucci³⁰,

Caso se aplique ao art. 217-A uma interpretação meramente literal, poder-se-á chegar à absurda hipótese de se considerar como autor do crime de estupro um indivíduo de 18 anos que queira, por meio de casamento, constituir família com a menor de 14 anos que engravidou, ainda que haja o livre consentimento desta. Não se pode esquecer que o Código Civil, no art. 1.520, permite expressamente o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, em caso de gravidez. Nessa linha, em cumprimento aos princípios norteadores do direito penal, não basta a comprovação da idade para a tipificação do crime de estupro de vulnerável, uma vez que o critério etário não é absoluto. A melhor solução reside na aferição casuística do grau de maturidade sexual e desenvolvimento mental do suposto ofendido, para definir se é ou não vulnerável, aplicando-se a lei de maneira mais justa ao caso concreto. Em última análise, consoante a relativização da vulnerabilidade, expressamente conferida aos deficientes mentais enfermos - conforme discorreremos a seguir - entendemos que, por interpretação extensiva, deve-se garantir igual tratamento aos menores de 14 anos, reputando-se como vulneráveis apenas aqueles que efetivamente não possuem o necessário discernimento para a prática sexual.

A adoção deste critério de maneira absoluta, sem permitir flexibilizações para que se possa adequar o caso à realidade social e buscar fazer justiça, leva-nos a situações por vezes esdrúxulas. Imaginemos um casal, os dois com treze anos de idade que resolvem, consensualmente, praticar atos sexuais. Ambos, em tese,

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei 12.015 de 7 de Agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

cometem ato infracional, pois são adolescentes que estão incorrendo no delito de estupro de vulnerável e, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, possuem capacidade para serem responsabilizados por isso.

Luiz Flávio Gomes se manifestou contrário a esta situação, expondo que é um absurdo punirmos dois adolescentes, de mesma idade, pela prática de um ato sexual consentido, ou seja, estamos dizendo que ambos não possuem capacidade para consentir para a prática do ato sexual, mas ao mesmo tempo possuem capacidade para serem responsabilizados por praticarem tal conduta com a outra pessoa. Em suas palavras: " Como entender a situação de dois adolescentes com a mesma idade (ambos menores de 14 anos), sendo que um deles é punido por ter consciência daquilo que faz em decorrência da presunção de que o outro não sabe o que faz?"³¹

Em que pese à bem lembrada indagação do nobre jurista, ofertada antes da alteração legislativa, surge agora à seguinte curiosidade: se essa mesma relação, entre menores de 14 anos for homossexual e tendo ambos realizados atos libidinosos? Os adolescente serão punidos igualmente pela prática de ato infracional correspondente ao delito previsto no artigo 217-A.

Interessante transcrever os comentários realizados por Luís Flavio Gomes no artigo "Relacionamento Sexual com menor de 13 anos – Absolvição"³²:

Nenhuma lei incriminadora no campo penal (ou seja: nenhum tipo penal) pode ser interpretado como se fosse um leito de Procasto (que cedia sua cama ao visitante, com a condição seguinte: se o visitante fosse menor que a cama, suas pernas seriam espichadas; se fosse maior, suas pernas seriam cortadas; ou seja: o visitante tinha que se encaixar exatamente no tamanho da cama). Ninguém pode manter relação sexual com quem tem menos de 14 anos, sim, e se o sujeito mora com essa pessoa, constituiu família com ela, tem filho com ela, vive sua vida para ela? Quando eu era juiz, em São Paulo, absolvi um caso assim. O réu namorava a mãe, mas acabou tendo relação amorosa com a enteada, que ficou grávida. Ele se mudou para S. J. dos Campos, arrumou emprego na Embraer, constituiu família, o filho nasceu etc. etc. Não tive coragem de condenar! Se a lei fosse para ser aplicada automaticamente, sem análise concreta do caso, melhor seria deixar tudo por conta do computador!

³¹ GOMES, Luiz Flávio. Presunção de violência nos crimes sexuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

³² <http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/direito-criminal/artigo-prof-luiz-flavio-gomes-relacionamento-sexual-com-menor-de-13-anos-absolvicao>, em 06.03.20015.

O único ponto uníssono, até o momento na doutrina e na jurisprudência, é que qualquer ato sexual praticado contra uma criança, menor 12 anos de idade, sempre configurará crime sexual. Induvidoso a *innocentia consilii* das crianças.

Innocentia Consilii é o estado de total ignorância por parte do agente passivo em relação aos fatos sexuais, logo é completamente insciente para consentir validamente sobre assuntos sexuais.

Atualmente o adolescente dificilmente estará alheio aos assuntos sexuais, fato que afasta, com raras exceções, a alegação de *innocentia consilii* nos casos em que jovens que realizam condutas de cunho sexual.

A Promotora de Justiça, Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho, sabiamente escreveu em sua obra, no ano de 2004, ainda sob a égide da lei antiga, sobre a revolução sexual que passamos nestes últimos anos e para a qual o legislador não pode fechar os olhos:

É inegável a ocorrência de uma revolução sexual, nos últimos anos, que determinou profundas modificações nos padrões sexuais comportamentais dos adolescentes e que influenciou decisivamente para o alcance de uma maturidade sexual precoce por parte desses, de modo que a negação da capacidade de autodeterminação sexual estabelecida na alínea "a", do art. 224, CP, de forma irrestrita, a toda pessoa menor de 14 anos de idade, se mostra afastada do momento histórico-cultural experimentado, merecendo séria reflexão. A subtração ao adolescente que tenha consciência ética do ato sexual do direito de exercer sua sexualidade, por não ter ainda alcançado a idade fixada por lei para tanto, por imposição de concepções morais dominantes na sociedade, é meio de cerceamento do direito constitucional de liberdade³³.

Imprescindível asseverar que o direito não é estático. Não podemos desprezar a doutrina do saudoso mestre Miguel Reale³⁴ ao definir em sua obra *Lições Preliminares de Direito*, como elementos da Teoria Tridimensional do Direito o fato, o valor e norma.

Assim, na visão tridimensional, as normas acompanham os fatos, que por sua vez interagem também com os valores vigentes. Constata-se que ao se analisar

³³ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira, "Violência Sexual Presumida", Editora Juruá, 1ª Edição, 4ª reimpressão, ano 2004, página 17.

³⁴ Reale, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª edição. 22ª tiragem. 2001. Pag. 61

o valor da norma esculpida no art. 217-A do Código Penal em conjunto com os fatos pode-se concluir pela verdadeira interpretação da expressão menor de 14 anos.

É notório que tratar o vulnerável com tamanha rigidez de interpretação das leis nos levará a praticar injustiças e tolher a liberdade sexual dos jovens, constitucionalmente protegida.

3. A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NA LEGISLAÇÃO ANTERIOR

3.1. O antigo artigo 224 do Código Penal de 1940

Antes da alteração produzida pela Lei 12.015/09, o Código Penal dispunha no artigo 224 que a violência era *presumida* no caso de a vítima ser menor de quatorze anos; alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; ou não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Conjugava-se ao tipo penal de estupro e atentado violento ao pudor, previstos, respectivamente, nos artigos 213 e 214, do Código Penal, o artigo 224, que tratava da violência presumida.

Existiam severas críticas que pesavam sobre o artigo, algumas alegando que se tratava de um dispositivo inconstitucional, pois nada pode ser presumido em matéria de direito penal, sob pena de se criar tipo penal de responsabilidade objetiva, o que não é admitido, pois não há crime sem culpa. Portanto, aqueles que entendiam que o artigo 224 era inconstitucional, alegavam que não se pode *presumir* a violência, ou ela é demonstrada no caso concreto ou não há crime. Apesar destes argumentos contrários, a maioria da doutrina e da jurisprudência entendia que o artigo era constitucional e o aplicava sem restrições.

Assim, *presumir a violência* significava que o consentimento da vítima para a prática do ato sexual tornava-se irrelevante. Logo, desnecessária a demonstração do emprego de violência física ou de coação moral para o ato sexual, pois se entendia que a vítima não possuía a capacidade de entender a licitude do ato sexual, ou seja, seria incapaz de consentir de forma válida.

Neste sentido, vejamos o conceito de presunção de violência nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, antes da alteração legislativa³⁵:

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza, "Código Penal Comentado", Editora RT, 9ª edição, São Paulo, ano 2009, páginas 223 e 224.

Presunção de violência: em determinadas situações específicas, prevê a lei penal uma presunção de violência, pertinente às pessoas que não possuem capacidade de discernir entre a conveniência ou não de adotar determinada postura em matéria de sexualidade. Por isso, não se leva em conta a *eventual* concordância delas com o ato sexual mantido com terceiro.

Mas, então, qual era a natureza desta presunção? Tratava-se de presunção absoluta ou relativa? Ou seja, havia possibilidade de se elidir esta presunção ou era ela de caráter absoluto?

3.2. Discussão acerca da presunção absoluta ou relativa da violência

Sempre existiram discussões sobre a violência ficta ou presumida, mormente no que tocava aos menores de quatorze anos. A doutrina majoritária conferia caráter relativo - presunção *iuris tantum*³⁶. De outro lado se posicionava a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça conferindo caráter absoluto ao ditame legal, presunção *iuris et iure*³⁷.

As presunções absolutas, denominadas *iuris et de jure*, são aquelas que não admitem prova em contrário, logo impede o juiz de qualquer possibilidade de valoração da prova. Já a presunção relativa, denominada *iuris tantum*, admite prova em contrário, exercendo o julgador o livre-arbítrio para a formação do convencimento na busca da verdade real.

Oportuno acrescentar que quatro teorias se formaram à época, a saber:

a) teoria absoluta: que não admitia prova em contrário, bastava ser menor de 14 anos (presunção *iuris et iure*); b) teoria relativa: admitia prova em contrário

³⁶ Jesus, Damásio E. de. *Direito Penal: Parte Especial*. 3.v. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 141; Mirabete, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. 2. v. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 455; Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 801; Prado, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 721.

³⁷ HC 93.263/RS, Rel. Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, STF, Julgado em 19/02/2008; HC 94.818/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, STF, Julgado em 24/06/2008; HC 81.268/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, STF, Julgado em 16/10/2001; RHC 79.788/MG, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, STF, Julgado em 02/05/2000; HC 76.246/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, STF, Julgado em 13/02/1998; HC 77.018/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, STJ, Julgado em 17/04/2008; HC 86.808/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, STJ, Julgado em 11/09/2208; RESP 3 912.032/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, STJ, Julgado em 27/03/2008; HC 61.143/RO, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, STJ, Julgado em 28/11/2007.

(presunção *iuris tantum*); c) teoria mista: presunção absoluta para a maioria dos casos, especialmente para os menores de 12 anos e relativa para as situações excepcionais, voltadas para os adolescentes compreendidos entre 12 e 14 anos; d) teoria constitucionalista, que asseverava que o Direito Penal moderno é o Direito Penal da culpa, assim intolerável a responsabilidade objetiva, alegando inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva.

Embora a doutrina majoritária admitisse a presunção de violência relativa, os fundamentos eram distintos, *v.g.*, existiam posições sustentando o caráter relativo da presunção em razão da experiência sexual do menor de quatorze anos, outras fundamentavam a natureza relativa em razão da capacidade de discernimento, entre outros.

Júlio Fabbrini Mirabete lecionou em seu livro *Manual de Direito Penal* que, se a vítima menor de quatorze anos de idade tivesse comprovada experiência sexual, já tivesse mantido relações sexuais com outros indivíduos, fosse "despudorada", "sem moral", "corrompida", de "péssimo comportamento", não existiria crime. O fato seria atípico. Portanto, defendia que a presunção de violência era relativa³⁸.

Magalhães Noronha dissertou longamente em sua obra, e de maneira brilhante, acerca da natureza da presunção de violência. Segundo ele, pelo simples enunciado do artigo 224 do Código Penal, não é possível concluir nada a respeito do caráter da presunção de violência. No entanto, demonstrou com diversos argumentos o porquê entendia que a natureza da presunção de violência deveria ser considerada relativa.

O primeiro argumento estava na própria estrutura do artigo 224. Para ele, as alíneas *b* e *c* tinham natureza de presunção relativa de violência, pois havia necessidade de prova técnica de que aquela vítima não tinha consciência do ato sexual em si. Para exemplificar a situação, citou o caso de um ato libidinoso

³⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*, 2^o vol., 23^a edição, São Paulo: Atlas, 2005. p. 455.

praticado contra uma pessoa alcoolizada. No seu entendimento, a exclusiva alegação da embriaguez não é suficiente para que se presuma a violência. Deve existir prova de que essa embriaguez tenha lhe retirado a percepção do mundo exterior. Assim, se nas alíneas *b* e *c* o legislador optou pela presunção relativa, não seria de boa técnica legislativa ser a alínea *a* presunção absoluta, sem ao menos dizê-lo expressamente (NORONHA, 2000).

Afirmou que, se considerássemos que a presunção era de caráter absoluto, estaríamos incorrendo em responsabilidade objetiva e a responsabilidade objetiva, sem culpa, foi repudiada pela Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, não podendo existir no ordenamento jurídico.

Outro argumento utilizado pelo doutrinador estava no projeto de Alcântara Machado do novo Código Penal, que previa expressamente a presunção absoluta de violência para esse caso. Mas este projeto foi modificado e o texto final aprovado retirou a expressão "não se admitindo prova em contrário", levando a crer que a presunção absoluta foi repudiada pelo legislador, motivo pelo qual foi retirada do texto, admitindo-se, então, a presunção relativa³⁹.

Por fim, o último argumento de Magalhães Noronha para fundamentar a natureza relativa da presunção de violência, estava na Exposição de Motivos do Código Penal. Segundo ele, a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 fala na *innocentia consilii* da vítima, ou seja, na sua incapacidade de compreensão. Assim, se a vítima possui esta capacidade, tais como as meretrizes, não há que se falar em presunção de violência. Tratar a presunção de violência de maneira absoluta seria como fechar os olhos para a realidade social⁴⁰.

Já Guilherme de Souza Nucci defendia que, em regra, a presunção não comportava prova em contrário, alegando que se a norma fosse sempre flexibilizada esvaziáramos o seu conteúdo protetor e deixaríamos a cargo da vítima provar a sua inocência e incapacidade, o que seria um contrassenso. No entanto, Nucci ponderou

³⁹ NORONHA, E. Magalhães, Direito Penal, vol. 3, 25ª edição, revista e atualizada por Adalberto Q. T. de Camargo Aranha, editora Saraiva, São Paulo, ano 2000, página 190.

⁴⁰ NORONHA, E. Magalhães, Direito Penal, vol. 3, 25ª edição, revista e atualizada por Adalberto Q. T. de Camargo Aranha, editora Saraiva, São Paulo, ano 2000, página 190 e 191.

que a lei não pode ficar alheia à realidade social e que deveria ser flexibilizada em casos excepcionais. Explicou que em determinados casos deveria ser facultado ao réu provar que a vítima tinha pleno conhecimento do ato sexual e consciência do que fazia⁴¹.

Nucci exemplificou seu entendimento com o caso da vítima prostituída, que validamente dá seu consentimento para o ato sexual e não pode ser considerada *incapaz*. Argumentou que não seria plausível condenar o autor, punindo-o por estupro, por ter relação sexual com esta vítima prostituída.

Deste modo, Nucci adotava uma posição mista com relação à natureza da presunção de violência. Entendia que a presunção de violência deveria ser absoluta para as vítimas menores de doze anos de idade, ou seja, para as crianças, assim definidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Mas para as vítimas adolescentes, aquelas compreendidas entre doze e quatorze anos, entendia que a natureza deveria ser relativa, pois nestes casos acreditava ser possível discutir sobre a sua condição e a sua real maturidade ou imaturidade para o ato sexual⁴².

Igualmente, no sentido de que a presunção de violência era de caráter relativo e tratando da hipótese de erro do agente quanto à idade da vítima, Damásio Evangelista de Jesus explica que ⁴³:

A presunção é relativa, cedendo na hipótese de o agente incidir em erro quanto a idade desta, erro este plenamente justificado pelas circunstâncias. Ex. meretriz de porta aberta, certidão falsa de nascimento apresentada pelo vítima, aparência de mais idade pelo aspecto físico etc.

Em decisão célebre, o Ministro Marco Aurélio do STF, no julgamento do *habeas corpus* n.º 73.662/1996⁴⁴, instituiu a chamada relativização da presunção de

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, página 897.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, página 900.

⁴³ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, v.3, p. 141.

⁴⁴COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes

violência: "confessado ou demonstrado o consentimento da mulher e comprovado nos autos que sua aparência física e mental, fazia crer idade superior aos 14 anos, então não se configura o tipo penal de estupro". Constava do voto, ainda, que "atualmente não existem crianças, mas moças de 12 anos". Primordial registrar que acompanharam o voto do relator os Ministros Francisco Rezek e Mauricio Correa; contrários os Ministros Carlos Velloso e Néri da Silveira.

Alguns julgados dos Tribunais Superiores também se posicionaram no sentido de ser a presunção de violência de natureza relativa, possibilitando prova em contrário. Neste sentido, acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA FIRMADA EM 1 ANO E 5 MESES MAIS O AUMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PASSADOS MAIS DE QUATRO ANOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRESCRIÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PÚDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO CONCRETA A AFASTAR A HIPÓTESE DELITIVA. RELACIONAMENTO QUE DUROU POR MAIS DE DOIS ANOS. PROVA SEDIMENTADA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. RELACIONAMENTO AMOROSO. É de rigor, conforme previsão do art. 61 do CPP, o reconhecimento da prescrição, a qualquer tempo do processo, quando se observa que o prazo prescricional, contextualizado em quatro anos, já restou alcançado desde o ano de 2008. Em recentes decisões da Sexta Turma (HC 88.664/GO e RESP 403.615/MG), restou afirmado que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, "a", do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de relação afetivo-sexual. No caso dos autos, restou firmado pela prova colhida na instância ordinária que a menor tinha o Recorrente como um caso amoroso, cujo desenvolvimento fazia questão de deixar claro a amigas próximas que a indagavam sobre o fato. Inexistindo, portanto, a prova de que os fatos derivaram de violência por parte do réu, mas se desenrolaram ao longo do tempo para uma relação amorosa, inclusive permeada depois por reiteradas relações sexuais, é de se afastar a violência presumida e permitir a absolvição do acusado. Recurso especial conhecido em parte e provido para absolver o réu do crime de atentado violento ao pudor, declarando-se a prescrição superveniente quanto ao crime de corrupção de menores (REsp 804999/SC nº 2005/0209761-1, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Órgão Julgador, 6ª Turma, data do julgamento 10/11/2009, DJe 01/02/2010) (grifo nosso).

contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea a, do Código Penal. (STF - HC: 73662 MG, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 21/05/1996, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310 RTJ VOL-00163-03 PP-01028).

Em decisão datada de outubro de 2013, mas ainda versando sobre crime ocorrido na vigência da legislação anterior, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão da 16ª Câmara de Direito Criminal, decidiu pela presunção relativa de violência:

EMENTA: Estupros. Crimes praticados antes da vigência da Lei nº 12.015/09, que reformou o Título VI da Parte Especial do Código Penal. Violência presumida na Lei pela idade da ofendida. Menor de catorze anos. Absolvição em primeiro grau que desperta o inconformismo do Ministério Público. Inadmissibilidade da condenação. Vítima que demonstrou condições para anuir ao ato sexual, procurando pelo réu e pedindo-o em namoro. Relacionamento entre ambos que culminou, segundo os autos, em uma união sob o mesmo teto, vivendo a menor e o apelado juntos em uma casa mantida por este último, dizendo-se felizes com a relação. Necessária ponderação de valores pelo Poder Judiciário. Prevalência dos interesses atuais sobre a tutela da dignidade sexual presumidamente violada. Proteção constitucional à família, que seria atingida, com reflexos na própria vítima e sua dignidade, em caso de condenação. Apelo improvido. Concessão de habeas corpus de ofício para alterar o fundamento da absolvição para o previsto no art. 386, inciso III do Código de Processo Penal (Ap. 0011681-79.2009.8.26.0477, 16ª CDC, rel., Otávio de Almeida Toledo, 22/10/2013).

Apesar destas decisões, existia uma boa parte da doutrina e a jurisprudência majoritária, inclusive dos Tribunais Superiores, que afirmava que a presunção de violência era absoluta. Defendiam que em nenhuma hipótese seria admitida prova em contrário.

O Procurador de Justiça e doutrinador Rogério Greco sempre foi um defensor de que a presunção de violência, em nenhuma hipótese, deveria comportar prova em contrário. Segundo o autor, o caráter da presunção de violência começou a ser questionado nos Tribunais na década de 80. Alguns julgados flexibilizaram a redação do artigo 224, "a", do Código Penal e começaram a tratar a presunção de violência como relativa, aplicando a norma de acordo com o caso concreto.

Argumentava-se que a sociedade do final do século XX e início do XXI já não era mais a mesma e não exigia a mesma proteção aos menores de quatorze anos da mesma forma que se necessitava antigamente, quando da edição do Código Penal de 1940. A partir daí, doutrina e jurisprudência passaram a discutir acerca do caráter da presunção.

No entanto, para Rogério Greco a presunção de violência sempre foi de natureza absoluta, sob o argumento de que não há dado mais objetivo que a idade firmada pelo legislador, sendo, inclusive, elemento integrante do tipo penal. Alegava que mesmo um adolescente com menos de quatorze anos de idade, por mais que tivesse uma vida sexual ativa, não seria suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais, pois sua personalidade ainda está em formação. Nas suas palavras⁴⁵:

Sempre defendemos a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois que não existe dado mais objetivo do que a idade, apontada como elemento integrante do tipo. Assim, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas (...). Dados e situações não exigidos pela lei penal eram considerados no caso concreto, a fim de se reconhecer ou mesmo afastar a presunção de violência, a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social etc. O que se esquecia, infelizmente, era que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente, deixavam aflorar sua libido com crianças ou adolescentes ainda em fase de desenvolvimento.

Apesar da dura crítica tecida por Rogério Greco ao mencionar as decisões dos Tribunais, os Tribunais Superiores se inclinaram de modo a tratar a presunção de violência de maneira absoluta. Neste sentido, uma das decisões do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. CONSENTIMENTO E EXPERIÊNCIA ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM DENEGADA. Para a configuração do estupro ou do atentado violento ao pudor com violência presumida (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal na redação anterior à Lei 12.015/2009), é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a presunção de inocência a que se refere a redação anterior da alínea a do art. 224 do Código Penal é de caráter absoluto. (HC 99993, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Dje de 10/12/2009) (grifo nosso).

No ano de 2010 a 6ª Turma do STJ decidiu pela presunção relativa de violência, como vimos acima. No entanto, quatro anos depois, mas ainda tratando do mesmo tema, ou seja, o revogado artigo 224 do Código Penal, a própria 6ª Turma se

⁴⁵ <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1031>

manifestou no sentido de ser *absoluta* a presunção de violência, mostrando a tendência dos Tribunais Superiores em adotarem esta postura. Neste sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ARTS. 223 E 224, "A", AMBOS DO CP (ANTIGA REDAÇÃO). OCORRÊNCIA. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do EREsp nº 1.152.864/SC, relatora Ministra LAURITA VAZ (DJe de 01/04/2014), decidiu que a presunção de violência no crime de estupro cometido contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do artigo 224, alínea "a", do Código Penal é de natureza absoluta, de maneira que a aquiescência da ofendida ou mesmo sua experiência com relação ao sexo não tem relevância jurídico-penal. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1475686 / MT, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL nº 2014/0204747-3, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Órgão Julgador Sexta Turma, data do julgamento 18/09/2014, DJe 02/10/2014) (grifo nosso).

Apesar do lapso temporal entre uma decisão e outra, observe-se que a mesma Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou, de maneira totalmente distinta, a natureza da presunção de violência. Na primeira decisão o entendimento foi de que deveria ser analisado cada caso concreto, permitindo-se a relativização. Já na decisão supra, restou claro que a atual postura do STJ é tratar a natureza da presunção de violência do artigo 224 do Código Penal como absoluta, não comportando prova em contrário. Esses dois julgados apenas revelam o quanto se discutiu acerca do caráter da presunção de violência, e ainda se discute.

Em maio de 2012, o Boletim nº 234⁴⁶, do IBCCRIM, em seu editorial, se manifestou acerca de uma decisão da 3ª Seção do STJ, que ganhou repercussão na imprensa. A decisão surgiu justamente da divergência de julgados entre a 5ª e 6ª Turmas, pois a 5ª Turma entendia que a natureza da presunção de violência era de caráter absoluto e a 6ª Turma entendia que se tratava de caráter relativo, podendo ser flexibilizada.

A decisão da 3ª Seção confirmou a sentença de primeiro grau e o acórdão do TJSP, que absolveu um homem pela prática do delito de estupro contra três

⁴⁶ Retirado da URL: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4607-EDITORIAL-Relativizacao-do-estupro-de-vulnervel

adolescentes, menores de quatorze anos, pois se tratavam de vítimas já prostituídas. A imprensa e os órgãos não governamentais criticaram a decisão alegando que ela estaria incentivando a prostituição infantil e estaria responsabilizando as próprias vítimas prostituídas, fechando os olhos para a condição de vulnerabilidade que elas se encontram.

O editorial do IBCCRIM rebateu essas afirmações distorcidas que a decisão causou, argumentando que, na verdade, não se trata de decisão inédita, pois a questão da natureza da presunção de violência nunca foi pacificada pela jurisprudência. Alegou, ainda, que a experiência sexual da vítima afasta o injusto do fato típico, pois sequer há lesão ao bem jurídico tutelado.

A imprensa tem dado, há alguns dias, grande repercussão a uma decisão da 3.^a Seção do STJ, que conclui que a presunção de violência no crime de estupro, tratando-se de vítima menor, tem caráter relativo, podendo ser afastada no caso concreto. No entanto, o tema não é novo, e tampouco é inédita a posição acolhida no julgado, no que diz respeito ao art. 224 do Código Penal revogado em 2009. Como se sabe, a doutrina nunca se pacificou sobre a natureza jurídica desse sistema de equiparação acolhido pelo legislador de 1940 (...). Da mesma forma, a jurisprudência sempre oscilou a respeito, havendo relevantes discordâncias, principalmente nos Tribunais Estaduais. A própria decisão em debate foi fruto da divergência de entendimentos entre 5.^a e 6.^a Turmas do STJ (...). Por óbvio, a compreensão ou experiência sexual que afasta o injusto típico não está atrelada necessariamente ao fato de o menor se prostituir e sim na sua experiência sexual, que pode existir nas mais diversas circunstâncias, sendo ele rico ou pobre (...). Sob todos esses aspectos, a decisão da 3.^a Seção do STJ é digna de elogios. Especialmente por aproximar o direito da realidade, em que o comportamento sexual não segue um comando absoluto, apresentando-se mutável ao longo do tempo e do espaço; bem como por reconhecer as novas dimensões da sexualidade, característica de uma sociedade plural, que cada vez mais acaba por exigir a separação das concepções morais de um grupo da verdadeira danosidade social da conduta.

Importante asseverar, por fim, que, apesar da alteração legislativa produzida pela Lei 12.015/2009, não houve a *aboliti criminis* do crime previsto no artigo 224, do Código Penal, conforme entende o Superior Tribunal de Justiça⁴⁷:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Penal. Atentado violento ao pudor. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DELITO PERPETRADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. CORRELAÇÃO ENTRE DENÚNCIA E SENTENÇA.

⁴⁷ <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5711612/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-706012-go-2005-0149051-3>

EMENDATIO LIBELLI.1. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.2. Ao contrário do que alega o Agravante, não ocorreu a *abolitio criminis* do art. 224 do Código Penal, que tratava da violência presumida. Na verdade, nos termos do art. 7.º da Lei n.º 12.015/2009, o mencionado artigo foi revogado, porque o estupro e o atentado violento ao pudor, praticados mediante violência presumida, configuram, hodiernamente, o crime do art. 217-A do Código Penal, o denominado estupro de vulnerável. 3. Agravo regimental desprovido. (grifo nosso). (STJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, data do julgamento 27/10/09, 5ª Turma).

A legislação foi alterada pela Lei 12.015/2009, mas não deixou de existir o crime de estupro, nem o de atentado violento ao pudor, apenas foram conjugados em um único tipo penal. A tão debatida *presunção de violência* ganhou nova roupagem, sob a denominação de *vulnerável*. No entanto, apesar da nova designação, as discussões acerca do tema persistem.

4. O ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

4.1. Classificação doutrinária

Inicialmente é conveniente relembrar a classificação doutrinária que o delito inculcado tem: crime comum; natureza dolosa; comissivo; material; de dano; instantâneo; de forma vinculada, no que tange à conjunção carnal; de forma livre, no que concerne os atos libidinosos; unissubjetivo; plurissubsistente; admite tentativa, embora de difícil comprovação; e, finalmente, transeunte e não transeunte, visto que poderá deixar vestígios, *v.g.*, coito anal, bem como não deixar vestígios tornando-se delito transeunte.

O objeto jurídico, como já visto no Capítulo 1, é tanto a liberdade quanto a dignidade sexual. A pessoa tem o direito de dispor sobre o próprio corpo e deve ser capaz de consentir para o ato. Para Rogério Greco, podemos incluir, também, o desenvolvimento sexual como bem jurídico tutelado por este tipo penal⁴⁸.

O objeto material do delito é a criança, que ainda não completou os 12 (doze) anos, e o adolescente, menor de 14 (catorze) anos, bem como a vítima acometida de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, não pode oferecer resistência.

A consumação, com relação à primeira parte do tipo penal, ocorrerá com a efetiva conjunção carnal⁴⁹, independentemente de ter sido a penetração total ou parcial e, inclusive, de eventual ejaculação. O ato libidinoso consuma-se com a regular prática, ou seja, coincide com a própria prática do ato.

⁴⁸ GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal - Parte Especial, volume III, Niterói-RJ, Editora Impetus, página 51.

⁴⁹ Segundo Nelson Hungria “ser a cópula *secundum naturam*, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a introdução do pênis na vagina”. Comentários ao código penal, v.VIII, p116, apud Greco, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. 10ª edição P.461. Niterói,RJ: Impetus, 201.

O dolo é o elemento subjetivo. Não há previsão do delito na forma culposa. Deve existir a consciência e a vontade de praticar o ato sexual. Portanto, o autor deve saber que está praticando o ato com uma pessoa menor de quatorze anos de idade ou com as demais vítimas elencadas no tipo penal. Se o agente desconhecia qualquer uma dessas elementares discriminadas no tipo, poderá ser alegado erro de tipo. Afasta-se o dolo e, por consequência, a tipicidade.

Rogério Greco chama a atenção para o fato do delito também poder ser praticado na forma da omissão imprópria, no caso do garantidor, conforme disposto no artigo 13, §2º do Código Penal. É comum nos dias de hoje, infelizmente, encontrarmos mulheres que protegem seus maridos e companheiros, não impedindo o delito e não os denunciando, mesmo sabendo que eles estão praticando o crime, às vezes, contra seus próprios filhos.

O crime de estupro de vulnerável também pode ser simples, na forma do "caput", qualificado pela lesão corporal de natureza grave e qualificado pelo resultado morte. A ação penal é pública incondicionada.

A pena do delito de estupro de vulnerável varia de oito a quinze anos. É muito maior que a pena do delito de estupro, que varia de seis a dez anos de reclusão. Portanto, o legislador considera muito mais grave o fato de um rapaz de 18 anos de idade ter relação consentida com sua namorada de treze anos, a um indivíduo desconhecido que tem conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça com uma adolescente de quinze anos. A pena é totalmente desproporcional e é ainda mais severa que a pena do crime de homicídio simples, que é de seis a doze anos de prisão.

O artigo 226 do Código Penal, comum a todos os crimes constantes do Título VI, com a redação dada pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, prevê duas causas de aumento de pena, dispondo que se o crime é cometido em concurso de duas ou mais pessoas, a pena é aumentada da quarta parte; e, sendo o sujeito ativo ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor, ou empregador do sujeito passivo a pena é aumentada de metade.

O estupro de vulnerável foi inserido no rol dos crimes hediondos com a alteração produzida pela Lei 12.015/2009. Hoje está previsto no artigo 1º, inciso VI, da Lei 8072/90. Antes da inclusão no rol dos delitos hediondos, discutia-se se o delito de estupro e de atentado violento ao pudor c.c. o artigo 224 do Código Penal seriam delitos hediondos.

A discussão existia pois eles não estavam previstos expressamente no rol do artigo 1º da Lei 8072/90. Existia previsão legal apenas dos delitos praticados em sua forma simples e qualificada. A lei não tratava da presunção de violência. No entanto, a maioria da doutrina e da jurisprudência, entendia que se a forma simples era considerada hedionda, com mais razão deveria ser a sua combinação com o artigo 224, que tratava da presunção de inocência e tutelava os incapazes. A discussão já estava praticamente pacificada, mas a Lei 12.015/09 acabou com qualquer dúvida que possa ter restado prevendo o estupro de vulnerável expressamente como delito hediondo.

4.2 Sujeitos Ativo e Passivo

Qualquer pessoa do sexo masculino ou feminino pode ser sujeito ativo do delito. Trata-se de crime comum ou geral. Todavia, para alguns doutrinadores⁵⁰, na modalidade “ter conjunção carnal” o estupro é crime próprio ou especial, visto a necessidade da relação heterossexual, bem como, para outros, o crime é de mão própria⁵¹. Oportuno mencionar que o delito admite coautoria, participação e autoria mediata.

Sujeito ativo é a pessoa que realiza direta ou indiretamente a conduta criminosa, seja de forma isolada ou em concurso de pessoas. O autor e o coautor realizam a conduta de forma direta, exercem o núcleo do tipo, e o partícipe e o autor mediato de forma indireta, pois concorrem de alguma forma para o crime.

⁵⁰ Masson, Cleber. Código Penal Comentado. São Paulo: Método, 2013.

⁵¹ Greco, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. 10ª edição P.538. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

Cumpra anotar que o sujeito ativo pode receber diversas denominações, visto o momento processual, a saber: agente, criminoso, delinqüente, de forma geral; indiciado, no inquérito policial; acusado, com o oferecimento da denúncia ou queixa; réu, após o recebimento da denúncia; sentenciado, com a prolação da sentença; condenado, após o trânsito em julgado; reeducando, durante a execução penal; egresso, após o cumprimento da pena.

Crime comum ou geral é aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa, o tipo penal não exige nenhuma condição especial.

Crime próprio ou especial é aquele que o tipo penal exige uma condição fática ou jurídica diferenciada. Faz-se necessário esclarecer que são divididos em puros e impuros. Puros são os que a ausência da condição imposta pelo tipo penal resulta na atipicidade do fato, *v.g.*, prevaricação, visto que a ausência do elemento funcionário público gera a atipicidade da conduta. Impuros são os que não geram a atipicidade do fato, mas a desclassificação para outro delito como, por exemplo, o crime de peculato ser desclassificado para furto com a ausência do elemento funcionário público.

Já o crime de mão própria exige a atuação pessoal do agente, não pode ser substituído por ninguém na execução material do fato.

A *pessoa vulnerável* é o sujeito passivo do delito, é dizer, os menores de 14 anos, os portadores de enfermidade ou deficiência mental que não têm o necessário discernimento para a prática do ato, bem como aqueles que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência. Assim, sujeito passivo é qualquer pessoa que apresente a qualidade ou condição de vulnerabilidade.

Vale lembrar que a lei estipula como vítima a pessoa menor de quatorze anos. Logo, se a conjunção carnal ou o ato libidinoso ocorrer no dia do décimo quarto aniversário e contar com o consentimento da vítima, o fato será atípico, como observamos quando tratamos das desproporções da adoção puramente do critério biológico.

Não se deve olvidar que a vítima, sujeito passivo, pode ter uma relação hetero ou homossexual (homem com homem ou mulher com mulher).

Ademais, nada impede que uma mulher constranja um rapaz menor de catorze anos a manter conjunção carnal, mormente, pela ausência de violência real.

Sujeito passivo do delito é o titular do bem jurídico protegido pela norma. Igualmente, denominado de vítima ou ofendido. O Estado é o sujeito passivo constante, geral, genérico, formal, mediato ou indireto de todo o crime, enquanto a pessoa que teve o bem diretamente atingido pelo delito é o sujeito passivo variável, particular, material, acidental, eventual ou imediato. O sujeito passivo também pode ser indeterminado como, *v.g.*, a coletividade nos crimes contra a saúde pública.

Propício asseverar que, a partir da Lei n. 12.015/2009, é possível a caracterização, em tese, da figura do *estupro bilateral*. O antagonismo foi criado diante do fato de o legislador impedir que o julgador relativize sua aplicação, punindo a todos que realizem ato libidinoso com menor de quatorze anos indistintamente, independentemente da vontade do menor, da sua experiência sexual, de aparentar ser maior de idade, de se mostrar corrompida, despudorada, de buscar saber se forçou o agente a relação, em suma, desprezando toda a evolução biológica, a maturidade sexual e emocional das particularidades reais do fato concreto.

Diante disso, se dois indivíduos menores de 14 (quatorze) anos relacionarem-se sexualmente, ainda que sem violência, estariam praticando ato infracional correspondente a estupro de vulnerável, um contra o outro. Essa possibilidade é criticada por parte da doutrina, pois afasta por completo à autodeterminação sexual dos jovens, impedindo a regular evolução biológica do seres humanos.

Ademais, impede a liberdade sexual do adolescente, que é o bem jurídico protegido pelo artigo 217-A, limitando o desenvolvimento sexual. O artigo 217-A torna o menor de quatorze anos um mero objeto da vontade do legislador, quando deveria ser sujeito de direitos, decerto a sociedade e os representantes do povo, em

nenhuma hipótese, têm o direito de restringir seus direitos, mormente, a dignidade sexual do infante-juvenil.

Já que estamos tratando do sujeito passivo do delito de estupro de vulnerável, devemos fazer uma reflexão acerca dos problemas que surgem após a prática do ato sexual. Uma criança/adolescente vítima deste delito pode ter sérios problemas em sua vida decorrentes da violência sofrida, principalmente quando tratamos da violência sexual *intrafamiliar*, ato sexual praticado por parente da vítima, em seu seio familiar. Os danos provavelmente serão perenes.

Além dos danos psicológicos que a vítima sofreu com a prática do ato sexual, ela também irá enfrentar as dificuldades do sistema processual penal pátrio, que determina que a criança/adolescente vítima do delito sexual seja chamada para contar sobre a violência sexual sofrida, fazendo-a reviver os fatos ocorridos. A oitiva da vítima integra o acervo probatório.

Parte da doutrina já proclama pela exclusão da *vitimização secundária* ou *revitimização*⁵², que nada mais é que essa violência institucional do sistema processual penal. As vítimas de delitos sexuais, além de terem sofrido a violência própria da prática do delito, seja a violência física ou psicológica, são vítimas mais uma vez, agora do estigma processual penal, dificultando a superação do trauma, provocando uma sensação de frustração, impotência, descrédito e desconfiança do sistema punitivo e da Justiça⁵³.

Foi pensando nesses problemas do sistema processual penal, que surgiu o projeto de Lei nº 4.126/2004, que, a princípio, propôs a inclusão do artigo 161-A no Código de Processo Penal, prevendo regras especiais para a realização de laudo

⁵² Vitimização primária é primeiro dano experimentado pela vítima, que eclode diretamente do evento danoso.

Vitimização secundária é o segundo dano suportado pela vítima, em decorrência da maneira como as outras pessoas respondem ao crime a ela infligido, em especial os órgãos estatais, tais como a polícia e o sistema judiciário. Já a vitimização terciária é o terceiro tipo de dano, imposto pelo meio social em que a vítima habita, *v.g.*, crime de estupro, a sociedade faz comentários, fazendo que vítima se sinta humilhada e até culpada.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto, Reforma Penal Material de 2009 - Crimes sexuais - Sequestro relâmpago - Celulares nas prisões, editora Lumen Juris, Rio de Janeiro-RJ, 2010, páginas 71 e 72.

pericial e psicossocial nos crimes contra a liberdade sexual praticados contra criança ou adolescente.

No entanto, durante o trâmite do projeto de Lei na Câmara dos Deputados, ele sofreu propostas de alterações, sendo que restou aprovado no texto final que tal alteração deveria ser feita no Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁴. O projeto hoje está em andamento no Senado Federal.

A ideia surgiu do modelo alternativo de audiência criado no 2º Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, chamado *depoimento sem dano*. O projeto visa preservar a integridade psicológica da criança e do adolescente e não expô-lo mais uma vez a situações vexatórias como, por exemplo, contar em uma sala de audiência ao juiz como ocorreu o ato sexual de que foi vítima⁵⁵.

O local onde ocorre o encontro com a vítima é uma sala especial, voltada a atender as necessidades do menor. Existe a figura de um interceptador, que é o profissional habilitado a tratar da criança/adolescente e conversar com ele (a) de maneira entender o que ocorreu e sem causar mais traumas. Este profissional geralmente se trata de um psicólogo. A comunicação com a sala de audiências, onde estão presentes juiz, advogado e promotor ocorre através de filmagem interativa, possibilitando que sejam feitas perguntas à vítima.

O delito de estupro de vulnerável é realmente um dos temas mais delicados para se tratar em matéria penal, pois é delito extremamente grave e que deixa sérias sequelas nas vítimas. É possível que esta ideia inovadora ajude as vítimas a não sofrerem mais que o necessário com a sua exposição na seara procedimental-investigatória.

⁵⁴ Informação retirada da URL:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=487682&filename=Tramitacao-PL+4126/2004

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, Reforma Penal Material de 2009 - Crimes sexuais - Sequestro relâmpago - Celulares nas prisões, editora Lumen Juris, Rio de Janeiro-RJ, 2010, página 72.

4.3 A discussão sobre a vulnerabilidade absoluta ou relativa da vítima menor de 14 anos de idade

Como vimos durante o transcorrer deste trabalho, a Lei 12.015/09 introduziu o conceito de *vulnerabilidade* para tratar das pessoas que considera incapazes de consentir, que são frágeis, que podem ser lesionadas. Foi revogado da legislação o termo *presunção de violência*.

Em razão desta alteração, muitos doutrinadores logo se manifestaram alegando que a discussão acerca do tema, se a *presunção de violência* era relativa ou absoluta, estava ultrapassada. Consideraram que o artigo 217-A foi claro em sua redação ao dispor sobre a *vulnerabilidade*, alegando que se trata de um termo absoluto, que não admite relativização, ou seja, não admite interpretações contrárias.

Rogério Greco se manifestou neste sentido ao apresentar sua obra atualizada de acordo com as alterações produzidas pela Lei 12.015/09⁵⁶:

Através desse novo diploma legal (...) foi criado o delito de estupro de vulnerável (art. 217-A), encerrando-se a discussão que havia em nossos Tribunais, principalmente os Superiores, no que dizia respeito à natureza da *presunção de violência*, quando o delito era praticado contra vítima menor de 14 (catorze) anos. (...) Hoje, com louvor, visando acabar, de vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de *estupro de vulnerável*, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos (pelo menos é o que se espera).

Rogério Greco buscou fundamento na Justificação da Lei 12.015/09, que dispõe que o regime da *presunção de violência* foi substituído pelo delito de estupro de vulnerável.

Na Justificação encontramos o rol de vítimas do deste delito e a informação de que eles são considerados vulneráveis "(...) sem entrar no mérito da *violência* e sua *presunção*. Trata-se de objetividade fática"⁵⁷.

⁵⁶ Texto retirado da URL: <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1031>.

Outros doutrinadores entenderam que, apesar da alteração legislativa e, inclusive, da mudança na denominação do termo, de *presunção de violência* para *vulnerável*, a discussão continua, sendo que apenas mudou de nome. Neste sentido, oportuna a lição de Guilherme de Souza Nucci⁵⁸:

O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão sobre o 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 (...). 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.

Mesmo na vigência da legislação anterior, nunca se discutiu sobre a *presunção* ser relativa ou absoluta para os alienados em geral e as pessoas que tenham a capacidade de consentir diminuída. Nestes casos, muitas vezes, dependia-se de prova pericial. Todos sempre concordaram que, para essas pessoas, existia a *presunção de violência* e que o consentimento da vítima não elidia esta *presunção*, pela total ou parcial compreensão do ato sexual.

O problema era justamente a discussão acerca da *presunção de violência* para as pessoas maiores de 12 anos e menores de 14 anos de idade, que tinham relações consentidas e/ou experiência sexual comprovada. A alteração legislativa buscou encerrar este problema criando uma denominação própria: *vulnerável*. Assim, todas as pessoas menores de 14 anos de idade são consideradas *vulneráveis*, independente do que ocorra no caso concreto.

Na verdade, a legislação atual reproduziu o artigo 224, mas sem utilizar a expressão "violência presumida". Entretanto, a realidade continua a mesma. Adolescentes compreendidos entre 12 e 14 anos de idade muitas vezes já atingiram a maturidade sexual e possuem capacidade de compreender e de consentir para o

⁵⁷ "o art. 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".

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. "Crimes contra a dignidade sexual", São Paulo, Editora Forense, ano 2015, páginas 113 e 114.

ato sexual. A mudança da lei não altera a realidade social e continua a causar injustiças.

A bem dizer, é esta a crítica de muitos doutrinadores e de Guilherme de Souza Nucci ao tratar da mudança na lei⁵⁹:

É viável 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 do sexual? (...) 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. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade.

Embora o tipo penal indique, à primeira vista, que a vulnerabilidade é absoluta, entendemos que, de acordo com a análise do caso concreto, é possível flexibilizar e tratar a vulnerabilidade de forma relativa, pois se ficar comprovado que a vítima não é despida de proteção, de discernimento e da capacidade de consentir, não podemos falar em *vulnerável*. Ela deixa de se encaixar neste conceito.

A adoção da presunção absoluta (*iuris et iure*) alicerça-se no fato do legislador, ao revogar o art. 224 do Código Penal, retirou o termo "presunção de violência", teoricamente consolidando o caráter absoluto da vulnerabilidade, logo, para alguns doutrinadores, não se comporta mais prova em sentido contrário. A prática de qualquer ato libidinoso com menor de quatorze anos configurará o crime de estupro de vulnerável, sendo irrelevante a existência de consentimento por parte do ofendido, visto que o menor de quatorze anos não detém capacidade para compreender a licitude da relação sexual. Asseveram que o tipo penal não reclama a violência ou a grave ameaça como meio de execução, bastando a conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento em seus julgamentos⁶⁰, com relação à legislação anterior, de que a presunção de violência é

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. "Crimes contra a dignidade sexual", São Paulo, Editora Forense, ano 2015, páginas 113 e 114.

absoluta, no sentido de que a simples conjunção carnal com menor de quatorze anos é suficiente à configuração do crime de estupro de vulnerável.

Sintetizando, de uma forma geral, o STF enuncia que é irrelevante para a tipificação do delito o consentimento, a compleição física ou a anterior experiência sexual da vítima, conforme já expusemos no capítulo 3.

O STF ainda não se pronunciou acerca da natureza da vulnerabilidade, se absoluta ou relativa, após a edição da Lei 12.015/09. No entanto, em seus julgados mais recentes, ainda tratando da legislação anterior, tem decidido, de maneira reiterada, que a presunção de violência é absoluta, de acordo com os fundamentos supra.

Como vimos acima, Rogério Greco é um dos defensores de que a vulnerabilidade é de caráter absoluto e que a nova legislação encerrou a celeuma acerca da discussão. Para ele, a lei penal era clara, objetiva e absoluta, quando dispôs a idade e 14 anos como marco para a proteção dos menores nos delitos sexuais. Em suas palavras: "por mais que tivessem uma vida desregrada sexualmente, não eram suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais. Suas personalidades ainda estavam em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado"⁶¹.

Em que pese os argumentos de grandes doutrinadores e da consolidação jurisprudencial atual, é nítido que o imbróglio jurídico sobre a vulnerabilidade ser absoluta ou relativa ainda vive no campo jurídico com perspectivas de vida longa.

Os adeptos da teoria relativa relembram sempre, com fundamento em Nelson Hungria, que o legislador teria afastado o caráter absoluto da presunção de

⁶⁰ HC 97052/PR, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Ministro Relator Dias Toffoli, Julgado em 16/08/2011; HC 101456/MG, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Ministro Relator Eros Grau, Julgado em 09/03/2010; HC 99993/SP, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Julgado em 24/11/2009; HC 99897/PR, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Eros Grau, HC 99897/PR, Julgado em: 17/11/2009; RHC 97664 AgR/DF, 2ª T., rel. Teori Zavascki, DJ08.10.2013; HC 105558/PR, 1ª T, rel. Rosa Weber, 22.05.2012; HC 109206/RS, 1ª T, rel. Luiz Fux, 18.10.2011.

⁶¹ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*, p.614.

violência quando suprimiu do projeto de Alcântara Machado a expressão “não se admite prova em contrário” no artigo da presunção de violência.

Merece transcrição parte do item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, que dispõe⁶²:

O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, e a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se presta a lascívia de outrem. Estendendo a presunção de violência aos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*.

De outro lado os defensores da teoria absoluta indicam que a própria justificação do projeto de lei nº 253/2004, que produziu a alteração legislativa, tem no seu substrato a intenção de afastar o debate a respeito da presunção de violência.

Ressalte-se que os princípios constitucionais da presunção de inocência, da razoabilidade, da individualização da pena e da proporcionalidade em sua cristalina exegese corroboram a avaliação de cada caso concreto, evitando-se injustiças na presunção absoluta, que origina a responsabilidade objetiva, porém sem que nasça a banalização da presunção relativa.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar acerca da natureza da vulnerabilidade, julgando-a absoluta:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGATIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não há falar em violação do princípio da colegialidade, uma vez que a decisão monocrática foi proferida com fundamento no caput do artigo 557 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar seguimento ao recurso quando manifestamente improcedente ou em confronto com jurisprudência dominante deste Tribunal Superior. 2. Pacificou-se a jurisprudência deste

⁶² Vade Mecum Saraiva/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti, 19ª. ed. Autal e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2015.

Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual se tornou irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito.
2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1435416 / SC, nº 2014/0036126-3, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Órgão Julgador SEXTA TURMA, data do julgamento 14/10/2014, DJe 03/11/2014) (grifo nosso).

Apesar do posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não se admitir prova em contrário, em quaisquer circunstâncias que poderiam relativizar a vulnerabilidade, acreditamos que é indispensável ao direito a análise acerca da capacidade de compreensão do ato sexual, pois o consentimento válido da vítima retira o caráter ilícito da conduta.

Ademais, prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento que as causas de exclusão de ilicitude não se limitam às hipóteses previstas em leis, assim como sucedâneo do Direito Penal moderno é aceito como causa suprallegal de ilicitude o consentimento do ofendido.

Muitos Tribunais de Justiça têm se posicionado no sentido a flexibilizar a vulnerabilidade, admitindo-se a produção de prova em contrário, aproximando o direito da realidade social. Neste sentido temos inúmeros julgados.

No acórdão nº. 70046185104⁶³, proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, os ilustres Desembargadores, em decisão brilhante, entenderam que não havia *justa causa* para a propositura da ação penal, em razão do consentimento da vítima para o ato sexual e rejeitaram a denúncia:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. Relação de namoro entre vítima e réu. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. Rejeição da denúncia. Ausência de justa causa para a ação penal. A vulnerabilidade da vítima – tal como disposta no art. 217-A do Código Penal – 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

⁶³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 70046185104. j. 08.03.2012. 7ª Turma. Rel. Des. Sylvio Baptista Neto. DJU 03.04.2012. Disponível em: <http://profeanaclaudialucas.blogspot.com.br/p/secao-jurisprudencia.html>. Acesso em: 19março 2015.

de suas particularidades. Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes (Apelação Crime nº. 70046185104. Des. Sylvio Baptista Neto - Presidente) (grifo nosso).

Ainda do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Acórdão nº 70044569705/RS⁶⁴, que flexibilizou a vulnerabilidade, fundamentando, desta vez, no envolvimento amoroso das partes e na experiência sexual da vítima:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. Relação de namoro entre vítima e réu. 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. Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes. Na hipótese dos autos, a prova angariada revela que as relações ocorreram de forma voluntária e consentida, fruto de aliança afetiva. Aponta também que a ofendida apresentava certa experiência em assuntos sexuais. A análise conjunta de tais peculiaridades permite a relativização de sua vulnerabilidade. Como consequência, a conduta descrita na inicial acusatória não se amolda a qualquer previsão típica, impondo-se a absolvição do réu com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal (fundamento diverso ao constante da sentença). (Porto Alegre, 20 de outubro de 2011, DES.^a NAELE OCHOA PIAZZETA) (grifo nosso).

No sentido de relativizar a vulnerabilidade, temos julgados dos Tribunais de Justiça dos Estados de Goiás, Bahia, Rio de Janeiro, Minas Gerais e de São Paulo.

O julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a vulnerabilidade é relativa, alegando que o Direito Penal não admite presunções absolutas e não reflete a realidade da sociedade atual:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - VULNERABILIDADE NÃO COMPROVADA - ABSOLVIÇÃO - POSSIBILIDADE. 1- A condição de vulnerabilidade da vítima, trazida pela Lei nº 12.015/09, é relativa, já que o direito penal não admite presunções absolutas, ainda mais nos dias atuais, onde as cenas sexo são temas

⁶⁴ <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20749214/apelacao-crime-acr-70044569705-rs-tjrs/inteiro-teor-20749215>. Acesso em: 19março 2015.

dominantes na mídia televisiva. 2- Admitir-se hipocritamente que uma jovem com idade inferior a 14 anos seja ingênua e inexperiente, sem capacidade de se autodeterminar em relação à sua sexualidade, é fazer vista grossa à moderna realidade que aí está, onde as meninas, como no caso dos autos, tomam as iniciativas das relações sexuais, dizendo ao namorado que queria perder a virgindade com ele. 3- Restando comprovado que a conjunção carnal ocorreu de comum acordo, sem que tenha havido qualquer tipo de violência ou grave ameaça, não há que se falar em crime de estupro de vulnerável, pois a inexistência da *innocentia consilii* afasta vulnerabilidade da vítima. 4- Recurso defensivo provido. Recurso ministerial prejudicado. Grifo nosso (Apelação Criminal 1.0693.10.007817-1/001, Relator(a): Des.(a) Antônio Armando dos Anjos , 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 01/11/2011, publicação da súmula em 03/02/2012) (grifo nosso).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro posicionou-se no sentido de entender a vulnerabilidade como relativa, fundamentando a decisão, inclusive, em laudo psicológico que comprova que a vítima tinha maturidade biopsicossocial superior a idade cronológica, o que afasta o bem jurídico tutelado, tornando-se o fato atípico:

Apelação criminal. ESTUPRO DE VULNERAVEL. CONSENTIMENTO DA VITIMA. PRESUNCAO RELATIVA DE VIOLENCIA EM FACE DE IDADE (admite a prova em contrário). Ofendida com 12 anos de idade. Prática sexual com a plena concordância da pretensa vítima, durante oito meses de namoro. Lauda psicológico e prova oral produzida, coerente e segura, quanto à conduta do acusado, o consentimento da vítima e sua maturidade biopsicossocial superior a idade cronológica. Atipicidade material. Atualmente há jovens que apresentam discernimento a respeito do ato sexual - afasta a presunção de vulnerabilidade - caráter relativo da presunção a ser verificado na hipótese. Provimento do recurso para absolver o réu⁶⁵ (grifo nosso).

Finalmente, torna-se substancial analisarmos os julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que assumiu posição predominante para considerar a vulnerabilidade relativa, admitindo a prova em contrário na apreciação do caso concreto. Neste sentido algumas decisões:

Ementa: Apelação. Estupro. Absolvição. Necessidade. Vítima que conta com 13 anos de idade. Vulnerabilidade relativa. Vítimas prostituídas. Inexistência de violência presumida. Apelo ministerial. Art. 244-A do ECA. Condenação. Impossibilidade. Réu que não submeteu às vítimas a exploração sexual. Manter relação sexual não é explorar. Absolvição mantida. Recurso defensivo provido e ministerial improvido⁶⁶.

⁶⁵ Ap. 0004003-94.2011.8.19.0070/RJ, 1ª CC, rel. Katya Monnerat, 19.02.2013.

⁶⁶ Ap.0513015-33.2010.8.26.0000, 16ª CDC, rel. Guilherme de Souza Nucci, 12/07/2011.

Ementa: ESTUPRO DE VULNERÁVEL. Prática de relação sexual consentida com vítima menor de 14 anos. Análise sob a ótica da Lei 12.015/09. Violência presumida decorrente da idade. Presunção não absoluta. Menor que à época possuía plena consciência dos fatos Absolvição mantida Recurso improvido⁶⁷.

Ementa: ESTUPRO DE VULNERÁVEL. Relacionamento amoroso entre réu com 20 anos de idade e vítima com 13 anos. Ocorrência de duas relações sexuais consentidas. Absolvição em 1º Grau por atipicidade material da conduta. Recurso da assistente de acusação pretendendo a condenação. Inadmissibilidade. Embora a lei preveja a presunção absoluta de violência em casos como estes, é necessário observar cada situação em sua peculiaridade, dada a delicadeza da questão. Vítima que se demonstrou suficientemente madura para assumir um relacionamento sexual. Amadurecimento precoce de adolescentes. Existência de questões de ordem supralegal, permeadas pela proporcionalidade e razoabilidade, a evitar a condenação, de forma excepcional, neste caso. Apelo desprovido⁶⁸.

Apesar da vasta quantidade de decisões dos Tribunais de Justiça Estaduais no sentido de entender a vulnerabilidade como relativa, também existem inúmeras decisões dos Tribunais que entenderam em seus julgados, que a vulnerabilidade tem natureza absoluta. Apresentam decisões nesse sentido os Tribunais de Justiça de Goiás, do Distrito Federal, de Minas Gerais, do Amazonas, do Piauí, do Paraná, entre outros⁶⁹. A título de exemplo decisão do Tribunal de Justiça de Goiás:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DA VIOLÊNCIA. PROVA SUFICIENTE. PENA. REDUÇÃO. I Não configura cerceamento de defesa a ausência de manifestação judicial sobre pedido de produção de prova, omitindo a condutora procedimental na apreciação, quando não reiterado em momento processual adequado, nem mesmo nas derradeiras alegações, pela impossibilidade de modificação do acervo probatório, ausente prejuízo ao processado, de modo que a indicação de vício processual encontra repulsa no art. 563, do Código de Processo Penal. II É de natureza absoluta a presunção de violência do crime de estupro de vulnerável, pela descrição contida no art. 217A, do Código Penal Brasileiro, sendo de somenos importância o consentimento da vítima e irrelevante o fato de ser pessoa com experiência sexual para afastar a caracterização do delito, questões inaptas ao resultado absolutório da imputação. III Deve ser

⁶⁷ Ap. 0001628-10.2011.8.26.0464, 16ª CDC, rel., Newton Neves, 24/03/2015.

⁶⁸ Ap. 0015147-45.2010.8.26.0510, 2ª CDC, rel., Diniz Fernando, 24/11/2014.

⁶⁹ Ap.463671-05.2011.8.09.0006/GO, 2ªCC,rel. Luis Cláudio Veiga Braga, 21.03.2013; Ap.Crim. 37247-9/213/GO, 2ªC.C., rel. José Lenar de Melo Bandeira,17.12.2009; Apr. 2007.06.1.013104-9/DF, 2ª TC, rel. Arnaldo Camanho de Assis,24.06.2010; Ap.1.0216.08.054162-8/001/MG, 1ª CC, rel. Walter Luiz,21.02.2013; Ap.1089472011/MA, 3ª CC, rel. José Joaquim Figueiredo dos Anjos,16.12.2011; Ap.20011.000007-3/AM, 1ª CC, rel. Carla Maria Santos dos Reis, 23.05.2011; Ap.20120001005987/PI, 2ª, CEC, rel. Sebastião Ribeiro Martins, 02.04.2013; Ap.70044767440/RS, 8ª CC,rel. Dálvio Leite Teixeira,07.11.2012; Ap. 901632-4/PR, 2ª CC, rel. Lídio José Rotoli de Macedo,11.07.2012.

confirmado o decreto penal adverso, alicerçado na palavra da vítima, declarações da sua genitora e depoimento policial, identificando o processado como o autor do crime de estupro de vulnerável, em continuidade delitiva, tipificado pelo art. 217A, c/c art. 71, do Código Penal Brasileiro, em especial quando firme, coerente e segura, revelando isolada a negativa de responsabilidade pela conduta. III Apenamento corrigido. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE. DECISÃO: ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Terceira Turma Julgadora de sua Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, desacolher o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conhecer do apelo e o prover parcialmente, nos termos do voto do Relator (grifo nosso).

A Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu que a discussão acerca da presunção de violência, se absoluta ou relativa está superada, em razão da nova legislação, que não comporta interpretações e flexibilizações contrárias:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA VULNERÁVEL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO ÂMBITO DOMÉSTICO (CP, ARTS. 217-A E 226, II, C/C LEI 11.340/2006). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTROVERSAS. DISCUSSÃO ACERCA DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO MENOR DE CATORZE ANOS. ADVENTO DA LEI 12.015/2009. SUPERAÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE PRESUNÇÃO ABSOLUTA E RELATIVA DE VULNERABILIDADE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA CONSTITUI INDIFERENTE PENAL. TIO DA OFENDIDA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DO ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA REFORMADA. - O tio que pratica conjunção carnal e atos libidinosos com a sobrinha, menor de catorze anos, ciente da sua idade, comete o crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, c/c art. 226, II, ambos do Código Penal, ainda que a vítima não seja mais virgem e tenha consentido com a relação sexual. - Parecer da PGJ pelo conhecimento e provimento do recurso. (APR 20130450504 SC 2013.045050-4, Relator Carlos Alberto Civinski, data julgamento 26/08/2013, Primeira Câmara Criminal, publicação 11/09/2013).

Há decisões, inclusive, absolvendo menores (adolescentes) que praticaram ato infracional equiparado ao delito de estupro de vulnerável, onde se evidencia que a relação sexual foi consentida, decidindo-se pela relativização da vulnerabilidade:

APELAÇÃO CIVEL. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE ENTRE 12 E 14 ANOS. RELATIVIZAÇÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Os elementos de convicção existentes no caderno processual evidenciam a ocorrência de relação sexual consentida entre o acusado, de 17 anos, e a ofendida, de 13 anos. 2. Ausência de indicativos de que a adolescente tenha sido coagida à prática do referido ato. Indemonstradas, ademais, a fragilidade ou incapacidade mental da jovem para consentir. 3. Necessidade

de relativização da presunção de vulnerabilidade que recai sobre a mesma. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70060949922, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 22/08/2014).

As divergências de opiniões quanto à idade do vulnerável e sobre a atual redação do artigo 217-A são tantas, que em matéria veiculada no *site* G1 a jornalista Rosanne D'Agostino critica a atuação dos Tribunais que estão absolvendo autores acusados de ter relações sexuais com menores, apesar da alteração do artigo 217-A do Código Penal, que trouxe o conceito de vulnerável⁷⁰.

A jornalista mostrou a posição de juízes que entendem que a redação do artigo 217-A é "exagerada" e mostra uma pesquisa realizada com 752 decisões de segunda Instância nos Tribunais de Justiça de todo o país. Após analisar as decisões, a jornalista concluiu que a maioria dos autores, que são absolvidos, praticaram relações sexuais consentidas com vítimas de 12 e 13 anos de idade.

Segundo a jornalista, os Desembargadores criticam a necessidade de ter que condenar os autores deste delito, quando as próprias famílias os defendem e as relações sexuais são consentidas. Para eles, a redação do artigo 217-A do Código Penal dificulta a utilização do "bom-senso" para julgar esses casos.

Guilherme de Souza Nucci nos propõe uma reflexão sobre um caso ocorrido na cidade de São Paulo, em novembro de 2010, envolvendo dois meninos homossexuais. Segundo notícia veiculada pelo jornal O Estado de São Paulo, dois meninos estavam se beijando no saguão de um *shopping* da cidade, quando frequentadores reprovaram a atitude e eles foram instados a pararem. O jovem casal homossexual se recusou e a polícia foi acionada, foi só então que se descobriu que um dos meninos era menor de 14 anos de idade. O casal foi levado para a Delegacia de Polícia e o maior foi preso em flagrante delito pela prática do crime de estupro de vulnerável.

⁷⁰ Informação retirada da URL: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/05/tribunais-absolvem-acusados-de-sexo-com-menor-apesar-de-nova-lei.html>

Nucci sugere que se o casal homossexual tivesse parado o beijo, a polícia não teria sido acionada e a prisão teria sido evitada. Vai mais longe ao imaginar que, se fosse um casal heterossexual, nas mesmas condições, sequer teria chamado a atenção dos frequentadores do shopping. Nas palavras de Nucci: "Enfim, por puro casuísmo, encontrou-se um 'estuprador' zanzando pelo *shopping* de S. Paulo"⁷¹. Para o doutrinador uma situação como essa, de puro casuísmo, jamais pode ser admitida pelo Poder Judiciário.

É notório que, mesmo após a edição da Lei 12.015/2009, o tema está longe de se tornar incontroverso, como mostram as decisões dos Tribunais Estaduais, inclusive com decisões divergentes dentro do próprio Estado, a depender da Câmara que julga a matéria. Ainda há muito para se refletir sobre o assunto e as mudanças legislativas não param de surgir, como o Projeto do Novo Código Penal, que diminui para 12 anos a idade da vítima vulnerável, ainda em trâmite no Congresso Nacional.

4.4 Consentimento da vítima

Do latim, *consentire*. Significa a concordância entre as partes ou uniformidade de opinião, *v.g.*, concorda-se com determinada opinião⁷². Do Dicionário Aurélio: ato ou efeito de consentir, manifestação que autoriza algo, manifestação a favor de algo ou alguém, tolerância, acordo ou conformidade de opiniões⁷³.

O consentimento do ofendido é matéria estudada também no Direito Penal. Por exemplo, no delito de lesão corporal pode existir o consentimento do ofendido no caso de realização de uma tatuagem. Também há consentimento da vítima no caso de competições esportivas de luta, onde se sabe que o adversário irá lhe causar lesões, e a vítima consente para isto. Observe-se que nestes casos não há que se falar em fato típico, pois o consentimento da vítima é causa de exclusão da ilicitude. Não há crime.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal, 9ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, página 871.

⁷² PIERANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido na teoria do delito. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁷³ Retirado da URL: <http://www.dicionariodoaurelio.com/consentimento>.

O consentimento da vítima pode excluir a tipicidade da ação ou da omissão, quando requisito intrínseco ao tipo legal, ou, eventualmente, quando externo a ele, elidir a ilicitude da conduta. Deste modo, o consentimento indica dois aspectos de análise, a saber: tipicidade e ilicitude.

Ele atua como causa excludente da tipicidade quando o assentimento da vítima, ofertado de modo consciente e livre, anterior ou concomitantemente à realização da conduta, é elemento do tipo. Igualmente, o consentimento da vítima pode funcionar como causa excludente da ilicitude, desde que o bem jurídico tutelado seja disponível possibilitando ao seu titular a faculdade de anuir.

Mas quem é capaz de consentir? No Direito Penal não é admissível a reprovação da conduta da pessoa que é incapaz. Só quem é capaz pode ser culpado e responsabilizado por seus atos. De maneira geral, o Código Penal entende que a pessoa maior de dezoito anos é capaz de compreender seus atos e agir de acordo com a sua vontade. Como já vimos, o Código Penal adotou o critério biológico, etário, para definir a capacidade criminal.

Para Aníbal Bruno⁷⁴, o consentimento do ofendido, quando analisado como causa de exclusão do ilícito, deve decorrer de vontade juridicamente válida, ou seja, aquele que consente deve ser capaz de consentir. É o querer com eficácia jurídica, com todos os elementos que fazem parte do consentimento. Segundo o doutrinador, só pode dar o consentimento o próprio titular do bem jurídico, que é a pessoa que, legitimamente, pode dispor.

Indispensável rememorar a afirmação de Claus Roxin (ROXIN, 1997), para quem a capacidade de compreensão – para consentir – é matéria de fato, e, portanto, independe de limite de idade⁷⁵.

⁷⁴ BRUNO, Aníbal. (1967). *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, p20.

⁷⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal**, parte general, tomo I. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, pág. 538).

No campo penal-sexual, não há nenhuma dificuldade com relação ao consentimento da vítima considerada capaz, visto que não existe tipicidade na conduta do indivíduo maior que pratica relações sexuais consentidas com outra pessoa igualmente maior.

O problema reside justamente em determinar o momento em que a vítima se torna capaz. O artigo 217-A dispõe que será vítima do delito de estupro de vulnerável as pessoas menores de 14 anos. As maiores de quatorze anos seriam capazes de consentir. No entanto, a capacidade sexual do adolescente não é passível de medição por datas e marcos. Ela ocorre no momento em que ele atinge a maturidade sexual, que pode ser antes ou depois desta idade.

A Promotora de Justiça do Estado da Bahia, Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho, em seu livro destinado a discutir a capacidade de autodeterminação do menor com relação à prática de atos sexuais, defende que: “Não deixa de ser, a nosso ver, no mínimo extravagante pensar que em uma determinada data a pessoa adquire plena consciência da atividade sexual, não a possuindo, todavia, até a véspera da mesma.”⁷⁶

A partir do momento que ele tem capacidade para decidir com liberdade sobre a sua vida sexual, possui amadurecimento biológico e consegue livremente discernir sobre o ato sexual, então este adolescente é maduro sexualmente e o seu consentimento para a prática do ato sexual será válido. Neste sentido, Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho:

No campo penal sexual; a capacidade de consentimento do menor refere-se ao momento em que o mesmo adquire capacidade para decidir, com liberdade, sua vida sexual, passa a contar com amadurecimento biológico (emocional, social, cognitivo) e fisiológico para assimilar a prática sexual, tornando-se válida a sua anuência para a relação carnal.⁷⁷

Os atuantes na área de saúde indicam que o adolescente adquire capacidade para decidir sobre a vida sexual na faixa etária acima dos 14, que é

⁷⁶ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência sexual presumida*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 25.

⁷⁷ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência sexual presumida*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 132-133, p 99-100

considerada a puberdade. Foi daí que o legislador optou por considerar os adolescentes abaixo desta idade como incapazes de consentir para o ato sexual.

Todavia, não se pode desconsiderar que o ser humano é irradiado diuturnamente por influências externas de cunho pessoal, cultural, ética, histórica etc., que alicerçam a capacidade de decidir sua liberdade sexual e tantas outras. Todos os dias há evolução pessoal, tanto no adulto, quanto na criança e no adolescente.

O tipo penal tutela os vulneráveis. Mas se um adolescente de treze anos possui maturidade sexual, tem capacidade de compreensão e validamente consentiu para o ato sexual, quem é o vulnerável que estamos tutelando? Por que este adolescente deve ser privado de qualquer contato sexual? Se proibirmos este adolescente de praticar atos sexuais estaremos vedando sua liberdade, constitucionalmente protegida, tratando-se de direito fundamental do indivíduo.

Verifica-se que a jurisprudência indica fatores que fortalecem o consentimento da vítima menor de 14 anos como causa de atipicidade do delito, *v.g.*, alguns julgados entendem que não se caracterizaria o crime, quando a menor de 14 anos é destinada à prostituição (RT 794/58); não tem vida recatada (RT 782/561); se mostra experiente em matéria sexual (RT 713/380, 666/335, 564/378, 542/322, 430/319); já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos (RT 714/343, 481/403); é despuradora e sem moral (RT 436/325, 695/355); é corrompida (RT 433/376, 557/322, 647/278); apresenta péssimo comportamento (RT 534/344).⁷⁸ Para os nobres julgadores, estas pessoas são capazes de consentir para o ato sexual e, nestes casos, entendem que não há crime.

Igualmente, nas hipóteses em que o adolescente tomar a iniciativa ou a provocação do ato sexual ou aderir prontamente ao convite de sexo, o consentimento deve ser levado em consideração, pois indica o amadurecimento

⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 2: parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 444-445.

sexual e discernimento do jovem para a prática do ato sexual, além da ausência de abuso ou violência.

No nosso entendimento, o mais sensato seria reconhecer que o adolescente de 12 ou 13 anos pode consentir para a prática do ato sexual, desde que não haja coação ou vício da sua vontade e possua, ainda, discernimento e amadurecimento para a prática sexual.

4.5 Princípio da Adequação Social

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel⁷⁹, significa que apesar da conduta se amoldar ao tipo penal não será considerada típica, desde que seja socialmente adequada, tolerada ou reconhecida pela sociedade, é dizer, a conduta está em harmonia com a ordem social. Deste modo leciona Cezar Roberto Bitencourt⁸⁰:

Segundo Welzel, o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham uma certa relevância social; caso contrario, não poderiam ser delitos. Deduz-se, conseqüentemente, que ha condutas que por sua “adequação social” não podem ser consideradas criminosas. Em outros termos, segundo esta teoria, as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não podem constituir delitos e, por isso, não se revestem de tipicidade.

De igual turno, Luiz Régis Prado⁸¹ em sua obra afirma que “uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada”.

O doutrinador Fernando Capez também afirma que a conduta deixa de ser punida por não ser mais considerada injusta pela sociedade.

⁷⁹ Hans Welzel (Artern, 25 de março de 1904 - Andernach, 5 de maio de 1977), foi um jurista e filósofo do direito alemão. http://pt.wikipedia.org/wiki/Hans_Welzel

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. Parte Geral. 15ª edição. 2010. p. 49

⁸¹ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1. Parte Geral. 9ª edição. 2010.p. 153.

O princípio da adequação social possui três interesses, a saber: selecionar as condutas que deseja proibir ou proteger, por serem consideradas de relevo; fazer com que legislador aprecie de forma serena os tipos penais e supra do ordenamento jurídico os que se adéquam a sociedade moderna; e, finalmente, estreitar o âmbito de atuação do tipo penal, limitando a sua interpretação e sua aplicação.

Vislumbra-se a proximidade do princípio da adequação social com o princípio da intervenção mínima, responsável não só pela capitulação de tipos penais destinados aos sérios e graves atos de perturbação pública, visto que os demais ramos do direito fracassaram na preservação da ordem e paz pública, bem como no estudo da descriminalização do delito em vigência.

O Direito Penal deve tutelar os bens de maior relevância, *ultima ratio*⁸², devendo os demais ramos do direito se destinar a tutelar as condutas de menor relevância para a sociedade.

Na hipótese de uma conduta que se torna socialmente adequada, a proteção ao bem jurídico pode se tornar desnecessária, ao menos no campo penal, cabendo ao legislador gestões para a revogação do crime, descriminalizando a conduta.

No que concerne ao julgador/intérprete é imprescindível que nunca se olvide que o princípio da adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores, ou neutralizá-los. É cediço que o costume não revoga a lei. Pautado neste ponto é que o princípio da adequação social recebe as maiores críticas.

O princípio da adequação social assemelhasse ao princípio da insignificância, todavia difere no cerne, que no primeiro a conduta deixa de ser

⁸² *Ultima ratio* significa “última razão” ou “último recurso”. É uma expressão com origem no Latim e frequentemente empregada no Direito. Diz-se que o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou seja, é o último recurso ou último instrumento a ser usado pelo Estado em situações de punição por condutas castigáveis, recorrendo-se apenas quando não seja possível a aplicação de outro tipo de direito, por exemplo, civil, trabalhista, administrativo, etc. (<http://www.significados.com.br/ultima-ratio>)

punida, por ser considerada normal a sociedade e o segundo alicerçasse na lesividade da conduta, que passa a ser considerada de bagatela.

Conforme já mencionado, nos crimes contra a dignidade sexual, um dos bens jurídicos protegidos é a liberdade sexual que, em síntese, deve ser entendida como o poder de autodeterminação, ou seja, cabe à própria pessoa a escolha de suas relações sexuais e comportamento sexual em geral.

Segundo o mestre Nelson Hungria⁸³:

A disciplina jurídica da satisfação da libido ou apetite sexual reclama, como condição precípua, a faculdade de livre escolha ou livre consentimento nas relações sexuais. É o que a lei penal, segundo a epígrafe do presente capítulo, denomina liberdade sexual. É a liberdade de disposição do próprio corpo no tocante aos fins sexuais.

A proteção da liberdade sexual continua com o avanço da sociedade, se adequando com a moral e com os demais preceitos da sociedade. O doutrinador Costa Junior⁸⁴ demonstra a evolução da sociedade:

O pudor deve ter existido bem antes do vestiário. Dizem que a mulher se fez pudica para só se entregar ao homem escolhido. Prestou-se ao vestuário de certo modo, a acentuar o poder anatômico. 'Serviu ao pudor e a coquetterie: continha os avanços do macho, e ao mesmo tempo que lhe excitava os desejos'. Nos tempos atuais, habituado o uso da minissaia, dos decotes arrojados e do top less, o homem se mostra mais indiferente e menos sensível às provocações de antanho. Realmente, quando se entrevia um tornozelo, ao galgar uma dama no coche, atraía olhares indiscretos e ávidos.

Além de tantas outras modificações oriundas da adequação social, v.g., Estatuto da Criança e do Adolescente, houve alteração dos dispositivos dos crimes contra a liberdade sexual, a qual criou os parágrafos únicos dos artigos 213 e 214, CP, aumentando a pena quando a vítima for menor de catorze anos; a Lei dos Crimes Hediondos acarretou no aumento das penas dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, assim como as disposições gerais do capítulo IV; no ano de 1996, a Lei nº. 9.281 revogou os parágrafos únicos dos artigos 213 e 214 do CP;

⁸³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. - v.3. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense 1981, p.140.

⁸⁴ COSTA JR. Paulo José da. *Comentários ao Código Penal* v.2. São Paulo : Saraiva, 1988, p.115/116.

em 2001, houve a tipificação do assédio sexual, art. 216-A; a Lei nº. 11.106/2005 trouxe uma grande modificação legislativa ao retirar o termo “mulher honesta” das disposições dos crimes contra os costumes e alterou o crime de atentado violento ao pudor mediante fraude, que consolidou o entendimento dos Tribunais, que afastavam a expressão “mulher honesta”, e aplicava o art. 213, quando a vítima era prostituta; e, finalmente, a Lei nº. 12.015/09, objeto, em parte, do presente estudo.

Indubitável que a sociedade evoluiu, portanto a legislação deve seguir o mesmo caminho, visando à aplicação do Direito de forma célere, justa e eficaz. Todavia, até que ocorra a respectiva adequação legal, é dever do aplicador do direito lançar mãos dos princípios do direito penal.

Essencial os ensinamentos de Frederico Marques⁸⁵:

No campo da ilicitude do ato, há casos onde só os princípios do direito justificam, de maneira satisfatória e cabal, a inaplicabilidade das sanções punitivas. É o que sucede nas hipóteses onde a conduta de determinada pessoa, embora perfeitamente enquadrada nas definições legais da lei penal, não pode, ante a consciência ética e nas regras do bem comum, ser passível de punição.

Será possível o julgador ao analisar os aspectos evolutivos da sociedade no campo da sexualidade concluir pela certeza da autodeterminação da vítima menor de 14 anos e aplicar o princípio da adequação do direito?

Em caso positivo, isto ocorreria a absolvição do autor do estupro. Evitar-se-ia que menores de 14 anos sejam punidos por ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável. Pois que a aplicação do princípio incide sobre a tipicidade do fato excluindo o crime. A aplicação da teoria ao fato concreto não tornará a vulnerabilidade relativa.

⁸⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*-parte geral- v1. 13ed. Niterói: Impetus, 2011 apud MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, vl, p15.

Em caso negativo, o autor seria condenado na pressuposição da decisão fundamentada na presunção absoluta da vulnerabilidade ou absolvido na presunção relativa com fundamento distinto ao princípio da adequação social.

Sobretudo por serem os princípios gerais fontes mediatas do direito, é possível a aplicação dos princípios ao caso concreto, analisando-se todas as peculiaridades e pressupostos para a efetivação.

O princípio da adequação social possui seus defensores e seus opositores, mas inegável que possui três aspirações, conforme já indicado, sendo que estreitar o âmbito de atuação do tipo penal, limitando a sua interpretação e sua aplicação, é apenas uma delas.

5. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

5.1. Proposta de alteração prevista no Anteprojeto de Reforma do Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/12)

Foi criada em 2011 uma Comissão de Juristas para a elaboração do Anteprojeto do Código Penal. A Comissão foi aprovada pelo Senado Federal em 10 de agosto de 2011. Fizeram parte da Comissão Magistrados, Promotores, Procuradores da República, Advogados, Professores e Defensores Públicos⁸⁶. Profissionais das mais diversas carreiras se reuniram a fim de preparar uma das maiores alterações legislativas produzidas no Direito Penal brasileiro.

Como sabemos, o Código Penal vigente foi promulgado em 1940 e, de lá para cá, muitos anos se passaram, muitas mudanças foram vistas na sociedade: os avanços na tecnologia, mudanças de valores, a abertura do mercado de trabalho para as mulheres, o fim da 2ª Guerra Mundial, a consolidação dos Direitos Humanos, dentre outros diversos acontecimentos que mudaram para sempre a sociedade.

O Código Penal sofreu muitas alterações neste período, principalmente na Parte Especial, para que pudesse acompanhar as transformações da sociedade. Também foram editadas diversas leis especiais para tratar de assuntos pontuais, sendo que muitas delas poderiam e deveriam estar inseridas e sistematizadas no

⁸⁶ Fizeram parte da Comissão de Juristas: Nos termos do Requerimento 756/2011, combinado com o Requerimento 1.034/2011, foram nomeados membros da Comissão de Juristas o Ministro do Superior Tribunal de Justiça GILSON LANGARO DIPP, que recebeu o encargo de presidi-la, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça MARIA THEREZA MOURA, os advogados ANTONIO NABOR AREIAS BULHÕES, do Distrito Federal, MARCELO LEAL LIMA OLIVEIRA, do Distrito Federal, EMANUEL MESSIAS OLIVEIRA CACHO, de Sergipe, TÉCIO LINS E SILVA, do Rio de Janeiro, RENÉ ARIEL DOTTI, do Paraná, MARCELO LEONARDO, de Minas Gerais, GAMIL FÖPPEL EL HIRECHE, da Bahia, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO, o Consultor Legislativo do Senado Federal, TIAGO IVO ODON, a Defensora Pública JULIANA GARCIA BELLOQUE, de São Paulo, o Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, de São Paulo, a Procuradora de Justiça LUIZA NAGIB ELUF, de São Paulo, o Procurador Regional da República LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES, de São Paulo, e o Promotor de Justiça MARCELO ANDRÉ DE AZEVEDO, de Goiás. Foi, a seguir, incluído como membro da Comissão o Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA. Logo após o início dos trabalhos a Ministra MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA e o advogado RENÉ ARIEL DOTTI pediram, por razões pessoais, afastamento da Comissão.

Código Penal, visando coibir discrepâncias nas penas e atendendo ao princípio da proporcionalidade. Como vimos no transcorrer deste trabalho, um dos temas dos Títulos do Código Penal que mais sofreu alterações neste período foi o Título que trata dos delitos sexuais.

A Comissão de Juristas foi criada com o intuito de produzir um Código Penal que atendesse os anseios e necessidades da sociedade atual, buscando harmonização entre os delitos e as penas cominadas, sistematizando-os em um único texto e enfrentando temas muito debatidos, tais como aborto, legalização das drogas e eutanásia.

No Requerimento nº 756 do Senado Federal que criou a Comissão de Juristas, os Senadores fundamentaram a criação da Comissão na necessidade de atualizar o Código Penal, alegando ser imprescindível uma releitura do sistema penal à luz da Constituição, em razão das "novas perspectivas normativas pós-88". Além disso, também justificaram a necessidade de sistematização das leis e que fosse atendida a proporcionalidade das penas.

As justificativas apresentadas pelos Excelentíssimos Senadores foram nos seguintes termos:

(...) o atraso do Código Penal fez com que inúmeras leis esparsas fossem criadas para atender a necessidades prementes. Como consequência, tem-se o prejuízo total da sistematização e organização dos tipos penais e da proporcionalidade das penas, o que gera grande insegurança jurídica, ocasionada por interpretações desencontradas, jurisprudências contraditórias e penas injustas – algumas vezes muito baixas para crimes graves e outras muito altas para delitos menores⁸⁷.

A Comissão de Juristas realizou vinte e quatro reuniões, promoveu Audiências Públicas e Seminários para debater temas polêmicos, estudou as proposições da sociedade acerca do que se espera do novo Código Penal, em 12 de junho de 2012, apresentou ao Senado o Relatório Final do Anteprojeto de Código Penal.

⁸⁷ Texto retirado do Relatório Final da Comissão de Juristas apresentado ao Senado Federal.

No Relatório apresentado, a Comissão informou que desenvolveu o projeto buscando realizar cinco grandes tarefas, que definiram como: a) modernizar o Código Penal; b) unificar a legislação esparsa, sistematizando-os em um único texto; c) estudar a compatibilidade dos tipos penais existentes á luz da Constituição de 1988, buscando descriminalizar condutas e, caso necessário, criando novas figuras típicas; d) tratar da proporcionalidade das penas, de acordo com a gravidade da conduta; e) buscar formas alternativas de sanção penal, que não sejam as prisionais.

A Comissão analisou cada tipo penal, incluindo os tipos previstos nas legislações extravagantes e avaliaram-nos sob a seguinte perspectiva: 1) se o tipo penal ainda permanece necessário e atual; 2) se há figuras semelhantes previstas em outra sede normativa; 3) se as penas previstas são adequadas à gravidade do delito.

Após esta análise, a Comissão entendeu que muitas condutas deveriam ser descriminalizadas, por serem consideradas desnecessárias na sociedade brasileira atual, insuscetíveis de tratamento penal (podem ser tratadas em outras áreas do Direito) ou por serem consideradas incompatíveis com a Constituição Federal de 1988. As penas dos delitos foram redefinidas para coibir excessos ou insuficiências e para torná-las proporcionais.

Foi nesse contexto que, mais uma vez, os delitos sexuais foram objetos de significantes alterações. Apesar da última alteração legislativa ter ocorrido em 2009, com a promulgação da lei 12.015, o Anteprojeto de Código Penal promoveu novas mudanças no cenário dos crimes sexuais, criando tipos penais, descriminalizando condutas, alterando penas e a redação de alguns dispositivos.

A título de exemplo, um dos tipos penais que foram criados, foi o de "manipulação e introdução sexual de objetos". Prevê o artigo 181 do Anteprojeto: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a suportar a introdução vaginal ou anal de objetos: Pena – prisão, seis a dez anos".

Outro tipo penal inédito é o de "Esterilização forçada", previsto no artigo 185, que define como crime a esterilização de alguém (homem ou mulher) sem o seu consentimento, prevendo pena de dois a oito anos.

Foram revogados os seguintes delitos: ato obsceno; escrito ou objeto obsceno; violação sexual mediante fraude; mediação para servir à lascívia de outrem; casa de prostituição e rufianismo. A justificativa para as alterações produzidas foi que o novo Título "Dignidade Sexual" ainda abarcava delitos que não estavam compreendidos nesta definição:

Embora o texto de 1940 tenha recebido modificações pontuais, elas não foram suficientes para honrar o nome atual do título – crimes contra a dignidade sexual – permanecendo, como sombra, o nome antigo, talvez mais revelador da ideologia de tipificação ali encontrada: crimes contra os costumes. A proposta da Comissão, portanto, é fortemente descriminalizadora, propondo a supressão dos crimes de "violação mediante fraude", art. 215, "mediação para satisfazer a lascívia de outrem", art. 227, "casa de prostituição", art. 229, "rufianismo", art. 230, "ato obsceno", do art. 233 e "escrito ou objeto obsceno", art. 234.

No que diz respeito aos delitos sexuais contra vulnerável, o *nomem iuris* foi mantido, mas o tipo penal sofreu grandes alterações. A principal mudança proposta no Anteprojeto foi a redução da idade da pessoa considerada vulnerável para 12 anos. Vejamos como ficou a proposta de redação do dispositivo: "Manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos: Pena – prisão, de oito a doze anos"⁸⁸.

⁸⁸ Projeto de Lei 236/12 do Senado Federal:

Capítulo II

Crimes sexuais contra vulnerável

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.

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.

A alteração foi promovida, segundo a justificativa exposta no Relatório de apresentação do Anteprojeto, com o objetivo de adequar a norma penal ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que considera criança todo ser humano até os 12 anos de idade. A Comissão de Juristas fundamentou, ainda, que é muito comum pré-adolescentes começarem sua vida afetiva aos 13 anos de idade, mostrando que o Direito Penal vigente não está de acordo com a realidade, já que tivemos evolução no comportamento sexual.

5.2. Crítica ao Projeto de Lei do Senado nº 236/12 e proposta final.

O Anteprojeto do Código Penal tornou-se o Projeto de Lei do Senado nº 236/12, ainda em andamento no Senado Federal. Após a apresentação do Relatório Final surgiram inúmeras críticas ao Anteprojeto. Muitos juristas se posicionaram contrários às significantes alterações propostas, algumas que mudariam muito o cenário do Direito Penal. Uma das críticas pairou sobre a idade do vulnerável, considerada muito baixa.

O Projeto está sendo analisado pelas Comissões do Senado e já recebeu 83 propostas de emendas ou subemendas⁸⁹. Uma das emendas diz respeito justamente à idade do vulnerável. Os Excelentíssimos Senadores entenderam que o patamar estipulado pelo Anteprojeto não atende com rigor à tutela do vulnerável, que ficaria desamparado, propondo, então, que o vulnerável continue sendo a pessoa menor de 14 anos.

A nosso ver, o texto original do Anteprojeto, prevendo a idade do vulnerável até 12 anos de idade, não deve prosperar. Como defendemos ao longo deste trabalho, delimitar um marco para tratar de amadurecimento sexual gera muitas injustiças, já que não é um dado que pode ser medido de maneira objetiva. Tratar o tema de modo absoluto, mais uma vez, continuará a promover injustiças.

Precisamos entender que há jovens que aos treze anos de idade são totalmente imaturos sexualmente, como existem jovens que aos doze anos já são

⁸⁹ Informação retirada da URL: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/DocsComissao.asp?p_cod_mate=106404.

sexualmente experientes e possuem, muitas vezes, relacionamentos estáveis, onde a prática de atos sexuais são frequentes.

A nossa proposta é que, em razão desta diferença de amadurecimento sexual entre os jovens seja respeitada e deva sim, ser analisada em conjunto com o fato típico, pois deixa de ser *vulnerável* a pessoa que tem conhecimento dos atos e validamente consente.

A idade da pessoa considerada vulnerável deve continuar no patamar dos 14 anos de idade, até que a sociedade se transforme, mais uma vez, e não seja mais necessário adotarmos essa idade, possivelmente igualando a idade do vulnerável à idade da criança, conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Enquanto isso não acontece, devemos realizar alterações legislativas para que o Direito Penal possa se adequar às mudanças da sociedade brasileira contemporânea, ou seja, devemos propor que, no caso de vítimas adolescentes, compreendidas entre 12 e 14 anos de idade, que consentiram para a prática do ato sexual, seja admitida a relativização da vulnerabilidade e admitida a produção de prova em contrário, a fim de comprovar que a vítima não é pessoa vulnerável.

Acreditamos que esta seja a solução que provoque menos injustiças e que mais se aproxime da realidade sexual dos adolescentes. Conforme discutimos no início deste trabalho, o Direito Penal é a *ultima ratio* e deve se ocupar de tutelar bens e interesses essenciais a sociedade. O Estado não pode utilizar o Direito Penal como simples instrumento de repressão, coibindo condutas, as quais não deve se imiscuir.

A intervenção do Direito Penal deve ser limitada à proteção da pessoa, de maneira a garantir ao indivíduo o direito ao livre exercício de sua sexualidade. No caso do adolescente, deve ser garantido o livre desenvolvimento de sua personalidade na seara sexual. Portanto, não devem ser proibidos de se relacionarem sexualmente, de maneira espontânea e consensual.

6. CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi refletir sobre a questão da vulnerabilidade, tal qual se encontra inserida hoje no ordenamento jurídico. Para tanto, foi preciso delimitarmos alguns conceitos, refletirmos sobre as necessidades da sociedade contemporânea, analisarmos a maturidade sexual do adolescente, a maneira como ele é tratado pela legislação atual e, por fim, analisarmos a questão do discernimento e do consentimento para o ato sexual.

Mostramos que o bem jurídico não é estanque, que ele muda conforme os avanços e as necessidades de cada sociedade. Buscamos comparar o bem jurídico tutelado pelo Código Penal de 1940, os *costumes*, ao bem jurídico tutelado após a reforma introduzida pela Lei 12.015/09, que passou a tutelar, com muito mais lógica, a *dignidade sexual*.

A polêmica presunção de violência foi comentada e discutida exaustivamente, bem como o novo conceito de vulnerabilidade e suas implicações.

Discutimos sobre os marcos da infância e da adolescência, mostrando que são fases distintas da vida de cada pessoa, sendo certo que existe um processo de amadurecimento físico e psicológico, que culmina na maturidade sexual, impossível de se determinar através de datas e idades.

Foi feito estudo no direito comparado, buscando verificar como alguns países definem seus *vulneráveis* e quais são suas proposições para tratar do tema. Também foi apresentada a possibilidade de resolver a questão aplicando o princípio da adequação social.

Mostramos que, apesar de ter sido feita recente alteração no Código Penal, onde se buscou aproximar os tipos penais que tratam dos delitos sexuais à realidade social brasileira, nova mudança foi proposta através do Projeto de Lei do Senado nº 236/12, que nada mais é do que o Anteprojeto de Código Penal.

Tecemos críticas à proposta, visto que a idade do vulnerável foi reduzida para 12 anos e mais uma vez foi estabelecido um termo absoluto, que não nos permite flexibilizar a aplicação da lei para cada caso.

Os Tribunais de Justiça têm decidido de maneira aleatória sobre o tema, cada qual com sua convicção, na maioria das vezes buscam relativizar o conceito de *vulnerável*, entendendo que a vítima que consentiu e tinha consciência de seu ato, não pode ser considerada vulnerável.

No entanto, para boa parte da doutrina, da jurisprudência e também para o Superior Tribunal de Justiça, o termo *vulnerável* encerra conceito absoluto, que não pode ser flexibilizado a critério do julgador. Estamos aguardando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que ainda não se manifestou sobre o tema.

Importante mencionar que as desinformações sobre a questão vêm surgindo de forma abusiva e desconexa com a hermenêutica do Direito Penal, produzindo decisões muito divergentes em si e com fundamentos opostos.

Conforme foi ponderado ao longo deste estudo, entendemos que não é possível estabelecer datas e marcos para estabelecer a maturidade sexual de cada pessoa. Tampouco podemos transformar o Direito Penal em um direito subjetivo, deixando o julgamento a critério de cada julgador.

Vimos que a idade de 12 anos, apesar de estar de acordo com o critério estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda é considerada muito baixa, o que pode ensejar a falta de proteção aos adolescentes compreendidos entre 12 e 14 anos de idade, que ainda não tenham discernimento para a prática do ato sexual.

Nossa proposta é que o vulnerável continue sendo a pessoa menor de 14 anos de idade. Porém, para os menores de 12 anos a tutela deve ser absoluta, não admitindo prova em contrário. Já para os adolescentes compreendidos entre 12 e 14 anos de idade, em que a relação sexual tenha sido consentida e a vítima presente

maturidade sexual suficientemente desenvolvida, deverá ser admitida a produção de prova, no sentido de comprovar que aquela pessoa não pode ser tratada como vulnerável.

Diante de todo o exposto, constata-se que o mais circunspecto e racional no cenário atual, é a relativização da vulnerabilidade do artigo 217-A do Código Penal, propiciando ao acusado o direito de produzir prova em contrário, extirpando a responsabilidade objetiva, para que a vítima tenha respeitada a dignidade sexual e, ainda, não sofra o processo de vitimização.

Relativizar o conceito de vulnerável é essencialmente legítimo, visto que a lesão ao bem jurídico não deve ser fixada por antecipação legal. Crer em outra possibilidade é simplesmente ignorar os princípios básicos do direito penal e do Estado Democrático de Direito. Finalmente, reconhecer que o mundo não está em constante transformação é indubitavelmente negar o direito de evolução do ser humano.

REFERÊNCIAS

- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 6ªed. Atualizada, ampliada e reformada, São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. Araçatuba: MB, 2010.
- BINTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral, 13ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Código Penal Comentado**. 8ª.ed. atualizada, São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. 4. v. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Reforma Penal Material de 2009**. 4. v. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: < <http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2014.
- BRASIL. Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. *Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Disponível em: < <http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2014.
- BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: < <http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2014
- BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial**, volume 3, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida**. Curitiba: Juruá, 2005.
- COSTA JR. Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. v.2. São Paulo: Saraiva, 1988.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DELMANTO, Celso. Delmanto, Roberto. Delmanto Júnior, Roberto; Delmanto, Fabio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 8.ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DELMANTO, Roberto. Delmanto Júnior, Roberto; Delmanto, Fabio M. de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**. 8.ed. atualizada, São Paulo: Saraiva, 2014.

- ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**: Comentários à Lei 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FRAGOSO, H. C. **Lições de Direito Penal**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GENTIL, Plínio; Marcão Renato. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**: Comentários ao Título VI do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: RT, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio. disponível em: <http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/direito-criminal/artigo-prof-luiz-flavio-gomes-relacionamento-sexual-com-menor-de-13-anos-absolvicao>, acessado em 06.03.20015, às 17h46m
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, parte geral. V.1. 10ª edição. Niterói,RJ: Impetus, 2013
- _____ **Curso de Direito Penal**, parte especial, volume III. 10ª edição. Niterói,RJ: Impetus, 2013
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v.3. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense 1981.
- JESUS, Damásio de. **Direito penal**: Parte Especial, 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____ **Direito penal**: Parte especial. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, v.3.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 9. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Método, 2013.
- MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao Título VI do Código Penal. São Paulo: Saraiva
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Especial. 2. v. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. rev. e atual. até a EC n. 64 e Súmula Vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2010. 922 p.
- NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1961.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____ **Manual de Direito Penal**. 6.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____ **Manual de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____ **Crimes contra a Dignidade Sexual: Comentários à Lei 12.015/2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____ **Código Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Vol I, Parte Geral, 8.ed. ver., atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____ **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Vol 2, Parte Especial, 9.ed. ver., atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____ **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

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 art. 217 do CP. Boletim IBCCrim. N. 205, dez., p. 12 – 13, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, jurisprudência disponível em <<http://www.stj.gov.br>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, jurisprudência disponível em <<http://www.stf.jus.br>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS, jurisprudência disponível em <<http://www.tjam.jus.br/>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA, jurisprudência disponível em <<http://www.tjba.jus.br/>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, jurisprudência disponível em <<http://www.tjdf.jus.br/>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS, jurisprudência disponível em <<http://www.tjgo.jus.br/>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, jurisprudência disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANA, jurisprudência disponível em <<http://www.tjpr.jus.br/>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUI, jurisprudência disponível em <<http://www.tjpi.jus.br/>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, jurisprudência disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, jurisprudência disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, jurisprudência disponível em <<http://www.tjsc.jus.br/>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, jurisprudência disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/>>.

VADE MECUM SARAIVA/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti, 19ª. ed. Autal e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. V.1, Parte Geral, 9.ed. revista e atualizada.

SITES DE APOIO:

www.ibccrim.org.br

www.direitocriminal.org.br

www.jusbrasil.com.br

www.tele-centros.org/telecentros/secao=102&idioma=br¶metro=9540.html

www.dicionariodoaurelio.com

www.jus.com.br

www.conjur.com.br

www.juareztavares.com/legislacao.html

www.lfg.com.br

http://pt.wikipedia.org/wiki/Hans_Welzel

<http://www.significados.com.br/ultima-ratio>

<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-atosjudiciais>

<http://esaj.tjba.jus.br/cjsq/resultadoCompleta.do>

<http://www.tjrj.jus.br/cs/jurisprudencia1>

<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>