

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DIMENSÃO JURÍDICO-PENAL DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO
ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Camila Casadei Bernardo

Presidente Prudente/SP
2014

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DIMENSÃO JURÍDICO-PENAL DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO
ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Camila Casadei Bernardo

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Luís Roberto Gomes.

Presidente Prudente/SP
2014

DIMENSÃO JURÍDICO-PENAL DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Monografia/TC aprovado como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

LUÍS ROBERTO GOMES

MÁRIO COIMBRA

SILVIA F. KALIL PELÁGIO

Presidente Prudente, _ de maio de 2014.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por me ter concedido a dádiva da vida e saúde, por me amparar nos momentos de angústia e aflição, por todas as graças derramadas em minha vida e por ter me dado o discernimento necessário para a conclusão do presente trabalho.

Agradeço ao meu pai, Rudnei Bernardo, e a minha mãe, Célia Regina Casadei Bernardo, por me proporcionarem o estudo, por me apoiarem em todas as minhas decisões, por toda a paciência, incentivo e força nos momentos necessários, e agradeço ao meu irmão, Felipe Casadei Bernardo, pelo amparo e dedicação.

Ao meu orientador, Luís Roberto Gomes, por ter me proporcionado esta oportunidade, por todo incentivo e conhecimento compartilhado, essenciais para a concretização desta etapa.

Por fim, aos meus amigos que de qualquer forma contribuíram para a elaboração desta pesquisa.

RESUMO

A presente pesquisa explora o alcance da Presunção de Violência, bem como sua aplicabilidade no Código Penal atual, utilizando a doutrina e a jurisprudência como soluções de controvérsias existentes acerca deste assunto bastante complexo no ordenamento jurídico. Neste sentido, os métodos utilizados no presente trabalho foram o comparativo, dedutivo e o analítico, abordando assim, os aspectos gerais do estupro e estupro de vulnerável, passando pelos aspectos históricos da Presunção de Violência, a natureza jurídica deste instituto, e por fim, realizando uma comparação entre o posicionamento absoluto e o relativo, destacando o posicionamento atual da jurisprudência. Importante destacar que com o advento da lei 12.015/09, o atual artigo 217- A do Código Penal converteu-se em um crime autônomo e passou a tratar como vulnerável os menores de 14 anos de idade, invalidando seu consentimento e tratando como crime qualquer ato de cunho sexual praticado com eles, presumindo-se a violência. Evidencia-se também a evolução social e as transformações dos valores morais que influenciaram diretamente na maturidade sexual dos menores. Sendo assim, o posicionamento objetivo que alguns tribunais mais conservadores adotam, acaba por ferir o Princípio do Contraditório ao julgar o caso levando como base a violência ficta. Deste modo, diante desta divergência doutrinária e jurisprudencial, o conteúdo da Presunção de Violência deve ser mitigado, permitindo prova do contrário, analisando o caso concreto e a capacidade de autodeterminação sexual que o menor possuía no momento da prática sexual, restringindo assim a intervenção penal neste âmbito particular do indivíduo.

Palavras-chave: Direito Penal, Crimes contra a dignidade sexual, Estupro de vulnerável, Instituto da presunção de violência, Consentimento inválido.

ABSTRACT

This research explores the scope of the Presumption of violence as well as its applicability in the current Criminal Code, using the doctrine and jurisprudence as solutions to controversies about this very complex subject in the legal system. In this sense, the methods used in this study were comparative, deductive and analytical, addressing as the general aspects of rape and rape of vulnerable, through the historical aspects of the Presumption of violence, the legal nature of this institute, and finally performing a comparison between absolute and relative positioning, highlighting the current positioning of jurisprudence. Importantly, with the enactment of Law 12.015/09, the current article 217 - A of the Penal Code became an autonomous crime and started treating them as vulnerable under 14 years of age, invalidating its consent and treating crime as any act of a sexual nature committed with them, assuming violence. Also evident in the social evolution and transformation of moral values that directly influenced the sexual maturity of minors. Thus, the objective of positioning that some courts adopt more conservative, ends up hurting the adversarial principle to dismiss the case based on the leading fictitious violence. Thus, before this doctrinal and jurisprudential divergence content of Presumption of violence should be mitigated by allowing evidence to the contrary, analyzing the case and the ability to sexual self-determination that had the lowest at the time of sexual practice, thereby restricting the criminal intervention in this particular context of the individual.

Keywords: Penal Law, Crimes against sexual dignity, Rape vulnerable, Institute of presumption of violence, Invalid consent.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A NATUREZA JURIDICA DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL	11
2.1 Proteção comportamental da pessoa humana	13
2.2 Aspectos Históricos da Presunção de Violência no Direito Penal brasileiro.....	14
2.3 Aspectos Gerais do delito de Estupro	17
2.4 Aspectos Gerais do delito de Estupro de Vulnerável.....	22
2.5 A Natureza Jurídica da Presunção de Violência.....	27
2.6 A objetividade e a subjetividade da Presunção de Violência.....	28
3 A CAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL DO MENOR	44
3.1 Transformações sociais no âmbito da moralidade	46
3.2 Capacidade de consentimento do menor na prática do ato sexual	48
3.3 Os valores morais do pensamento cristão	50
3.4 Os meios de comunicação e sua influência na alteração de valores	51
3.5 As mudanças sociais no Direito Penal	53
4 ASPECTOS RELACIONADOS À SEXOLOGIA FORENSE	56
4.1 Dos crimes sexuais	56
4.2 Desvios e perversões sexuais.....	60
5 O POSICIONAMENTO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM RELAÇÃO À CAPACIDADE DE ENTENDIMENTO E CONSENTIMENTO DO MENOR DE IDADE	63
6 BREVE COMPARAÇÃO ENTRE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO	69
6.1 Da supremacia do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.....	71
6.2 Princípios conexos outros	74
6.3 A evolução do entendimento sexual do menor de 14 anos	79
7 CASO PRÁTICO	83
8 CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve por finalidade a análise do instituto da presunção de violência no delito de estupro de vulnerável, através de um estudo detalhado no que se refere à evolução comportamental da criança e do adolescente ao longo dos anos.

Os delitos sexuais sempre foram um assunto complexo de ser abordado, pois está inserido em uma esfera muito íntima do indivíduo, o direito à livre disposição do próprio corpo para o ato sexual, bem como a liberdade de autodeterminação.

A lei 12.015/09 trouxe alterações significativas nos delitos sexuais, pois antes de seu surgimento qualquer ato ilícito que violasse a liberdade sexual do indivíduo se enquadrava em estupro ou atentado violento ao pudor, não havia outras figuras delitivas previstas em lei.

Desta forma, com o advento da lei 12.015/09 novas figuras delitivas foram criadas, dentre elas o estupro de vulnerável.

Ademais, a presunção de violência prevista no antigo art. 224 do Código Penal foi revogada e passou a fazer parte do atual estupro de vulnerável.

É cediço que no tocante ao instituto da presunção de violência no que se refere os menores de 14 anos de idade há uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tema.

Sendo assim, a presente pesquisa visou acalorar a discussão a respeito desta presunção, pois ainda que seja um tema antigo e bastante discutido entre os juristas e doutrinadores do Direito não houve uma pacificação doutrinária, haja vista que se trata de uma esfera muito peculiar do indivíduo, onde a interferência do Estado deve ser mínima.

Para atingir a finalidade proposta no trabalho, primeiramente, foi preciso estabelecer os aspectos gerais do estupro e do estupro de vulnerável, a natureza jurídica dos crimes contra a liberdade sexual, bem como os aspectos históricos da presunção de violência.

Tratou-se por fim neste capítulo sobre a discussão tema desta pesquisa, a objetividade e subjetividade da presunção de violência, expondo os pontos relevantes sobre cada corrente de pensamento, bem como a posição de vários tribunais em seus julgados.

Neste momento do trabalho utilizou-se o método comparativo, onde se confrontou os dois posicionamentos adotados pela doutrina e jurisprudência, analisando as divergências existentes entre eles, além dos pontos relevantes de cada um.

Após, foram feitas algumas exposições acerca da evolução da capacidade de compreensão da criança e do adolescente ao longo dos anos, as transformações no âmbito da moralidade, os valores divulgados pela igreja em relação à sexualidade e a influência direta dos meios de comunicação na capacidade de autodeterminação sexual dos menores cada vez mais precocemente.

Em seguida, tratou-se sobre os aspectos relacionados à sexologia forense, determinando a complexidade do instinto sexual humano e relacionando-o com os desvios e perversões sexuais. Por fim, determinaram-se as espécies de perícias a serem realizadas para a caracterização do estupro.

Foi dedicado um capítulo inteiro para a comparação com o Estatuto da Criança e do Adolescente em relação à capacidade de entendimento e consentimento da criança e do adolescente e outro capítulo para a análise da presunção de violência frente aos princípios constitucionais.

Por fim, analisou-se uma jurisprudência relevante perante o Superior Tribunal de Justiça, pois foi através deste julgado que se relativizou o posicionamento do tribunal frente a presunção de violência.

No que tange esta parte do trabalho, foi utilizado o método indutivo de pesquisa, onde a partir da análise de um caso concreto chegou-se a conclusão sobre o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça perante a presunção de violência no estupro de vulnerável.

Desta forma, utilizou-se o método dedutivo na presente pesquisa, haja vista que existem dois posicionamentos implícitos acerca da presunção de violência, partindo de um estudo detalhado do contexto geral do estupro de vulnerável e da

presunção e, no decorrer do trabalho, concluindo-se pela relativização da presunção na atualidade.

Para a concretização dos objetivos do trabalho foi necessário um estudo aprofundado em manuais de Direito Penal, obras específicas sobre os aspectos relacionados à presunção de violência e os crimes sexuais, bem como livros de medicina legal relacionados à sexologia forense. Além disso, foram realizadas pesquisas na jurisprudência pátria, ponderando os casos julgados e os votos dos respectivos desembargadores.

2 A NATUREZA JURÍDICA DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Adiante, estudaremos o bem jurídico tutelado nos crimes contra a liberdade sexual, bem como os tipos penais cingidos pelo instituto da presunção de violência no que tange o título penal dos crimes contra a dignidade sexual.

O bem jurídico tutelado visa à proteção da liberdade sexual em um sentido restrito e, em um sentido vasto, a proteção da dignidade sexual. Acerca destes aspectos é importante destacar que qualquer indivíduo possui liberdade para preceituar sua sexualidade, salvo nos casos em que existe há o alcance da presunção de violência.

Desta forma, os delitos sexuais ocorrem quando existe uma desobediência à autonomia sexual da pessoa, seja através de violência ou grave ameaça, onde o indivíduo é forçado a praticar o ato de cunho sexual independente de sua vontade.

Entende-se por autonomia sexual a capacidade de autodeterminação sexual do indivíduo, seja na escolha do parceiro ou no tocante ao próprio corpo do sujeito. Assim sendo, a liberdade sexual é a manifestação de vontade livre do ser humano, de manifestação de seus próprios desejos sexuais, opondo-se, quando necessário, a coação imposta por outro agente.

Conforme Luiz Regis Prado assegura em seu livro (2010, p. 600):

A preocupação aqui é assegurar a liberdade sexual, como integrante do livre exercício da própria sexualidade, para que a função sexual individual possa ser exercitada livremente, em condições de total autonomia. Essa perspectiva se efetiva no exercício livre da sexualidade sem limitação, ressalvada a liberdade alheia (vertente positiva) e no direito ao não envolvimento, ativo ou passivo, em atividade de conteúdo sexual e no direito de poder repelir as agressões sexuais de terceiros (vertente negativa).

É cediço ainda que no delito de estupro a idade da vítima é significativa, vez que a presunção de violência no estupro de vulnerável delimita que no caso de

relação sexual com menores de 14 anos de idade a violência é ficta, independe da vontade do agente. Em contrapartida, se o ato de cunho sexual for praticado com sujeito maior de 18 anos de idade, capaz de consentir validamente, a violência deve ser real e, caso não exista, o fato é penalmente indiferente.

A lei 12.015/2009 ao entrar em vigor, alterou o contexto legal do delito de estupro, com isso, o art. 213 do Código Penal passa a abranger no mesmo tipo penal a conjunção carnal e o ato libidinoso, antigo atentado violento ao pudor. Alterou-se, contudo o sujeito passivo do crime, sendo admitidos também homens além de mulheres como vítimas, visto que o caput do artigo emprega o pronome alguém, sendo qualquer indivíduo, independente de gênero.

Os autores Renato Marcão e Plínio Gentil (2011, p. 44) ao tratar sobre as alterações que a lei 12.15/2009 ocasionou com sua entrada em vigor, certificam que:

O vocábulo estupro acabou, ao longo da história das leis penais brasileiras, incluindo as Ordenações, sendo empregado para designar certa variedade de condutas, voltadas ora contra a liberdade sexual, ora contra a honestidade ou a virgindade da mulher. O sentido do termo como coito violento praticado contra mulher, da forma como era entendido até a vigência da Lei 12.015/2009, foi fixado a partir do Código Penal de 1890. A pena era de prisão celular de um a seis anos, aumentada de um quarto se o crime fosse cometido com o concurso de duas ou mais pessoas, mas se a vítima fosse mulher pública ou prostituta, a sanção penal era menor: prisão celular de seis meses a dois anos.

Todavia, em se tratando de estupro de vulnerável tutela-se a dignidade sexual, não mais a liberdade sexual, visto que o sujeito passivo do delito em questão não possui consentimento válido para a prática de atos sexuais. No mais das vezes, especificamente, pode-se dizer que o bem jurídico é a própria vulnerabilidade destes indivíduos tidos como inocentes.

2.1 Proteção Comportamental da Pessoa Humana

Ao longo da história, o comportamento sexual do homem foi se moldando, o instinto sexual do ser humano, aflorado desde os primórdios, sofreu influência através da alteração comportamental da sociedade, o que antes era somente um meio de se obter a perpetuação da espécie, alcançou um novo patamar.

O indivíduo, no decorrer do tempo, passou a escolher um determinado sujeito dentro da espécie para reproduzir, surge então o sentimento de amor, diferente do instinto de procriação que até então prevalecia.

Além do sentimento de amor, a sociedade passou a formular a idéia de pudor, o sentimento de proteção da intimidade individual. O pudor passou a desenvolver-se na medida em que o sexo feminino passou a cobrir suas partes íntimas para não serem cobiçadas por indivíduos do sexo oposto.

Interessante ressaltar que este sentimento não é apenas individual, mas também coletivo, oriundo da moral e dos bons costumes. Embora o sujeito possua a liberdade de praticar ato sexual com quem quiser da maneira como bem entender, existem algumas restrições que dizem respeito ao pudor coletivo, tais como a prostituição, fugindo do padrão de normalidade que a sociedade apregoa.

Desta forma, o Direito Penal deverá intervir quando acreditar que houve violação ao pudor coletivo, impedindo assim, que se propague práticas consideradas transtornos sexuais.

Evidente que o Direito deve se atentar ao âmbito da moralidade para determinar o grau de pudor e ofensa que determinadas condutas provocam na sociedade, no entanto, moral e Direito por mais que se completem, são conceitos distintos. A moral nada mais é que a regulamentação de consciência individual, não é exigida por ninguém, enquanto que o Direito, por sua vez, é exigido, devendo ser observado sob consequência de sofrer punições no âmbito penal.

2.1.1 Aspectos históricos da presunção de violência no direito penal brasileiro

Estudar-se-á agora a evolução histórica dos delitos sexuais conduzidos pelo conteúdo da presunção de violência.

Inicialmente, é importante destacar os antecedentes do estupro e sua gravidade ao longo da história da humanidade.

No transcorrer dos anos, o delito sexual de estupro foi severamente coibido perante os povos antigos. O homem hebreu, por exemplo, que mantivesse ato sexual com noiva de outrem sofria sanção de morte, porém, caso a mulher não estivesse prometida, mas mesmo assim era virgem, o ofensor deveria pagar um dote ao pai da vítima e casar-se com ela. Os egípcios, por sua vez, aplicavam pena de mutilação aos homens que ofendiam a honra de uma mulher. Entre os gregos, aplicou-se inicialmente a pena de multa e posteriormente, no decorrer dos anos, empregou-se pena de morte, assim como os romanos.

No Direito Romano, estupro significava, em sentido amplo, qualquer ato lascivo contra homem ou mulher, englobando inclusive os delitos de adultério e pederastia. Em sentido limitado, por sua vez, estupro abrangia tão somente mulheres honestas ou virgens.

Os práticos qualificavam o estupro em violento ou voluntário, determinando a cisão deste último em próprio, conseqüente do defloramento da mulher, e impróprio se por circunstâncias diversas não se obteve a consumação. Havia ainda a inserção de qualificadoras se o ato sexual fosse praticado mediante emprego de sedução ou violência física.

As Ordenações Filipinas, primeira legislação penal adotada pelo Brasil, refletia em seu livro V o chamado estupro de mulher virgem, onde o homem que deflorava uma mulher era obrigado a casa-se com ela ou, em caso de impossibilidade, deveria ressarcir o prejuízo mediante o pagamento de um dote ao pai da virgem, levando-se em conta a honra ofendida da vítima. Entretanto, se o ofensor não possuísse bens, sofria acoite perante a multidão.

O Título XVIII das Ordenações dispunha sobre o estupro violento, onde se sustentava a pena de morte mesmo que o homem se casasse com a vítima.

A antiga legislação espanhola possuía como sanção a pena de morte ou a entrega do ofensor à família da mulher para matar. As legislações inglesas, por sua vez, puniam com a morte e, posteriormente, passaram a punir com a castração.

O Código Criminal do Império alterou o rigor excessivo das Ordenações Filipinas no Brasil e definiu como pena a prisão de três a doze anos cominada com um dote à vítima. No entanto, caso a ofendida fosse mulher da vida, sua pena se reduziria de um mês a dois anos.

O Código Penal de 1890 inovou ao intitular o estupro como coito violento, definindo como pena a prisão celular de um a seis anos, extinguida em caso de matrimônio subsequente. Ato consecutivo, o Código Penal de 1940 previa a distinção dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor em tipos penais diversos.

A lei 8072/90, lei dos Crimes Hediondos, inseriu o delito de estupro em seu rol, aumentando inclusive a pena para seis a dez anos, sendo de oito a doze anos se resultar lesões corporais e doze a vinte e cinco anos se resultar morte. A lei nº 8930/94 vedou a concessão do benefício de anistia, graça e indulto, bem como o direito a liberdade provisória e fiança.

Com a entrada em vigor da lei 12015/09, os delitos sexuais sofreram mudanças em seus tipos penais, houve a revogação de alguns dispositivos, alterações e inclusões de outros. No que tange o art. 213 do Código Penal, houve a junção do delito de estupro e ato libidinoso em um mesmo tipo, revogando-se, entretanto, o atentado violento ao pudor.

A respeito deste assunto, Luiz Regis Prado orienta (2010, p.598) que:

O legislador de 2009 soube inovar em alguns aspectos no tratamento desses crimes, com intuito de afastar qualquer ranço arcaico e inapropriado referente à idéia de moral e bons costumes presente na versão original do Código Penal, por influência da lei italiana, afastando assim conceitos em desuso ou em contradição com o atual momento histórico-social e cultural, como, aliás, têm feito outras legislações.

Conforme a doutrina vem se amoldando, o conceito de estupro tornou-se mais completo, sendo possível assim, determinar a diferença entre estupro e

demais atos libidinosos de gravidade reduzida, como, por exemplo, o beijo obtido mediante emprego de violência. O beijo lascivo configura crime de estupro, porém, deverá haver uma distinção na aplicação da sanção penal levando-se em conta a razoabilidade, haja vista que tal ato possui menor periculosidade se comparado com a conjunção carnal violenta, por exemplo.

Ademais, ao tratar a respeito do estupro de vulnerável, nota-se que este tipo penal não possuía tipificação autônoma no ordenamento. Desta forma, se o ofensor praticasse conjunção carnal ou ato libidinoso contra menor de 14 anos de idade, contra alguém incapaz de oferecer resistência ou doente mental, aplicar-se-ia aos delitos de estupro ou atentado violento ao pudor.

Embora não havia tipificação determinada para o estupro de vulnerável, a presunção de violência, por sua vez, encontrava-se convencionada na maioria dos delitos contra a liberdade sexual.

Há vestígios da presunção da violência desde os primórdios da Idade Média quando, Carpsovio, influenciado por citações de Digesto, dizia que o consentimento do incapaz não possuía validade, bem como assegurava um postulado cujo significado atinente situa-se no livro de Luiz Regis Prado (2010, p. 622), “quem não quer nem pode querer, dissente; logo, os atos libidinosos praticados contra os menores e doentes mentais têm caráter violento”.

Todavia, houve quem discordasse de tal postulado, como Hommel, afirmando que o incapaz de consentir também se torna incapaz de não consentir, tornando inconsistente a presunção.

A primeira legislação brasileira a tratar sobre a presunção foi o Código de 1890, cujo art. 272 do Código Penal dispunha como crime a prática de ato sexual contra menores de dezesseis anos de idade.

Ato consecutivo, o Código Penal de 1940, em seu art. 224, alterou a idade limite de dezesseis para quatorze anos de idade, acrescentando ainda, os alienados ou qualquer pessoa incapaz de oferecer resistência.

Com a entrada em vigor da lei 12.015/09, o antigo art. 224 foi revogado, em seu lugar acrescentou-se o art. 217-A no Código Penal, o denominado estupro de vulnerável, a presunção de violência foi revogada e em seu lugar deu origem um novo tipo penal autônomo.

Insta salientar que há uma grande distinção entre o delito de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal, e o delito de estupro de vulnerável, art. 217-A do Código Penal. A conduta constranger alguém, diferente do delito de estupro, não se insere no tipo penal descrito no estupro de vulnerável, sendo assim, não se deve considerar se houve de fato o constrangimento da vítima, uma vez que a violência é ficta e a vontade do ofendido não possui validade jurídica.

A legislação penal soviética foi a primeira a adotar critérios diversos do limite etário para determinar a maturidade sexual, assim o juiz tinha liberdade de apreciar caso a caso de forma concreta e vislumbrar a capacidade da vítima levando-se em conta vários fatores diversos, sendo este sistema alvo de inúmeras críticas.

O critério etário adotado pela legislação brasileira sofreu influência de áreas da saúde, onde se definiu a idade mínima de quatorze anos como o início da puberdade e da maturidade sexual, bem como o começo das transformações corporais e psicológicas. Assim, o legislador adotou este critério como o marco da autodeterminação sexual das crianças e adolescentes.

2.2 Aspectos Gerais do Delito de Estupro

Quando o Código Penal foi instituído integrava os delitos sexuais no título crime contra os costumes. Entretanto, com o passar dos anos e a evolução social, este título almejava uma revisão para se enquadrar no contexto social. Costume nada mais é do que a repetição de determinados hábitos sociais tendo em vista a obrigatoriedade perante o Estado. Nesta linha de raciocínio, Cleber Masson (2013, p.02):

A expressão “crimes contra os costumes” era demasiadamente conservadora e indicativa de uma linha de comportamento sexual imposto pelo Estado às pessoas, por necessidades ou conveniências sociais. Além disso, revelava-se preconceituosa, pois alcançava, sobretudo, as mulheres. De fato, somente a “mulher honesta” era tutelada por alguns tipos penais, mas não se exigia igual predicado dos homens. Discutia-se se a esposa

podia ser vítima do estupro praticado pelo marido, sob a alegação de obrigatoriedade de cumprimento do famigerado “débito conjugal”.

Como se vê, a mulher ao longo da história sempre foi considerada mero objeto sexual para o homem, onde seus desejos, intenções e vontades sexuais nunca foram respeitadas, possuindo sempre uma posição submissa perante a sociedade.

Ocorre que, com o passar dos anos o pudor sofreu constante modificação, as mulheres ocuparam papel de igualdade perante os homens na sociedade, deixando de lado este pensamento arcaico de machismo e submissão. O que antes era tratado como imoral deixou de ser, as mulheres conquistaram o direito à sua liberdade sexual, ao sexo consentido visando o prazer e não somente a procriação. Ainda, até as vestimentas foram sofrendo alteração com os anos, as roupas curtas, que antes eram vista como promíscuas, agora fazem parte do universo feminino, tendo em vista, inclusive, a tropicalidade brasileira.

Então, para sanar esta deficiência normativa entrou em vigor a lei 12.015/09, alterando o contexto sexual vigente. O título crimes contra os costumes deu espaço para uma nova nomenclatura, crimes contra a dignidade sexual.

A idéia é de que qualquer pessoa deve ser protegida no que se refere sua sexualidade, tem direito de se manifestar e se satisfazer sexualmente de forma livre, sem violência ou grave ameaça, preservando assim sua vida sexual e a devendo respeito à vida sexual alheia. O Estado não tem o direito de intervir em uma esfera tão íntima do indivíduo, a menos que ocorra uma lesão de fato ao bem jurídico tutelado, assim sendo, deve se assegurar o direito de utilização o próprio corpo da forma que entender adequado, bem como a escolha do parceiro de forma livre.

O título crimes contra a dignidade sexual se encontra dividido em capítulos, estando o delito de estupro tipificado no capítulo dos crimes contra a liberdade sexual.

Diz a lei em seu art. 213 do Código Penal:

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

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

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

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

§2º. Se a conduta resulta morte:

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

Conforme a descrição do art. 213 do Código Penal, a conduta delitiva consiste em constranger, coagir, forçar, a praticar conjunção carnal ou ato de cunho libidinoso. É necessária que ocorra a conjunção carnal, penetração completa ou incompleta, para a caracterização do delito, ou a prática de ato libidinoso simétrico a conjunção carnal. Vale destacar que o ato libidinoso que não se assemelha a conjunção carnal deverá ser enquadrado no art. 61 da lei das Contravenções Penais, Decreto Lei nº 3.688/41, a chamada importunação ofensiva ao pudor.

O bem jurídico protegido é a liberdade sexual da pessoa humana, consistente na manifestação livre de vontade do indivíduo, atinente a prática de cunho sexual. Entende-se por liberdade a capacidade de autodeterminação sexual, ou seja, capacidade de se demonstrar de acordo com seus próprios instintos, opondo-se a tolerar práticas de natureza sexual que não almeja. Neste sentido, Cleber Masson (2013, p. 04):

Se a violência é um ataque franco à liberdade de agir ou não agir, o emprego da fraude, embora não exclua propriamente essa liberdade, é um meio de burlar a vontade contrária de outrem, de modo que não deixa de ser, ela também, dissimuladamente, uma ofensa ao livre exercício da vontade, pois o consentimento viciado pelo erro não é consentimento, sob o ponto de vista jurídico.

Levando-se o caput do art. 213 do Código Penal como base, o sujeito ativo no que tange a modalidade constranger alguém deve ser do sexo masculino, bem como o sujeito passivo deve ser do sexo feminino, vez que o delito de estupro nesta modalidade se enquadra na penetração vaginal, a mulher não pode ser sujeito ativo, somente coautora ou partícipe. Por sua vez, a prática de ato libidinoso possui como sujeito ativo e passivo qualquer indivíduo, pois o ato libidinoso pode ser praticado tanto por indivíduos do sexo feminino quanto do masculino.

Importante destacar que na relação matrimonial, poderá incidir o delito de estupro ao marido que constrange a própria mulher a manter relação sexual com ele, mediante violência ou grave ameaça.

Acerca de tal assunto, Luiz Regis Prado determina que (2010, p.601):

Conjunção carnal, elemento normativo extrajurídico do tipo, consiste na cópula ou coito vaginal – natural – efetuada entre homem e mulher, ou seja, a cópula vaginica (secundum naturam), com a “intromissão do pênis na cavidade vaginal”. Ato libidinoso, também elemento normativo extrajurídico, é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo de cunho sexual, que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência [...]

Para a caracterização delituosa, exige-se o dissenso da vítima, falta de consentimento, de manifestação de vontade.

Da mesma forma, é possível a incidência de estupro mesmo sendo a vítima prostituta, pois aqui não se pretende proteger a honra e a moral da mulher como antigamente se protegia, protege-se a liberdade sexual e, sendo assim, se o ato de cunho sexual foi praticado mesmo tendo a vítima se recusado a praticar, incidirá o delito de estupro. A prostituta possui o direito escolher seus clientes e a forma como pratica sexo, qualquer violação a sua vontade caracterizará estupro.

O tipo penal estipula como constrangimento da vítima a violência e a grave ameaça, a violência referida é física, entretanto a ameaça causa grande temor, nada mais é que o sentimento de receio, intimidação de sofrer algum mal, levando a vítima a entregar-se ao autor. Deve-se destacar que este temor de mal prometido pode incidir sobre a própria vítima ou algum ente querido por ela.

Esta ameaça a qual o tipo penal descreve independe ser justa ou injusta, devendo o delito se caracterizar mesmo que a ameaça seja justa, porém o ofensor se utiliza dela para obter a satisfação de seu desejo sexual.

O constrangimento se consuma com a introdução do pênis na vagina da vítima, ainda que incompletamente, não se exigindo que o autor ejacule. No entanto, o ato libidinoso é instantâneo, se consuma no momento em que se pratica.

O tipo subjetivo do delito é o dolo, consistente na vontade livre e consciente de realizar o ato delituoso buscando a satisfação sexual, não se admitindo a modalidade culposa.

Admite-se tentativa nos casos em que o agente demonstre sua vontade de manter conjunção com a ofendida, todavia, por circunstâncias alheias a sua vontade não consuma o ato. Um exemplo seria a hipótese em que a ofendida consegue se defender das investidas do autor antes da consumação do delito.

Outra circunstância que merece destaque é o caso do indivíduo que pratica várias conjunções carnais com a vítima em um único fato, devendo responder somente pelo delito de estupro com influência na aplicação da pena, conforme os critérios de fixação da pena estipulados no art. 59 do Código Penal.

A pena no delito de estupro é aumentada de quarta parte se ocorreu concurso de pessoas, aumentada a metade se da prática delituosa resultou em gravidez (art. 234-A, III, CP) e igualmente se o ofensor, tendo consciência que é portador de doença venérea, acaba por transmitir o vírus através do estupro (art. 234-A, IV, CP).

No caso de estupro decorrer de lesão corporal grave ou morte, bem como a ofendida estiver na faixa etária entre maior de 14 anos de idade ou menor de 18 anos de idade, incidirá as formas qualificadas do fato delituoso.

Neste caso, verificando que o autor não possuía dolo no antecedente e culpa no conseqüente, tendo a intenção de atingir as qualificadoras ou assumindo o risco, existirá o concurso material entre o delito de estupro e a lesão corporal ou morte, conforme o art. 69 do Código Penal.

Nas hipóteses de lesão corporal leve ou vias de fato não se aplica o concurso material, sendo absorvidas pelo delito de estupro como consta no tipo penal do delito de estupro ao se referir em violência.

No tocante a faixa etária da vítima maior de 14 anos ou menor de 18 anos de idade, servirá como forma qualificada uma vez que a conduta delituosa possui maior juízo de reprovação, vez que a ofendida possui menor propensão de oferecer resistência.

Ao referir sobre concurso de crimes, Rodrigo Duque Estrada Roig (2011, p.139) estipula que:

[...] Havendo a prática de conjunção carnal e de ato libidinoso contra a mesma vítima, deve o agente responder por crime único, pois o novo tipo do

art. 213 é misto alternativo, em que a prática de mais de uma das condutas previstas não enseja o concurso de crimes. No entanto, entendimento diverso sustenta ser possível o concurso entre estupro do art. 213, primeira parte (conjunção carnal), e o estupro do art.213, parte final (ato libidinoso), se os atos libidinosos praticados forem diversos (destacados) dos que precedem à conjunção carnal. Segundo este entendimento, o coito anal, praticado com a mesma vítima, antes ou depois da cópula normal, constituiria crime autônomo.

Por fim, a ação penal no delito de estupro se procede mediante representação da vítima, exceto se a vítima for menor de 18 anos de idade, sendo assim, caso de ação pública incondicionada. Ainda, trata-se de crime hediondo (art. 2,§§ 1º e 2º da lei 8.072/90) onde não admite anistia, graça, indulto e fiança, bem como o regime inicial de cumprimento de pena é o fechado.

2.3 Aspectos Gerais do Delito de Estupro de Vulnerável

O estupro de vulnerável é consequência da inovação trazida pela lei 12.015/09. A presunção de violência, prevista antigamente no art. 224 do Código Penal, foi sucedida pelo estupro de vulnerável, entretanto a presunção não foi abolida do ordenamento jurídico ao contrário do que se pensa, passou a englobar o estupro de vulnerável.

Para este delito, a idade da vítima e suas condições pessoais são de extrema importância para a configuração do delito e merece proteção, salvaguardando a inocência desses indivíduos das consequências que um abuso sexual pode gerar. Diz a lei:

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

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§1º. Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§2º. (Vetado)

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

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

§4º Se a conduta resulta morte:

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

Dessa forma, o delito de estupro de vulnerável consiste na conduta de ter conjunção carnal ou ato libidinoso com os chamados vulneráveis, vítima menor de 14 anos de idade, doente mental ou incapaz de oferecer resistência.

O bem jurídico protegido neste caso é a dignidade sexual, assim entendidos os indivíduos que não possui capacidade de discernimento válido de seus atos de natureza sexual.

A vulnerabilidade a qual o delito se refere independe da idade ou da condição da vítima, nada mais é que capacidade do ofendido reagir ao intento do agressor, sendo mais apto a sofrer a ação de quem almeja violar sua liberdade sexual.

No que se refere às hipóteses em que a vítima possui enfermidade mental ou esta incapacitada de oferecer resistência, Luiz Regis Prado (2010, p.625) determina que:

[...] o fundamento da disposição legal reside na impossibilidade de o sujeito passivo manifestar seu dissenso, como nos casos de imobilização; em decorrência de enfermidade; idade avançada; sono; hipnose; embriaguez completa; inconsciência pelo uso de drogas, entre outros. É indiferente que a vítima seja colocada em tal estado por provocação do agente, ou que tenha este simplesmente se aproveitado do fato de o ofendido estar previamente impossibilitado de oferecer resistência.

Em se tratando da conjunção carnal, somente o homem pode ser o sujeito ativo do delito, restando à mulher somente a co-autoria ou a participação. Em contrapartida, ao se tratar de ato libidinoso, independe o sexo, podendo ser o sujeito ativo tanto homem quanto mulher.

O sujeito passivo do estupro de vulnerável são os menores de 14 anos de idade, portadores de enfermidade mental que não possuem a compreensão adequada para a prática do ato ou os incapazes de oferecer resistência. Assim sendo, na conjunção carnal somente o sexo feminino pode ser sujeito passivo,

porém na realização de ato libidinoso, independe o sexo, sendo tanto homem quanto mulher a vítima em questão.

O crime exige para a sua consumação delitiva a conjunção carnal, completa ou incompleta, ou ato libidinoso semelhante. Desta forma, Renato Marcão e Plínio Gentil afirmam (2011, p.186) que:

[...] o Código pretende encerrar a histórica polêmica acerca da presunção de violência, antes prevista no art. 224, quando o estupro e o atentado violento ao pudor fossem cometidos contra menores de catorze anos ou contra alienados ou débeis mentais, ou ainda contra quem, por outro motivo, não pudesse oferecer resistência. Como a discussão gira em torno de se tratar presunção absoluta ou relativa, a fórmula do novo art. 214-A, criando um tipo penal autônomo, do qual não consta o elemento constranger, aparentemente elimina a dúvida sobre ser necessário o dissenso do vulnerável: tendo conjunção carnal ou com ele praticando outro ato libidinoso, o agente estará cometendo essa modalidade de estupro, alias apenada mais severamente do que o estupro simples, previsto no art. 213.

Não há na tipificação a modalidade culposa, somente dolosa, assim sendo, complementa Guilherme de Souza Nucci (2009, p.36) que “o elemento subjetivo é o dolo, não se punindo a forma culposa. Cremos existente o elemento subjetivo específico, consistente na busca da satisfação da lascívia”, assim, é necessário o dolo do autor para a caracterização delituosa, ou seja, vontade livre e consciente de praticar com a vítima ato libidinoso ou conjunção carnal. Neste caso, não se enquadra no delito de estupro se ocorreu erro de tipo, onde o ofensor acreditava que a vítima possuía 14 anos de idade ou mais.

Ainda, com relação ao erro de tipo previsto no art. 20 do Código Penal, a presença ou não da vulnerabilidade do menor não deve ser confundida com erro de tipo. Se por ventura, o ofensor pratica conjunção carnal acreditando que a vítima era maior de 14 anos, influenciado pelas características físicas e a maturidade na conversa, é caso inequívoco de erro sobre a elementar do tipo (menor de 14 anos) e, conforme defende Cleber Masson (2013, p. 64) “não foi prevista a modalidade culposa do estupro de vulnerável, o fato é atípico. Esta conclusão é inevitável, inclusive na hipótese de inescusabilidade do erro, em face da regra contida no art.20”.

É admissível a forma tentada se o estupro não se consumou por circunstâncias alheias a vontade do agente, tendo em vista seu caráter plurissubsistente, ou seja, o fracionamento da conduta. Um exemplo claro seria de um ofensor que convida o menor para adentrar à sua residência visando praticar conjunção carnal com ele, entretanto, policiais invadem o logradouro e impedem a consumação.

Há uma clara distinção entre estupro de vulnerável e violação sexual mediante fraude (art. 215 do Código Penal), pois conforme o tipo do estupro de vulnerável determina é necessário que seja a vítima menor de 14 anos, deficiente mental ou esteja incapaz de oferecer resistência para a consumação, assim, se a capacidade de resistência for total, incide o estupro de vulnerável. Um exemplo seria o médico que aplica anestesia na paciente e mantém com ela conjunção carnal.

Em contrapartida, na violação sexual mediante fraude a vítima possuía capacidade de resistência, porém foi enganada, não consentindo o ato de cunho sexual. Como exemplo o médico que se utiliza da desculpa de fazer um exame e alisa o órgão genital da paciente.

No que tange a enfermidade ou deficiência mental descrita no art. 217-A, §1º, 1ª parte, indistinto ser permanente ou temporária, pois o que se protege é a falta de discernimento para o ato sexual. Sendo assim, para que se comprove a deficiência mental da vítima é necessário que haja perícia para averiguar a falta de discernimento. Então, somente se pode falar em vulnerabilidade caso o ofensor pratique o ato consciente da vulnerabilidade da vítima e, mesmo assim, não é suficiente somente a ciência da deficiência, é necessário que ocorra ainda um aproveitamento da situação por parte do autor.

Diante disto, se houver uma interpretação fiel do texto normativo o deficiente mental não pode praticar nenhum ato sexual, pois quem se relacionar com ele pratica ilícito penal, retirando-se assim seu direito de amar e manter laços afetivos.

Com o advento da Lei 12.015/09, a presunção de violência no estupro de vulnerável passou a ser tratada de forma absoluta perante alguns tribunais, baseando-se nesta idéia que Cleber Masson (2012, p. 54) explica:

A escolha é objetiva, razão pela qual não há espaço para discutir eventual possibilidade de afastar determinadas pessoas, menores de 14 anos, da definição de vulneráveis, em decorrência de questões ligadas à educação, ao passado repleto de promiscuidade ou ao estilo de vida.

No entanto, Rodrigo Duque Estrada Roig (2011, p. 143) diverge sobre tal entendimento em seu livro:

[...] A presunção de ausência de discernimento não deve ser absoluta, devendo ser afastada se o menor já era sexualmente experiente. Em recente decisão do STJ, foi suscitada pelo Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJSP) uma acertada revisão da antiga noção de presunção de violência, afastando-a em relação a pessoas maiores de 12 anos. Segundo essa tese, para uma boa interpretação da lei, é necessário que se leve todo o ordenamento jurídico do País. Nesse sentido, saber se o estupro se qualifica como crime pressupõe análise do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Conforme o art. 2º do Estatuto, o menor é considerado adolescente dos 12 aos 18 anos de idade, podendo até sofrer medidas socioeducativas. Assim, se o menor, a partir de 12 anos, pode sofrer tais medidas por ser considerado pelo legislador capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram todos os locais, em especial os lares, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente um ato sexual. [...]

Verifica-se assim, que a presunção de violência deve ser interpretada de forma relativa, levando-se em conta o caso concreto e a história de vida da vítima, visto que na atualidade a capacidade de autodeterminação sexual do menor sofreu grande influência da mídia com a exibição de conteúdo abusivo e pornográfico, alterando-se a capacidade de compreensão do menor e reduzindo a idade para seu consentimento válido.

Pode sofrer ainda a inserção de formas qualificadas no delito, conforme o art. 217- A §3º e 4º do Código Penal se refere, gerados por conseqüente lesão corporal grave ou morte do ofendido.

Ocorre aumento de pena (art. 226 do Código Penal) do se o ato for praticado por ascendente, padrasto, tio, irmão ou qualquer pessoa que possua autoridade perante o ofendido.

Por tratar-se de vulneráveis, a ação penal neste caso é pública incondicionada, com base no art. 225, parágrafo único do Código Penal, estando inserido nos crimes hediondos, devendo ser a pena cumprida em regime inicial fechado, como visto no art. 1º, VI, da lei 8072/90.

2.4 Natureza Jurídica da Presunção de Violência

Com o advento do Código Penal de 1890, a maioria dos doutrinadores possuía o entendimento de que a presunção de violência aplicada no delito de estupro de vulnerável era absoluta, assim sendo, independia o consentimento do vulnerável na prática sexual, sob a escusa de que o menor até os 16 anos de idade não possuía capacidade de autodeterminação perante o sexo.

Para esta parcela na doutrina o consentimento do ofendido não possui validade, uma vez que não se pode esperar que uma pessoa nesta idade possua pleno discernimento acerca dos atos sexuais praticados por ele.

O legislador, tentando se adequar a evolução da sociedade, reduziu a presunção de violência no Código Penal de 1940, diminuindo a idade limite de 16 anos de idade para 14 anos de idade.

A presunção de violência se fazia útil perante a sociedade patriarcal que existia na época, onde o sexo feminino era submisso aos homens que controlavam inclusive sua sexualidade. Neste sentido, em nome dos bons costumes e do sentimento de pudor coletivo se criou este elemento normativo que sanciona o sexo precoce para os menores de 14 anos de idade.

A jurisprudência e a doutrina que adota a presunção de violência absoluta, ou seja, inadmitindo prova do contrário, embasou sua tese de defesa na inocência infantil, onde o vulnerável, mesmo que consentisse o ato sexual, não possui plena maturidade psicológica para manifestar sua vontade, vez que não há ciência das conseqüências que este ato acarreta. Neste sentido, Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p.29):

[...] não se podia confundir comportamento leviano, irresponsável, com maturidade de consentir (consciência crítica) livremente sobre atos sexuais. Tendo o Código Penal fixado a idade, teria deixado, de modo algum, ao magistrado a aferição, em cada caso, da maturidade do menor.

Enfim, ao inserir no ordenamento jurídico o antigo art. 224 do Código Penal, o legislador pretendia afirmar que o consentimento do menor para o ato sexual não possuía relevância alguma, ainda que instigasse ou provocasse o autor, estaria instaurado o estupro de vulnerável.

Ocorre que, com o passar dos anos a natureza jurídica absoluta da presunção de violência passou a acarretar sentenças injustas e inconsistentes, vez que não se analisava o histórico de vida da vítima.

Observa-se que com a evolução social, o menor de 14 anos passou a sofrer influência no âmbito sexual, ocasionando uma maturidade erótica cada vez mais precoce. Dessa forma, devem ser levados em conta os aspectos subjetivos, a realidade social em que o jovem está inserido e a manifestação de seu consentimento.

Vislumbra-se assim, que a jurisprudência passou a relativizar a presunção, deixando de lado a forma rígida com que a doutrina interpretava os casos de relação sexual com menores de 14 anos. Levou-se em conta como fator da modificação a evolução social e moral, haja vista que o sentimento de pudor coletivo se encontra em constante transformação.

A interpretação no sentido literal deixou lugar para a relativização da natureza jurídica, admitindo neste caso, prova em contrário.

Importante salientar ainda que as demais condutas estipuladas no estupro de vulnerável, tais como a prática sexual com deficiente mental ou quem, por qualquer circunstância, encontra-se incapaz de resistir, sofrem interpretação relativa perante a doutrina, bem como não há nenhuma menção expressa no texto de lei acerca da natureza absoluta da presunção.

2.4.1 A objetividade e a subjetividade da presunção de violência

Conforme é cediço, há uma divergência de interpretação doutrinária em relação à presunção de violência aplicada no delito de estupro de vulnerável. Diante disso, serão abordados a seguir os pontos relevantes de cada corrente de

interpretação que merece destaque, questionando-se inclusive, qual o melhor posicionamento perante a atualidade.

Em meados da década de 80 a interpretação absoluta da presunção constante no art. 224 do Código Penal passou a ser questionada perante os Tribunais superiores. Alguns doutrinadores, influenciados pela mudança social que ocorria no século XX, passaram a relativizar a presunção, entendendo que os vulneráveis a que o legislador se referia na edição do Código Penal de 1940 modificaram sua capacidade de discernimento ao longo dos anos.

Tal posicionamento ainda hoje não se pacificou, dessa forma a discussão acerca deste tema continua em debate.

Rogério Greco (2012, p. 531), preleciona em seu livro uma posição objetiva da presunção de violência, pois acredita não haver elemento criado pelo legislador mais objetivo que a idade da vítima. Insta salientar ainda como exemplo o art. 115 do Código Penal, onde a prescrição é reduzida de metade se o ofensor é menor de 21 anos ou maior de 70 anos.

Adepto também a objetividade da presunção, Luiz Regis Prado (2010, p.624) preconiza que:

[...] Assim, configura o delito em análise a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos, ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois a lei ao adotar o critério cronológico acaba por presumir *iuris et iure*, pela razão biológica da idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual. [...]

Os favoráveis a presunção absoluta crêem que mesmo o vulnerável consentindo o ato sexual ou possuindo uma vida impudica, ainda assim não é suficiente para deixar de lado o entendimento do legislador ao criar esta política. Acreditam ainda na imaturidade dos menores, vez que é nesta idade onde há uma constante oscilação do pensamento e a formação do caráter individual se encontra incompleta, influenciada ainda por diversos fatores externos.

Importante destacar que a finalidade da presunção é exclusivamente a proteção da inocência do menor de 14 anos que se encontra despreparado para o início da vida sexual e suas conseqüências.

Visando acabar com o teor da discussão, a lei 12.015/09 revogou o antigo art. 224 do Código Penal e inseriu o chamado Estupro de Vulnerável, destacando assim a vulnerabilidade que se encontrava o menor de 14 anos.

Rogério Greco (2012, p. 533) preceitua da seguinte forma:

Como dissemos anteriormente, existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima. Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o delito de *estupro de vulnerável*.

Desta forma, os adeptos da objetividade acreditam que o ofensor deveria ter conhecimento a respeito da idade da vítima, pois, no caso de não ter ciência da idade ou ser ludibriado pelo ofendido, se incidira o erro de tipo.

Neste caso, independem os antecedentes da vítima, seu caráter, moral, vida pregressa ou falta de inocência, o consentimento continuará sendo inválido.

Adepto desta corrente objetiva, Damásio de Jesus relata (2009, p.97):

Foram transformadas pelo legislador de causas de presunção de violência (art. 224) em circunstâncias legais especiais, denominadas causas de aumento de pena (art. 9.º da lei especial). São de aplicação obrigatória e de natureza objetiva.

Outro fator que merece relevância é a questão da violência ou grave ameaça, pois para o delito de estupro de vulnerável independe o consentimento do ofendido, assim sendo, a chamada violência real é irrelevante para a caracterização do tipo penal. A presunção visa à proteção do ofendido contra uma conduta do agente que abusa da vulnerabilidade e da incapacidade de apresentar resistência.

Verifica-se neste mesmo sentido a aplicação da jurisprudência do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1.A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp nº. 762.044/SP, relator para acórdão Ministro Félix Fisher, em 14/12/2009, DJe de 14/04/2010, decidiu que presunção de violência prevista no art. 224, a,

do Código Penal é absoluta, sendo irrelevante, penalmente, o consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo. 2. Agravamento regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1382136 TO 2013/0155036-3, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 03/09/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/09/2013)

Embora esta corrente de entendimento seja minoritária na atualidade, ainda há casos atinentes a natureza absoluta nos Tribunais superiores.

O caráter absoluto da presunção não leva em conta a vida reprovável da vítima, promiscuidade, sua inocência ou castidade para a aplicação do tipo penal, sendo relevante somente a idade da vítima na idade da consumação do ato sexual.

A psicologia entende que os menores de 14 anos de idade não possuem um amadurecimento intelectual completo, sendo incapazes de compreender todos os efeitos que o sexo gera. Neste sentido, mesmo em casos de vítimas já corrompidas sexualmente, podem sofrer influência externa na sua capacidade de compreensão, viciando assim seu consentimento.

Neste sentido, para os adeptos da presunção absoluta não se admite prova do contrário, partindo-se do princípio de que a vulnerabilidade do menor não deve se amoldar ao caso concreto, sendo assim, não se permite a discussão da existência ou não do direito concreto. Neste ponto, Cleber Masson (2013, p. 54) leciona:

A escolha é objetiva, razão pela qual não há espaço para discutir eventual possibilidade de afastar determinadas pessoas, menores de 14 anos, da definição de vulneráveis, em decorrência de questões ligadas à educação, ao passado repleto de promiscuidade ou ao estilo de vida.

Assim, a presunção absoluta ou, como alguns se referem, *iuris et iuris*, possui enfoque na incapacidade de consentir do menor e na irrelevância do comportamento anterior reprovável. Entretanto, a jurisprudência que adota a relativização da presunção, a chamada *iuris tantum*, procura amenizar esta absolutividade, permitindo compreensão diversa caso a vítima possua vida reprovável, sendo no caso concreto, mais sedutora do que seduzida. Atinente a este sentido absoluto, o julgado do TJPR:

ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA COM MENOS DE 14 ANOS DE IDADE. MENINA INEXPERIENTE. CONSENTIMENTO INVÁLIDO NOS TERMOS DO ART. 224, 'a', DO CP. INFANTE SEM DISCERNIMENTO EM MATÉRIA SEXUAL. RECURSO IMPROVIDO. O consentimento da vítima menor de 14 anos não pode ser levado em conta quando a mesma se mostra totalmente inexperiente e detentora de uma complexidade psicológica compatível com sua idade, vez que o tipo do art. 224, a, do CP, que dita a presunção de violência para menores de 14 anos visa justamente proteger a inocência destes ante sua inexperiência com relação à vida sexual, tendo como fundamento a impossibilidade de manifestar consentimento válido por desconhecerem as conseqüências que podem advir de possíveis atos sexuais. Precedentes do STF: HC 74.7000-PR; RE 108.267-PR.

Neste caso, mesmo tendo a vítima menos de 14 anos de idade e mantido um relacionamento amoroso com o autor, consentindo a conjunção carnal, o Tribunal de Justiça do Paraná não considerou como válida a manifestação de vontade da ofendida, vez que o ofensor possuía 22 anos na época do fato, além de vasta experiência sexual, motivo pelo qual poderia facilmente induzir a vítima, despertando nela vontades para as quais não estava preparada e nem possuía plena maturidade.

No mesmo sentido, Renato Marcão e Plínio Gentil (2011, p.187) evidenciam serem adeptos desta natureza absoluta em seu livro:

Não nos parece, contudo, haver espaço para contestar que a conjunção carnal, ou o ato libidinoso, com as pessoas mencionadas no *caput* do art. 214-A configuram estupro de vulnerável, sem ter relevância alguma o seu eventual consentimento. Em resumo, a lei não permite a prática de atos sexuais com aqueles que têm por vulneráveis, assim considerados conforme a redação desse dispositivo.

Isto posto, vale ressaltar que para os adeptos deste posicionamento ainda que alguns menores já possuam maturidade sexual e vontade de anuir ao ato sexual, não encontram-se preparados psicologicamente para os efeitos consecutivos, necessitando assim, de uma proteção perante o legislador. Desta maneira, mesmo a mulher desvirtuada necessita de proteção penal, uma vez que a prática sexual não significa maturidade e, desta forma, a mulher prostituída pode ser vítima de estupro, pois não está em questão sua honestidade, e sim sua liberdade sexual.

Na realidade, a divergência doutrinária se expressa no momento de determinar o início do amadurecimento sexual do menor. O legislador vincula o início da maturidade sexual através de uma idade prefixada, entretanto, com essa vinculação, acabou por ferir o bom senso, pois o ofendido possui capacidade de consentimento válido ao atingir determinada idade (14 anos), porém se tivesse consentido um dia antes de completar esta idade, seu consentimento não produziria validade, presumindo-se ainda que o ofensor utilizou-se de violência.

Tentando solucionar o conflito normativo, Luiz Flavio Gomes (2001, p.93) indica:

O certo é que a lei é estática, enquanto o ordenamento jurídico é dinâmico por natureza, porque a realidade social também o é. Uma situação concreta pode não encontrar previsão numa lei, mas sempre terá uma solução dentro do ordenamento jurídico, que avança diariamente, seja por tarefa interpretativa judicial progressiva que primordialmente deve se ater aos textos constitucionais e internacionais, acima de tudo, quando são contrariados pela legislação ordinária. Seria, no entanto, um erro supor que este modelo constitucionalista libera o juiz do texto legal. Não se trata de desvincular o juiz da lei nem de submetê-lo a algo metajurídico. Nada disso: o instrumento que servirá de fonte para suas decisões esta rigorosamente dentro do mundo jurídico, sobretudo na lei, sempre que ela não contrarie dispositivos de hierarquia superior.

Vislumbra-se que o magistrado deve aplicar o Direito levando em conta a realidade social, haja vista anteriormente que a lei é inerte, uma vez criada não muda, nem leva em conta o avanço social. Assim sendo, no julgamento do estupro de vulnerável o juiz precisa buscar a solução mais justa para o conflito, não é cabível então adotar um posicionamento absoluto da presunção de violência, apenas aplicando o Direito, não levando em conta o contexto fático real e sem a prova concreta do fato, apenas limitando-se a uma violência ficta, não de fato. É dever do magistrado amoldar a lei ao caso concreto, dentro de suas limitações.

Destarte, restou-se evidenciado que o tema sexo se transformou, deixou de ser considerado um tabu entre a sociedade e passou a ser tratado com maior liberdade, é uma realidade presente na vida de todo ser humano e a visão sobre o assunto se alterou ao longo dos séculos, modificando-se este posicionamento absolutista conservador que norteava o ordenamento.

Acerca deste assunto, Luiz Flavio Gomes (2001, p.34) relata:

A realidade demonstra que, no campo da liberdade sexual, muita coisa se transformou, muitos preconceitos foram extirpados, pois o mundo e a sociedade mudaram. Entre os anos de 1940 (publicação do Código Penal) e os anos 90, vários acontecimentos modificaram o mundo. Guerras e conflitos. Mísseis, satélites, computadores de alta definição etc. No campo das ciências humanas, a medicina avançou, célere, dos transplantes até a investigação da fecundação in vitro. A psicanálise vem desvendando, com muita nitidez, os caminhos do desconhecido, que guiaram muitas das decisões do homem. Mutações espantosas atingiram a vida social, política e familiar. Apenas esses exemplos servem para indicar que, diante de tantas e importantes transformações que afetaram a sociedade, o tema sexo, evidentemente, não poderia continuar sendo tratado da mesma forma de antes: um assunto proibido, porque, evidentemente, também a mulher mudou [...]

A moralidade sofreu uma intensa revolução, extirpando certos preceitos protegidos pelo legislador, a mulher conquistou uma posição de igualdade perante o homem e, neste aspecto, passou a escolher seus parceiros afetivos de acordo com a sua vontade. Deste modo, a única saída é a modernização do Direito, adaptando ele à nova realidade social, tornando menos rígida está proteção penal em favor dos vulneráveis.

Merece ainda destaque o avanço no número de menores de 14 anos inseridos na prostituição e no tráfico. Na maioria dos casos, esses menores praticam tais comportamentos reprováveis, pois se encontram em estado de miséria ou não possuem uma base familiar sólida.

Sendo assim, não há como se ocultar a realidade social, onde a incidência de prostituição e promiscuidade entre os menores aumenta gradativamente, inviabilizando a proteção por parte do legislador, pois não existem mais segredos na prática sexual, não há a possibilidade de serem tratados como vulneráveis, vez que não existe a ocorrência de incapacidade para indivíduos que praticam sexo com habitualidade.

Entretanto, a discussão que existe a este respeito é se o fato do menor possuir vida reprovável antes de praticar conjunção carnal ou ato libidinoso seria motivo para anular a presunção de violência. Para alguns juristas, adeptos da relativização da presunção, é caso de erro de proibição (art. 21 do Código Penal), onde se abnega a ilicitude tendo em vista a atuação do menor na prostituição infantil. Para outros juristas, defensores da presunção absoluta, como Cleber Masson (2013, p. 65) “o agente é culpável, não se podendo falar em ausência da

potencial consciência da ilicitude. Com efeito, inúmeras são as campanhas de combate à prostituição infantil, veiculadas inclusive no exterior”.

Desta forma, no caso dos deficientes mentais e enfermos não se pode utilizar uma presunção absoluta, impedindo-os de se relacionar e retirando seu desejo sexual, deve analisar o caso concreto e dividi-los entre os incapazes de consentir validamente e os capazes de se autodeterminar, dependendo de comprovação acerca do tipo de deficiência mental, assim sendo, de acordo com o caso concreto é possível utilizar-se do erro de proibição quando se desconhece o caráter ilícito da conduta por parte do enfermo que consente o ato.

Ainda, no que se refere à incapacidade de oferecer resistência deve se analisar o fato concreto, amoldando o direito ao caso em questão, conforme se prevê a corrente relativa da presunção. Um exemplo seria o indivíduo que se embriaga voluntariamente e mantém conjunção com outra pessoa, porém quando o efeito do álcool some, se arrepende de consentir o ato. Neste caso, não se concretiza o delito de estupro por tratar-se de embriaguez voluntária, inexistindo então a vulnerabilidade da vítima.

Diante disto, resta-se evidenciado que a presunção deve ser relativa, admitindo prova do contrário e visando à busca da verdade real e da intervenção mínima do Estado, somente quando houver efetiva lesão ao bem jurídico.

Para Guilherme de Souza Nucci (2009, p.37) a relativização da presunção de violência, levando-se em conta o nível de conhecimento do menor acerca do conteúdo sexual, é a idéia que deve ser adotada perante os juristas:

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa à vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada.

O legislador quando defende uma presunção absoluta acaba estagnando a realidade social, uma vez que se encontra, durante anos, paralisado

na faixa etária dos 14 anos de idade para o início da autodeterminação sexual. Assim, esta proteção penal continua rígida, desacompanhando os avanços comportamentais dos menores.

Há ainda outra crítica que merece abordagem no tocante a discussão sobre a natureza da presunção, o legislador quando estipulou o limite etário de 14 anos para a autodeterminação, considerando que apenas nesta idade o menor possui consciência sobre a vida sexual, criou uma incoerência, pois se esqueceu de uniformizar os conceitos, tendo em vista o Estatuto da criança e do adolescente que configurou o maior de 12 anos como sendo adolescente, estando assim apto a sofrer sanções em razão da consciência da ilicitude. Ora, se o menor aos 12 anos possui consciência da ilicitude, deveria então possuir capacidade para se autodeterminar.

Diante disto, não são poucos os juristas que adotam o caráter relativo da presunção, com fundamento na idéia de que o juiz não deve perder sua percepção da realidade, precisa aplicar sempre a real interpretação normativa e enquadrar o direito as situações da época.

Conforme Luiz Flávio Gomes (2001, p.51):

[...] no que diz respeito à presunção legal de violência relacionada com a idade da vítima, pode-se dizer, sucintamente, que não se trata de presunção absoluta, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial claramente majoritários. É presunção de natureza relativa, que pode ser afastada: a) quando há erro (de tipo) sobre a idade; b) quando a vítima não conta com comportamento irrepreensível e, por fim, diante da contribuição doutrinária de Márcio Bártoli, c) também ficaria excluída a presunção quando a vítima menor conta com maturidade sexual bastante (autodeterminação sexual) e adere voluntariamente ao ato, ainda que não revele moral inatacável.

Vislumbra-se que quando ocorrer erro de tipo em razão da inobservância acerca da idade da vítima, em razão das características físicas, comportamento maduro, ou ainda no caso de vítima prostituta, se verifica casos de relativização da presunção. À medida que a vítima deixa claro que consentiu o ato sexual, ou seja, que não existiu o constrangimento nem o elemento violência na conduta do autor não há a possibilidade de se caracterizar hipótese de estupro perante o legislador. Neste teor encontra-se o Habeas Corpus nº73662 julgado pelo STF:

COMPETÊNCIA - 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 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)

De acordo com o teor do julgado, a vítima em questão se passava por maior de 14 anos de idade, em razão de sua maturidade mental e física precoce, tendo a ofendida inclusive afirmado em depoimento que consentia a prática sexual com o ofensor, somente comparecendo em juízo em razão da denúncia feita por seu genitor.

Resta-se evidenciado que é caso inequívoco de erro de tipo, vez que o ofensor acreditava que a vítima possuía mais de 16 anos de idade. Sendo assim, a presunção deve ser interpretada de maneira relativa, pois não há hipótese de tratar a vítima, que já possuía uma vida promíscua, como vulnerável, carecedora de proteção por ser considerada indefesa. Cabe ao magistrado flexibilizar o texto normativo, adequando ao contexto social e seguindo as modificações dos costumes.

Como se vê, muitas são as críticas acerca da presunção absoluta, pois aceitar esta presunção significa desconhecer a realidade social e ignorar o conhecimento sobre sexo que esses menores possuem, como estipula Luiz Flavio Gomes (2001, p. 44):

Vive hoje no mundo da ficção quem acredita na *fictio juris* de que o adolescente nada sabe sobre sexo. Na era da cibernética e da comunicação de massa, é enorme a quantidade de informação sexual (ressalva-se que para muitos isso significa desinformação) transmitida abertamente. Em qualquer horário, pela mídia (televisão e imprensa). O uso de preservativo

nas relações sexuais, por exemplo, em todo mundo, ocupa a atenção do telespectador. Mais recentemente, nas novelas de responsabilidade da maior emissora de televisão do nosso país, só não recomendadas para menores de doze anos, é possível ver, no horário nobre, cenas explícitas de sexo.

Em suma, compreender a presunção como sendo absoluta é reconhecer o descompasso e a incerteza normativa, é afirmar que a capacidade de entendimento sexual do menor de hoje é a mesma que da entrada em vigor do Código Penal, negando a aplicação adequada do direito ao caso e, inclusive, a manifestação de sua sexualidade.

O grande equívoco praticado pelo legislador foi considerar vulnerável o menor de 14 anos de idade, pois caso o adolescente seja vítima de estupro no dia de seu aniversário de 14 anos não caracterizará estupro de vulnerável, se enquadrando somente em estupro simples, sem a qualificadora do art. 213. Todavia, por enquadrar-se no estupro simples, caso haja o consentimento no menor, o fato se torna atípico, vez que não houve emprego de violência ou grave ameaça. Assim, como pode o menor obter capacidade de autodeterminação de um dia para o outro, levando somente o critério etário como base?

Adepto do relativismo da presunção, Fernando Capez preconiza (2010, p. 82):

Entretanto, os Tribunais Superiores vinham adotando entendimento no sentido de que a presunção de violência seria absoluta quando o crime fosse praticado contra vítima menor de idade (*juris et jure*). Assim, sustentava-se que o consentimento de menor de 14 anos para a prática das relações sexuais e sua experiência anterior não afastariam a presunção de violência para a caracterização do estupro ou do atentado violento ao pudor, da mesma forma, o comprovado concubinato do réu com a vítima menor de 14 anos não teria o condão de elidir a presunção de violência. Entendíamos que a presunção não poderia ser absoluta, sob pena de adoção indevida da responsabilidade objetiva. O dispositivo em questão tinha como intuito proteger o menor sem qualquer capacidade de discernimento e com incipiente desenvolvimento orgânico. Se a vítima, a despeito de não ter completado ainda 14 anos, apresentava evolução biológica precoce, bem como maturidade emocional, não havia porque impedir a análise do caso concreto de acordo com suas peculiaridades.

Desta forma, o magistrado deveria amoldar-se o direito no fato real, admitindo prova do contrário e buscando sempre a verdade no intuito de objetivar sua convicção. A este respeito, imaginando que uma menor com 12 anos de idade

mantivesse um relacionamento amoroso com um indivíduo maior de idade e manifestasse vontade para se relacionar sexualmente com o autor. Neste caso não haveria motivo para condenar o autor pelo delito de estupro de vulnerável, caso a vítima demonstrasse consentimento e ampla maturidade, apresentando discernimento avançado em relação aos menores de sua faixa etária, caso inequívoco da necessidade de se amparar o texto normativo com base na presunção relativa.

Além do mais, Cezar Roberto Bitencout (2013, p.151) acrescenta:

Fica claro que não compartilhamos do entusiasmo daqueles que vêem a publicização da ação penal maior proteção das vítimas de violência sexual, pois, a nosso juízo, não passa de um grande e grave equívoco ideológico; além de representar uma violência não apenas à liberdade sexual, mas, fundamentalmente, ao seu exercício, que é tolhido pelo constrangimento estatal, que obriga a vítima a se submeter publicamente ao *strepitus fori*, à exploração midiática, aos fuxicos tradicionais, que casos como esses, invariavelmente, provocam. Atribuir, por outro lado, a titularidade da ação penal ao Parquet não é sinônimo de maior proteção à vítima ou ao bem jurídico tutelado; pelo contrário, desrespeita o direito daquela que, nesses casos, tem o direito preponderante à proteção de sua intimidade e sua privacidade [...]

O estado não pode ser possuidor da intimidade sexual dos cidadãos, pode somente assegurar que se respeite este direito tão íntimo e individual dos indivíduos, somente a vítima tem a capacidade de avaliar os danos sofridos com a conduta lesiva, assim, se ela determinar que não houve violência, não há que se falar em ilícito penal, sendo somente um indifferente penal. O direito não pode ignorar as vontades da vítima quando o ilícito gera repercussão na sua esfera mais íntima, a tarefa do estado é somente salvaguardar esta liberdade individual estipulada pela Constituição Federal.

O conceito de vulnerabilidade previsto no estupro de vulnerável é muito impreciso, neste sentido, visando determinar a necessidade de amparo legal destes indivíduos, Luiz Regis Prado (2010, p.624) conceitua:

A vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade. É dizer: o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é ou está mais suscetível

à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual, de modo a lesioná-la.

Isto posto, a vulnerabilidade deve ser analisada de forma relativa, admitindo prova do contrário, pois conforme o significado, vulnerável é o indivíduo que se encontra mais propenso a influência de terceiros em sua sexualidade, imaturos no que tange o sexo, sem conhecimento das conseqüências futuras advindas do ato sexual. Entretanto, relacionar o menor corrompido que já pratica e consente o ato sexual como sendo vulnerável é um grande descompasso, já que em muitos casos o menor acaba instigando e não sendo instigado conforme determina o legislador, demonstrando grande capacidade de compreensão e ciência do ato sexual.

Ainda que alguns doutrinadores mais conservadores como Damásio, Mirabete e Greco se posicionem de forma absoluta no que tange a presunção, objetivando unicamente a proteção no menor contra os abusos e explorações sexuais, prostituição e salvaguardando-os dos danos causados pelo ato sexual prematuro, tal posicionamento se encontra em desconformidade, pois não concede ao juiz liberdade para a busca do caso concreto, medindo o grau de maturidade sexual do menor. Sendo assim. Luiz Flavio Gomes (2001, p. 144) evidencia:

Um ato sexual praticado contra criança significa abuso sempre ou praticamente sempre (somente em casos escabrosos e raríssimos, de criança com vida sexual pública militante e notória, poder-se-ia imaginar o afastamento do delito sexual, inclusive com apoio num eventual erro de tipo sobre a idade). Já o ato sexual praticado com um adolescente pode ser juridicamente válido. Valendo-nos do critério do legislador (que pode não ser o melhor, mas é um critério legal), pelo ius positum vigente, podemos afirmar que a autodeterminação sexual, em regra, ocorre quando a criança se transforma em adolescente. Enquanto se trata de criança há a *innocentia consilii*. Cuidando-se de adolescente, cada caso é um caso. Pode haver violência real, mas também pode haver consentimento válido.

Quando o ato sexual é praticado com consciência e maturidade sexual, não se considera ilícito. É este o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que absolveu o réu da prática de estupro de vulnerável por considerar que houve um relacionamento amoroso entre o ofensor e a vítima, na época com 12 anos de idade, havendo assim a relação sexual consentida por parte da ofendida e

de conhecimento família, resultante em gravidez e por conseguinte, o fim do relacionamento:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUE CEDE DIANTE DAS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE AS PARTES, COM CÓPULA CONSENTIDA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. PARECER MINISTERIAL ACOLHIDO. Inviável a condenação apenas com base na equivocada idéia de que a presunção de violência nos crimes sexuais seja absoluta. Caso em que a prova dos autos deixou clara a prévia relação de namoro entre as partes, de conhecimento de ambas as famílias, bem como a prática livre e consentida de relação sexual entre réu e ofendida, ambos jovens e com pouca diferença de idade. Contexto fático que não evidencia situação a configurar vulnerabilidade e ofensa a liberdade/dignidade sexual, não atraindo o interesse do Direito Penal. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70050178045, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 11/04/2013) (TJ-RS - ACR: 70050178045 RS , Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Data de Julgamento: 11/04/2013, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/04/2013).

Insta salientar que a vítima relatou em juízo que sua genitora tinha conhecimento de que ela mantinha conjunção carnal com o ofendido, levando-a, inclusive, ao ginecologista para tomar pílulas contraceptivas. Afirmou ainda que nunca se sentiu coagida em manter relação sexual com o ofensor, sempre manifestou vontade. Ante o exposto, restou-se evidenciado a falta de vulnerabilidade da vítima e, ainda, ausência de violência à dignidade sexual da menor, sendo somente um indiferente penal.

Na atualidade, a conduta da vítima e sua maturidade são fundamentais para o deslinde do caso, onde o legislador procura atenuar o disposto em lei de acordo com o caso concreto, considerando prova do consentimento e da maturidade sexual do menor no intuito de absolver o acusado.

A proteção aos crimes sexuais não visa salvaguardar a honestidade do menor, e sim sua liberdade sexual. Desta forma, todos os adolescentes têm o direito de manifestar-se livremente, somente consentido o ato sexual quando desejar de fato e, sendo assim, quando o menor manifesta-se de maneira livre não há ofensa ao bem jurídico, vez que não houve violência real ou grave ameaça à sua liberdade sexual.

Assim, conforme o exposto por Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 851):

Partimos do seguinte ponto básico: o legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente. Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos [...]

A presunção de violência deve abrir caminho à realidade social, assim o texto normativo deve ser interpretado de forma ajustável, levando-se em conta a evolução cultural da compreensão sexual.

Ademais, sobre a questão da adequação normativa à realidade social, Renato Marcão e Plínio Gentil (2011, p. 39) ensina:

Ao cabo de tudo, resta enfim ao intérprete fazer a exegese do alcance e do sentido da nova expressão de dá nome ao Título VI do Código Penal, a fim de situar a objetividade jurídica das figuras típicas ali abrigadas e possibilitar uma aplicação da lei do modo mais adequado ao ideal de justiça, que deve presidir a transposição da abstração da norma à concretude da realidade.

Isto posto, mesmo estes doutrinadores sendo adeptos da presunção absoluta, destacam a necessidade da busca à realidade no caso concreto, posicionamento adotado pelo relativismo da presunção, ou seja, o magistrado não deve somente aplicar a lei, o ordenamento não deve ser inerte, ignorando as alterações do comportamento humano, deve-se amoldar o Direito as alterações sociais a fim de buscar sempre decisões justas para ambas as partes.

Para Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p.41):

Ora, crime é conduta, e esta, d sua vez, comportamento humano. O direito puno conforme o comportamento, sendo impossível punir ação não praticada. Não se pode punir por presunção, mera ficção, ainda que definida em lei, prescindindo do elemento subjetivo, contrastando a realidade e

supondo a existência de comportamento inexistente, pois em jogo a liberdade e dignidade da pessoa.

A vontade da ofendida deve ser relevante para a configuração delituosa, ou seja, se houve o consentimento para o ato de forma livre e consciente não há que se falar em estupro. O estado não deve ser um limitador da sexualidade individual, mas sim um garantidor.

Desta forma, a presunção de violência de natureza absoluta viola o livre convencimento do magistrado e sua busca pela verdade, pois acaba afastando do juiz qualquer possibilidade de avaliação do meio probatório a fim de determinar se a vítima possuía discernimento para consentir ou não o ato sexual, ocasionando assim, injustiças nas decisões.

É notado que as práticas sexuais realizadas precocemente podem gerar perturbações tanto psicológicas quanto fisiológicas, traumas, além de servir como um incentivo à prostituição.

Ocorre que deve haver uma distinção entre os menores carecedores dessa proteção legislativa e os que possuem maturidade sexual precoce, onde a presunção imposta pelo legislador acaba por cercear sua liberdade sexual, como conclui Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p.43) “a presunção de violência nos crimes sexuais contra menores, aí, sob o pretexto de tutelar pessoas presumivelmente mais frágeis, termina por cercear a liberdade garantida constitucionalmente”.

Evidente que o abuso sexual de menores, através de práticas de cunho sexuais não concebidas em sua totalidade pelos menores, é um problema do Estado. Todavia, adotar uma natureza absoluta para a presunção é o mesmo que cercear a liberdade de menores que se encontram aptos para exercer sua sexualidade. Desta forma, o juiz deve analisar caso a caso para se assegurar que a precocidade do ato sexual não acarrete distúrbios psicológicos de fato

Em suma, a discussão em relação à matéria sexual do vulnerável ainda esta longe de se tornar pacificada, entretanto, levando como base os argumentos e julgados acima expostos o que tem se predominado perante os Tribunais e os doutrinadores é a aceitação de uma presunção relativa nos casos em que se evidencia a maturidade sexual da vítima para se autodeterminar.

3 A CAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL DO MENOR

O estupro de vulnerável, estipulado no art. 217- A do Código Penal, veda a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos de idade. Todavia, encontra-se destacado a presunção de violência nos delitos sexuais, assim sendo, o legislador se preocupou exclusivamente com os menores incapazes de consentir ou manifestar validamente a sua vontade.

No Brasil, conforme Luiz Regis Prado prega “a primeira legislação a prever a presunção de violência foi o Código de 1890, disciplinando no art. 272 que a violência era ficta, quando o ato sexual fosse perpetrado contra menor de dezesseis anos” (2010, p. 622).

O Código de 1940 manteve a presunção de violência, no entanto, a faixa etária foi diminuída, de modo que a tutela recaia sobre menor de 14 anos de idade. Foi acrescido também o alienado mental ou quando, por qualquer motivo, não pode oferecer resistência.

Com o advento da lei 12.015/2009, as disposições anteriores ficaram revogadas, o legislador eliminou a presunção e criou tipos penais autônomos.

A tutela do delito exposto visa preservar a liberdade sexual, em especial a irredutibilidade sexual dos vulneráveis, estendidas aqueles que não têm capacidade de discernimento de forma válida.

Existe uma distinção no que diz respeito ao direito e a moralidade, o direito, através de suas normas, regulamenta a vida em sociedade e gera obrigações, caso não as respeite, o Estado adota sanções como forma de punir o agressor e dar uma satisfação a sociedade. Por sua vez, a moral é algo subjetivo, traz a noção de certo e errado, todavia, não gera obrigações, é apenas o senso individual de determinada conduta e pode variar de indivíduo para indivíduo, levando sempre em consideração os costumes e a tradição daquele povo.

A separação entre a moralidade e o Direito é relativa, tanto que, mesmo distantes as normas morais e jurídicas, não exclui a possibilidade de influência mútua. Aliás, com base no que diz Maria Helena Diniz, “é mediante

normas que o direito pretende obter o equilíbrio social, impedindo a desordem e os delitos, procurando proteger a saúde e a moral [...]” (2012, p. 22).

Entretanto, no que se refere à menor idade da vítima, desde a década de 40, tem existido debates a respeito da compreensão da presunção de violência. A presunção deve ser absoluta ou relativa?

Com a redução da idade-limite para a presunção de violência, levou-se em consideração a alteração social da população, a precocidade do conhecimento da sexualidade. Ademais, o comportamento sexual esta se reformulando, muitos preconceitos de décadas passadas foram extirpados, as pessoas têm informação a respeito do assunto.

Até que ponto o legislador pode interferir na capacidade de autodeterminação sexual do menor e sua liberdade de escolha?

Conforme o livro de Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p. 26), essa questão de autodeterminação sexual sofreu alteração ao longo dos séculos nas legislações internacionais:

[...] o Código italiano passado, por exemplo, fixou o limite de 12 anos, o atual o ampliou para 14 anos. O argentino valeu-se dos 12 anos, assim como o paraguaio (art. 321), o mexicano (arts. 261 e 266), o chileno (art. 361, inc. 3º) e o costarriquenho (art. 156). O espanhol havia recentemente o fixado nos 12 anos, porem, com a reforma que sofreu em 1999, passou a fixá-lo nos 13 anos (art. 181). O português se vale dos 14 anos (art. 172), assim como o alemão (art. 176).

Não há como negar que o Direito reflete os valores, conflitos e problemas da sociedade, visto que sofre influência de todos os aspectos da realidade econômica, política, religiosa e social.

Na elaboração da norma penal, é imprescindível que se observe o meio social, o momento-histórico em que a sociedade vive, pois exprime o interesse social e coletivo, a necessidade da população.

Neste sentido, Luis Flavio Gomes, ao tratar sobre costume como fonte do direito, determina que “o costume pode ser: contra legem (costume criado contra o texto legal, que muitas vezes deixou de ser aplicado em razão de sua desatualização)[...]” (2007, p.26).

Guilherme de Souza Nucci, ao delimitar os elementos do tipo (2009, p.185), atentou-se para a alteração do pensamento como influência no elemento normativo do tipo:

[...] Ora, nos tempos atuais, o que pode causar lesão ao pudor de uma pessoa pode, por outro lado, passar totalmente indiferente aos olhos de outra. Conforme o lugar, a época, o momento, enfim, as circunstâncias que envolvem o fato poderemos formar uma análise do elemento mencionado, portanto, se houve ou não o preenchimento do tipo penal. Enfim, o elemento normativo produz um juízo de valor distante da mera descrição de algo. Podemos apontar, ainda, os juízos de valoração cultural [...].

Se com a evolução da sociedade não há mais o senso de imoralidade, o desvalor da conduta, o tipo penal deverá ser abolido ou alterado, para assim, estar condizente com a realidade social atual.

Há que se distinguir o menor que, através de seu desenvolvimento natural precoce, atinge a maturidade e inicia sua vida sexual, do menor que adquire o desenvolvimento da sua sexualidade através de abuso sexual. Sendo assim, o direito do menor que está apto a exercer sua sexualidade encontra-se prejudicado, não podendo exercer sua liberdade de consentimento e vontade, conforme estipula o Código Penal.

3.1 Transformações Sociais no Âmbito da Moralidade

Vários fatores influenciaram na mudança de pensamento da sociedade ao longo do tempo, guerras, conflitos econômicos, religião, televisão, tecnologia e as redes sociais podem ser destacadas como as principais influências da transformação do pensamento humano, alterando-se os sentimentos, costumes, o conservadorismo e, principalmente, o âmbito da moralidade.

Em uma sociedade cada vez mais consumista, a moral sexual se tornou menos importante que a busca excessiva pelos bens materiais, a igualdade entre os sexos acabou por limitar determinados preceitos. Conforme Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p.90):

[...] A igualdade não somente jurídica, mas de fato, nas aspirações e possibilidades de ambos, homem e mulheres, unida a transformação do sentido ético, fez com que variassem muitos dos antigos conceitos sobre respeito, ordem e compostura dentro da vida da comunidade moderna, em especial no que se relaciona aos sexos.

De maneira geral, a adolescência é uma fase de constantes experiências, de externar os impulsos eróticos e instintos, acabando por determinar uma resistência aos padrões pregados pela sociedade e uma maneira de pensar e agir próprios da idade.

Diante de constantes modificações, o sexo também acabou sofrendo alterações em sua concepção, deixou de ser um assunto constrangedor entre as pessoas, os adolescentes passaram a ter orientação sexual na escola como matéria curricular e as campanhas de conscientização a doenças sexualmente transmissíveis aumentaram drasticamente. O tema passou a ser tratado com maior naturalidade, uma vez que a concepção das pessoas em relação ao tema também mudou, com isso, o sentimento do jovem com relação ao pudor e vergonha se transformou.

De acordo com uma pesquisa feita pela UNESCO com parceria do Ministério da Saúde (2001, p. 142):

[...]a idade média da primeira relação sexual é significativamente mais baixa entre os alunos do sexo masculino do que entre as estudantes do sexo feminino. No caso das meninas, em Porto Alegre, Manaus e São Paulo encontram-se as mais baixas idades médias da primeira relação sexual (15, 15,1 e 15,2 anos), ficando as mais elevadas em Belém e Fortaleza (16 e 15,8 anos). Quanto aos rapazes, registram-se em Cuiabá, Manaus e Salvador a mais baixa idade média da primeira relação sexual (13,9 anos), ocorrendo em Florianópolis a mais alta (14,5 anos).

Conforme presenciado, existe quem defenda uma revolução no comportamento sexual do jovem moderno, influenciados pela evolução nos meios de comunicação e a grande quantidade de material erótico. Todavia, tal discriminação sexual acabou acarretando conseqüências negativas, tais como a gravidez cada vez mais precoce e o aumento de doenças sexualmente transmissíveis.

O culto ao corpo extirpado pelos meios de comunicação e revistas estimulou o sexo sem compromisso e relações descartáveis. Os namoros, que

antigamente eram vigiados pelos pais e somente uma passagem para o casamento, hoje em dia se banalizou, ocorreu uma diminuição do controle familiar e o valor à virgindade da mulher, já que o matrimônio deixou de ser o início da vida sexual.

As mudanças no comportamento sexual ocorreram de forma mais abrangente na classe baixa, onde a falta de acesso a meios contraceptivos ocasionou uma maternidade cada vez mais precoce. Por outro lado, na classe alta, onde os costumes estrangeiros são facilmente absorvidos, também acabou por gerar um aumento na prática sexual entre estes adolescentes.

Todavia, a crescente igualdade entre homens e mulheres durante a evolução não tornou o sexo feminino menos monogâmico e permissivo, ao contrário, manifestou a necessidade de envolvimento e sentimento com relação ao parceiro sexual.

Deve ser levado em conta também a influência da Igreja Católica na disseminação da repressão sexual, onde o sexo é permitido somente após o matrimônio e como meio de procriação da espécie humana. Contudo, nota-se hoje em dia que esses valores vêm sofrendo drástica diminuição, haja vista a crescente preocupação da Igreja com sua estrutura interna, deixando de lado a preocupação sexual e tornando os jovens mais vulneráveis à prática sexual.

3.2 Capacidade de Consentimento do Menor na Prática do Ato Sexual

Qual a idade correta para o indivíduo adquirir a capacidade de entendimento e compreensão sobre seus atos? O menor de 14 anos é capaz de possuir a capacidade de consentimento?

Conforme grande divergência doutrinária, não se sabe ao certo determinar a idade em que o indivíduo passa a ter consciência sobre seus atos e, com isso, vir a sofrer uma sanção penal.

Na esfera penal, a aplicação das penas punitivas somente se dá caso haja a capacidade de culpabilidade em sua conduta, ou seja, no momento em que se é capaz de praticar o ato de maneira livre e consciente.

Segundo Rodrigo Duque Estrada Roig, o tipo subjetivo do delito em questão é o dolo, que consiste na vontade de praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com a vítima, é necessário que o agressor conheça o estado de vulnerabilidade do ofendido para ser punido. (2011, p.143).

Ainda que o Código afirme que o consentimento da vítima menor de 14 anos não é válido para a exclusão da ilicitude, em que idade pode-se afirmar que o consentimento se torna válido e apto?

O ECA, em seu art. 2, estipula que até 12 anos de idade o indivíduo é criança, após essa idade se torna adolescente. Visto isso, percebe-se o indício para a maturidade a partir dos 12 anos de idade.

O Código Penal no art. 27 afirma que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, se sujeitando as normas do ECA. Ante o exposto, nota-se que a imputabilidade está intimamente ligada à idade do agressor.

Ocorre que, não há um consenso entre as legislações internacionais sobre a idade legal determinante da imputabilidade, Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p.98) determina que o Código Italiano medieval estipulava a inimputabilidade aos menores de 7 anos de idade, por sua vez, o Código Português afirma serem inimputáveis os menores de 16 anos.

Paulo José da Costa Junior (2000, p.121) raciocina da seguinte forma:

É notório que as condições sociais de 1940, quando se fixou o limite mínimo da imputabilidade penal aos dezoito anos, já não são as de hoje. Tudo mudou, de forma radical e sensível: as condições sociais, que impossibilitam condutas permissivas; os meios de comunicação de massa, com a influência poderosa da televisão, ensejam ao jovem conhecer amplamente o mundo; e assim por diante. Por via de conseqüência, o pressuposto biológico não será mais o mesmo. O jovem de hoje, aos dezesseis anos, costuma ter plena capacidade para entender o caráter ilícito [..]

Se não existe consenso entre o momento em que o jovem está plenamente apto a praticar o ato sexual, também não deveria haver consenso entre a imputabilidade, ou seja, o momento em que o indivíduo se encontra desenvolvido para compreender o fato delituoso e praticá-lo de maneira livre e consciente, sofrendo assim, sanção na esfera penal.

Consentimento segundo o dicionário significa a tolerância, aprovação, adesão entre as partes. Na esfera penal, o consentimento esta ligado ao momento em que o indivíduo possui capacidade para decidir sobre sua vida sexual, tornando a sua adesão válida para a prática do ato sexual.

No código penal de 1940, o limite etário para a presunção de violência foi reduzido de 16 anos para menores de 14 anos. Pensando assim, o legislador levou em conta a realidade social, a mudança de pensamento da sociedade influenciada pelos meios de comunicação.

Entretanto, o limite da presunção de violência permanece o mesmo até hoje no ordenamento jurídico, o legislador, ao continuar com esse limite de 14 anos, acaba negando o avanço da sociedade, as influências culturais e a alteração no âmbito da moralidade que foi sofrido ao longo da história.

3.3 Os Valores Morais do Pensamento Cristão

Durante a história, a igreja católica sempre influenciou no pensamento da humanidade, pregava-se uma moral superior, onde a castidade e a virgindade eram tratadas de forma absoluta.

Ocorre que, se tal posicionamento fosse levado à risca, não haveria a procriação da espécie.

O cristianismo inicial era caracterizado por uma linha de pensamento bastante ortodoxa, onde as relações sexuais eram tratadas apenas como forma de procriação da espécie, para evitar a extinção da humanidade, não havendo que se falar em satisfação dos prazeres carnis.

A Bíblia Sagrada relata em algumas passagens a concepção da Igreja com relação ao sexo. No livro de Romanos, capítulo 1, há dois versículos que tratam sobre o assunto, o primeiro se encontra no versículo 26, “Por isso, Deus os entregou a paixões vergonhosas: as suas mulheres mudaram as relações naturais em relações contra a natureza”. (2007, p.1450)

Completa no versículo 28, “Como não se preocupassem em adquirir o conhecimento de Deus, Deus entregou-os aos sentimentos depravados, e daí o seu procedimento indigno”. (2007, p.1450)

Os seguidores dessa religião adotavam um modelo de vida, as relações sexuais eram permitidas apenas para a continuidade da espécie e dentro do matrimônio, o sexo sem amor, bem como o adultério, era condenado por Deus.

O casamento, para o cristianismo, é revestido de simbologia, conforme se observa em Hebreus, capítulo 13, versículo 4: “Vós todos considerai o matrimônio com respeito e conservai o leito conjugal imaculado, porque Deus julgará os impuros e os adúlteros”. (2007, p.1538). Assim, para aqueles que não conseguem controlar os prazeres da carne, Coríntios, capítulo 7, versículo 9, determina que é melhor que se casem, pois é “melhor casar-se do que abrasar-se” (2004, p. 1470).

Insta salientar que, ao longo dos anos, esse pensamento cristão conservador foi extirpado, influenciados pelos meios de comunicação e a globalização, a moralidade e os ensinamentos cristãos passaram a ser vistos de forma relativa, o sexo deixou de ser “tabu” nas rodas de conversa.

Com as transformações políticas, sociais, culturais e científicas, a Igreja Católica não conseguiu mais controlar a evolução do pensamento social e o liberalismo. Assim, a sexualidade deixou de ser vista somente para procriação e o sexo-prazer começou a fazer parte do cotidiano da população.

3.4 Os Meios de Comunicação e sua Influência na Alteração de Valores

Com a globalização, os meios de comunicação passaram a ser cada vez mais acessíveis, a busca por informação se tornou freqüente no dia a dia do indivíduo, o que antes era censurado, tornou-se um exercício de democracia, gerando inclusive, a preocupação pelo Estado na proteção do direito a liberdade de expressão e informação.

O direito de liberdade de informação, exposto no art. 5 incisos IV, V e X da Constituição Federal, assegura a livre manifestação de pensamento e opinião,

garantindo uma democracia constitucional. Neste ponto, Alexandre de Moraes (2011, p. 52) determina que:

[...] Caberá também a lei estabelecer meios de defesa das pessoas e das famílias quanto a programas de rádio e televisão que descumpram os princípios determinados no art. 221, I a IV, como respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (arts. 220, § 3º, e 221). A inviolabilidade prevista no inciso X do art. 5º, porém, traça os limites tanto para a liberdade de expressão do pensamento como para o direito à informação, vedando-se o atingimento à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas [...]

A internet, revistas, novelas, os telejornais, dentre outros, sempre foram formadores de opinião. Todavia, os meios de comunicação devem ser utilizados com cautela, haja vista que, em alguns casos, podem inclusive deformar a personalidade dos menores que se utilizam destes recursos.

Em virtude da proliferação de idéias em massa através dos meios de comunicação, crianças e adolescentes – indivíduos altamente influenciáveis – passaram a ter contato com determinados assuntos dos quais não possuíam discernimento para distinguir entre o certo e o errado.

Tais telespectadores não têm capacidade de distinção entre a realidade e a fantasia, com isso, tudo o que lhes é transmitido através da televisão e internet, são avaliados como padrões de comportamento correto e congregados em suas personalidades.

Acerca de tal assunto, o CDC, preocupado com a questão da influência dos meios de comunicação no comportamento infantil, estipulou uma regulamentação específica. Determinados assuntos, como bebida alcoólica, não podem ser vinculados no período matutino, pois é o período onde o maior número de crianças assiste televisão. Não é permitido, tampouco, se utilizar de animais nesses anúncios, já que ganhariam a simpatia do público infantil.

O anúncio direcionado à criança deve possuir maior cautela, um vez que não se pode abusar da inocência dos menores e incitá-los a comprar o produto ou a praticar atos danosos contra a vida.

Programas que incitam a violência, o sexo, o consumismo e até mesmo a infidelidade, programas estes que visam unicamente à audiência, possuem uma

carga de influência no pensamento infantil, podendo inclusive gerar distúrbios no comportamento dos menores.

O sexo desregrado nos programas de televisão, inclusive alguns direcionados ao público infantil, estimula os menores a saciar sua curiosidade e praticar relações sexuais de forma precoce, modificando, contudo, a moralidade e a maneira de se tratar sobre o assunto.

A pornografia, facilmente acessada na internet, retira da criança sua inocência cada vez mais cedo, levando a uma instrução sobre a sexualidade e a prática sexual.

Para tentar amenizar os efeitos que a liberdade de informação acarreta na vida dos jovens, o ECA em seu art. 254, estipulou pena de multa para emissora que transmite programa fora do horário estipulado para a idade ou sem a devida classificação etária, visando assim, manter a inocência juvenil.

A preocupação com a classificação etária deve ser tratada com o legítimo rigor, extirpando dos meios de comunicação programas que não trazem nada de enriquecedor para a compreensão do menor, pelo contrário, estimulam o sexo precoce, além de afetar diretamente na formação de sua personalidade e seus ideais humanos.

Em suma, a informação desregrada e o abuso dos anúncios publicitários afeta exclusivamente os menores, despreparados para absorver determinados assuntos e altamente influenciáveis, acabam por querer saciar seu desejo de curiosidade e mantêm relações sexuais muito antes de completar os 14 anos de idade.

3.5 As Mudanças Sociais no Direito Penal

A sociedade não é estática, sofre constantes mudanças ao longo dos anos, influenciada pelos meios de comunicação, cultura, religião, interação entre povos distintos, a mudança social é um processo normal e infindável, onde o homem aperfeiçoa suas experiências e assimila suas frustrações, visando solucionar conflitos e determinar metas para melhorar o convívio em coletividade.

Não há como se predeterminar um mesmo fim para as mudanças sociais, tendo em vista que a evolução acontece de forma desorganizada e desigual entre os povos. Desta forma, não existe uma uniformidade temporal na evolução social, pois fatores externos e culturais influenciam na mudança, restando-se evidente, assim, que determinados agrupamentos são mais evoluídos perante os demais.

Neste sentido, o Direito é o reflexo das mudanças sociais, devendo amoldar-se com a evolução social. A norma jurídica é um conjunto de valores determinados pela sociedade, já que o Direito visa à harmonia da coletividade através de normas que regulamentam a vida em comunidade.

O legislador, ao criar uma norma reguladora, deve atentar-se ao meio social para determinar os elementos do tipo penal, considerando também o momento histórico a que se insere, afinal a lei deve estar comprometida com a necessidade do povo.

Assim ensina Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p.88):

Se não há mais desvalor da ação e do resultado em virtude da aceitação socialmente pacífica da conduta prevista na figura delituosa da lei penal, impõem-se sua abolição, ou, ainda, a modificação do tipo penal para que este, efetivamente, expresse o interesse social e seja condizente com a realidade da sociedade [...]

O delito é um conjunto de vários elementos, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Assim sendo, o tipo penal é a descrição de uma conduta delituosa e deve adequar-se com o momento social.

Em relação à adequação social, é motivo de excludente da tipicidade, haja vista que a sociedade, ao modificar seu pensamento e aprovar determinada conduta que antes reprovava, não considera mais necessário a proteção ao bem jurídico, pois a conduta praticada já não é mais lesiva aos olhos da comunidade. No mesmo contexto, Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 230): “Ora, se determinada conduta é acolhida como socialmente adequada deixa de ser considerada lesiva a qualquer bem jurídico, tornando-se um indiferente penal”.

Um exemplo prático é a tatuagem, que antes era considerada lesão corporal e indicio de delinquência, pois somente era praticada entre os malfeitores,

atualmente não passa de um indiferente penal, tendo em vista a evolução do comportamento social e dos costumes ao longo dos anos.

Outro exemplo seria a luta de touros na Espanha, onde dentro de uma arena a morte deste animal é culturalmente aceita, entretanto, fora deste cenário, à morte do mesmo é relacionada à violência e não é admitida.

Resta-se evidente que a adequação social deve influenciar diretamente no Direito, pois o que para uma sociedade é considerado ilícito, para outra é um indiferente, tendo em vista o processo de evolução social.

Martha de Toledo Machado afirma em seu livro que a imaturidade na infância não é uma condição estagnada, não se manifesta da mesma forma durante o nascimento até a vida adulta (2008, p. 172).

Do mesmo teor encontra-se o posicionamento de Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p. 161) ao estipular:

A norma inscrita no Art. 224, alínea "a" do Código Penal, relativa ao crime sexual com violência presumida praticada contra menor de 14 anos de idade, encontra-se afastada da realidade jurídica social do país, merecendo urgente reformulação, pelo perigo que representa de agravamento da crise dogmática penal contemporânea e estímulo para o Direito Penal relegue a plano inferior sua função social, atendendo tão somente a sua função normativa.

Assim sendo, levando em conta as transformações da sexualidade ao longo dos séculos, fica evidenciado que a presunção de violência deve ser relativa, conforme o caso concreto, ou seja, admitindo prova do contrário.

O direito não pode ser estático, deve se adequar as constantes alterações sociais, haja vista que a educação sexual passou por uma evolução. Conforme Adelina de Cássia Bastos de Oliveira Carvalho (2006, p.161) destaca, não há dúvidas de que as crianças mereçam proteção do Estado no que se refere ao desenvolvimento de sua vida sexual. Ocorre que, deve haver um limite a intervenção punitiva neste âmbito.

4 ASPECTOS RELACIONADOS À SEXOLOGIA FORENSE

A sexologia forense é o ramo da medicina legal que estuda questões jurídicas relacionadas ao sexo.

Deve-se destacar que há uma série de fatores relacionados ao sexo que acabam por gerar uma repercussão na psique do indivíduo. Somados a esses fatores, os aspectos axiológicos da sociedade, a cultura familiar e religiosa, obtêm-se o comportamento sexual de determinada pessoa.

No que se refere aos crimes sexuais, destaca-se o estupro como principal delito, sendo assim, a medicina legal estuda os inúmeros fatores que levaram a essa inadequação sexual no comportamento do indivíduo.

Entende-se por inadequação o desvio sexual de um ou ambos os parceiros da relação sexual. Conforme alguns especialistas defendem, a normalidade na sexualidade seria a busca do prazer para ambos os parceiros, a satisfação mútua, desde que não gere riscos ou danos a nenhum dos indivíduos

4.1 Dos Crimes Sexuais

No que tange os crimes contra a liberdade sexual, será discutido os tipos penais mais freqüentes, bem como as perícias necessárias para a sua caracterização.

Sendo assim, ao analisar o tipo penal previsto no art. 213 do Código de Penal, o estupro, nota-se que a conjunção carnal a que o texto normativo se refere é exclusivamente a cópula vaginal, a introdução parcial ou total do pênis na cavidade vaginal.

Ocorre que, em alguns casos, não há a ruptura do hímen na primeira relação sexual da mulher, assim sendo, não se pode utilizar essa forma de perícia isoladamente.

Conforme Francisco Silveira Benfica e Márcia Vaz afirmam em seu livro: “O hímen é uma membrana mucosa, que separa a vulva da vagina. Apresenta um bordo livre, que forma o óstio, orifício de morfologia variada, por onde escoo o fluxo menstrual, e que se rompe usualmente ao primeiro contato sexual” (2008, p. 77).

Em relação ao delito de estupro, a perícia procura comprovar que efetivamente houve a cópula vaginal. No caso da mulher ser virgem, a ruptura do hímen poderá servir como um indicador da violência sexual.

O hímen, localizado no terço inferior da vagina, possui um sistema de circulação, neste caso, quando se rompe a circulação do hímen ele não se cola novamente, pois não possui uma cicatrização que restabeleça sua forma.

As rupturas do hímen vão desde a borda ostial até a borda da vagina, normalmente, geram hemorragia passageira, avermelhadas e sangrentas. Estas rupturas levam, em média, 15 dias para cicatrizar, onde o edema causado desaparece e tornam-se recobertas por fibrina.

Nos laudos médicos produzidos, deverá conter se a ruptura himenial é recente ou não. Insta salientar que a análise do rompimento do hímen somente será eficaz se a vítima for virgem, razão pela qual a perícia deve ser feita imediatamente.

Diferentemente do rompimento, o entalhe possui características anatômicas congênitas, não é uma cicatriz e, assim, não se encaixam perfeitamente. Distinguem-se por serem pouco profundos e possuírem cor natural do hímen.

Deve-se, ainda, constar nos laudos em que parte do hímen houve o rompimento, dado importante em uma investigação criminal, pois em determinados casos, através da posição do rompimento, é possível verificar se os parceiros estavam em pé ou na posição horizontal na prática do coito. Neste sentido, Eduardo Roberto Alcântara Del - Campo, afirmou em seu livro que: “O número de roturas varia de um a cinco e são indicadas pelo médico-legista em um impresso próprio, assinalando-se a orientação como se fosse um mostrador de relógio” (2009, p.61).

Importante destacar ainda que há outras formas de rompimento himenial, não somente pela prática sexual, é o caso das chamadas rupturas traumáticas, em decorrência de quedas, manobras masturbatórias ou corpos estranhos.

A perícia poderá basear-se ainda na presença de esperma, sinais de violência ou lesão, gravidez, na existência de sêmen ou no caso de doenças sexualmente transmissíveis para comprovar a materialidade delitiva.

A presença de esperma na cavidade vaginal é um indicativo de coito, entretanto, embora seja uma prova inequívoca para a caracterização delituosa, não é necessário que o agressor tenha ejaculado para que se confirme o estupro, a comprovação se dá mediante violência ou penetração do pênis na vagina, ainda que parcialmente.

Ocorre que, em um tempo superior a 48 horas entre a perícia e o coito dificultam ou impedem a caracterização destas células. Além disso, é possível a coleta de material falso, uma vez que se trata de uma amostra de material retirado junto à cavidade vaginal. Importante destacar ainda que o uso de preservativos elimina a eficácia do exame.

A presença de sêmen na cavidade também é utilizada como prova da materialidade nos casos em que o ofensor possua ausência de espermatozóide ou tenha realizado cirurgia de vasectomia.

Em casos de violência real em face da vítima, a perícia devera constatar a evidência mediante exame de lesão corporal.

Em se tratando de gravidez, a vítima gestante traz consigo implicitamente o defloramento, independente do estado do hímen.

Há ainda, no estudo médico-legal, situações de hímen complacente, ou seja, a relação sexual existe, no entanto, a ruptura do hímen não ocorre. As causas dessa relação complacente são inúmeras, dentre elas destaca-se:

Orifício himenial possui tal diâmetro que permite a entrada de um pênis ereto sem se romper; não há presença de hímen na mulher; mulher portadora de uma espécie de hímen elástico; óstio ondulado que dilatado forma um diâmetro grande e permite a passagem do pênis; excesso de lubrificação na cavidade vaginal, o que permite que o pênis deslize sobre a cavidade sem ocasionar o rompimento do hímen, ou ainda, diâmetro com tamanho maior que o pênis.

O perito, no momento do exame, deverá considerar diversos fatores subjetivos para concluir o conjunto probatório, tais como: dor, hemorragias com o

rompimento himenial, lesões localizadas na genitália da vítima e lesões corporais. Estes fatores subjetivos são somente indícios da conjunção carnal, não servem como prova inequívoca da materialidade.

A presença de doenças sexualmente transmissíveis também servirá como indício do coito. Todavia, não são considerados os meios probatórios mais seguros, podendo estar vinculadas a atos libidinosos distintos da relação sexual.

No estupro de vulnerável contido no art. 217-A do Código Penal a violência é presumida, pois por ser a vítima menor de 14 anos de idade, alienada ou sofrer debilidade mental, presume-se que esta impossibilitada de oferecer resistência e, sendo assim, mesmo se consentir a prática do ato sexual, seu consentimento é inválido.

A tipificação do delito de estupro não foi antevista de forma autônoma no Código, tanto que a consumação para a prática do ato delituoso se encontrava tipificada nos arts. 213 e 214 do Código Penal. Ocorre que, com o advento da lei 12.015/09, foi instituído novas figuras típicas, revogando-se assim o atentado violento ao pudor e o inserindo no próprio caput do art. 213 do Código Penal, o atual ato libidinoso a qual o texto se refere.

O ato libidinoso encontra-se caracterizado como todo ato de cunho sexual proporcional a conjunção carnal. Em princípio é necessário o contato corporal da vítima com o do agressor. Como exemplos de atos libidinosos encontramos a felação, cópula anal, masturbação, uso de instrumentos ou dedo, toques, entre outros.

Todavia, é importante destacar que nestes casos a perícia se torna complexa, uma vez que os vestígios deixados são quase imperceptíveis, salvo manchas de sêmen, saliva ou pequenas escoriações.

Conforme Rodrigo Duque Estrada Roig orienta em seu livro (2011, p.137):

O ato de satisfação da libido que não seja assemelhado à conjunção carnal não poderá caracterizar o delito de estupro, devendo ser enquadrado no art. 61 da Lei das Contravenções Penais (LCP) – contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. O uso de palavras obscenas contra a vítima não constitui esse crime. O beijo lascivo configurará o crime quando efetuado nas partes íntimas.

No caso de atos sexuais praticados nas vias anais, encontram-se freqüentemente lesões na contração muscular e rupturas na pele, em hipóteses mais violentas pode acarretar inclusive hemorragias geradas por rupturas das paredes do tecido.

Em se tratando de toques, apalpadelas, sucção e demais atos lascivos, a materialidade delitiva torna-se praticamente impossível de ser comprovada, contudo, cabe ao perito intervir e detectar eventuais vestígios de escoriações e equimose.

Ao tratar sobre a importância da perícia, Joana Domingues Vargas (2000, p.70) afirma que:

A confirmação em exame é considerada uma evidência de primeira ordem. Nesse sentido, quanto mais modernos os métodos de investigação e de demonstração utilizados, como por exemplo, o exame de DNA para investigar crimes de estupro, mais se considera que seu resultado se aproxima do ideal de verdade.

Nota-se assim, que a perícia no caso dos delitos sexuais é de extrema importância para a comprovação dos vestígios deixados com a violência e para o convencimento do magistrado. Devendo ser realizada na vítima o mais rápido possível, uma vez que após 48 horas, a constatação do esperma na cavidade vaginal torna-se difícil ou quase impossível.

No que se refere ainda ao convencimento do juiz, a palavra da vítima é de grande importância, haja vista que se trata, geralmente, de um delito praticado sem a presença de terceiros, às escondidas, enfraquecendo assim a prova testemunhal.

4.2 Desvios e Perversões Sexuais

Os denominados transtornos sexuais são detectados quando não há um consenso entre os parceiros e o comportamento habitual de obtenção do prazer

é anulado. Não há um paradigma entre o que é aceitável ou não nas práticas de cunho sexual, uma vez que o alcance do prazer varia de indivíduo para indivíduo. Dessa forma, os transtornos sexuais são percebidos quando o prazer somente é alcançado mediante práticas sexuais atípicas e determinadas, como por exemplo, o uso de instrumentos, seres inanimados, dentre outros.

No enfoque da medicina legal estes desvios se classificam em:

Anafrodisia: é um desvio exclusivo do sexo masculino e ocorre quando há uma diminuição ou anulação do instinto sexual, levando ao desinteresse pelo sexo oposto. Neste caso é cabível a anulação do casamento quando o fato é desconhecido pela mulher antes do matrimônio.

Frigidez: ausência de vontade sexual na mulher seja por distúrbios mentais, traumas ou patologias genéticas. Importante destacar que é caso de anulação do casamento se o transtorno for desconhecido pelo parceiro.

Satiríase: insaciabilidade masculina, não obstante a consumação do ato.

Ninfomania: ocorre no sexo feminino e trata-se de uma compulsão por prática de ato sexual.

Homossexualismo: nada mais é que a atração sexual por indivíduos do mesmo sexo. Alguns não consideram como um desvio sexual, sendo somente uma opção que não gera efeito no âmbito penal se o ato sexual for realizado com o consentimento de ambos os parceiros.

Exibicionismo: indivíduo que possui prazer em exhibir a genitália em público.

Voyeurismo: consiste na obtenção de prazer mediante a contemplação de atividades sexuais de outros parceiros e análise de órgãos genitais.

Travestismo: indivíduo que sente prazer em usar vestimentas do sexo oposto.

Fetichismo: atração anormal por partes do corpo do companheiro ou objetos inanimados, como por exemplo, peças íntimas.

Sadismo: transtorno sexual em que indivíduo somente alcança o prazer através de violência e sofrimento imposto ao companheiro sexual tem que ver toda a dor e humilhação praticada no parceiro para se saciar.

Masochismo: prazer sexual obtido por dor e sofrimento no próprio corpo. Desta forma, não se discute se houve o consentimento, quem busca a própria dor responde por lesão corporal na esfera penal.

Transexualismo: é uma patologia em que o indivíduo possui a convicção de que é pertencente ao sexo oposto, sua identidade em sua concepção é diferente daquela determinada no nascimento.

Pedofilia: prazer obtido através de ato sexual com crianças, desta forma, independe ser o ato de natureza homossexual ou heterossexual. O distúrbio sexual é notado quando o pedófilo possui incapacidade total de obtenção do prazer com adultos.

Gerontofilia: excitação e prazer adquirido com pessoa idosa independente do sexo.

Necrofilia: indivíduo geralmente portador de um distúrbio mental grave, que pratica atos de cunho sexual com cadáveres.

Riparofilia: é uma anomalia mais comum no sexo masculino e nada mais é que a excitação por parceiro sujo, exalando odor desagradável.

Importante destacar que todo o transtorno sexual pode estar conexo com um distúrbio, uma alteração na psique do indivíduo. Ademais, muitos destes desvios comportamentais são aceitos entre os parceiros como forma de se obter a satisfação sexual.

Todavia, o que difere uma patologia de uma erotização é a habitualidade, uma vez que estes comportamentos se transformam no único meio de satisfação, instaurando-se uma patologia sexual.

5 O POSICIONAMENTO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM RELAÇÃO À CAPACIDADE DE ENTENDIMENTO E CONSENTIMENTO DO MENOR DE IDADE

A proteção à criança e ao adolescente originou com a lei 8.069/90 e surgiu da idéia de que o menor é um indivíduo comum, com direitos e deveres semelhantes aos adultos, devendo receber assim, amparo legal para a defesa de seu desenvolvimento.

O legislador ao criar o Estatuto da Criança e do Adolescente observou a evolução social e formulou normas de proteção a criança e ao adolescente que modificaram a capacidade de autodeterminação do menor de idade. O ECA, ao utilizar-se do critério etário em seu art. 2º, estipulou que criança possui até 12 anos de idade incompletos e adolescente possui entre 12 a 18 anos incompletos. Desta forma, tanto criança quanto adolescente podem praticar ilícito penal, entretanto, sujeitam-se a medidas de proteção e medidas sócio-educativas, respectivamente.

A doutrina ao definir medidas sócio-educativas ao adolescente acabou por indicar determinada capacidade de entendimento a ele, assim sendo, o adolescente possui vontade válida para o Estatuto, vez que detém capacidade de compreensão do ilícito e consentimento para a prática do delito, sujeitando-se a sanções desde internações ate medidas restritivas de liberdade.

Compactua com esse entendimento Luiz Flávio Gomes (2001, p.40):

Se o adolescente conta então com a capacidade de decisão e, sobretudo, de sujeitar-se a medidas socioeducativas por ato infracional, emerge inconciliavelmente aporética, nos dias atuais, a presunção legal do. Art. 224, "a", do CP, no sentido de que o menor de catorze anos não tem capacidade ética de entender o ato sexual ou não tem capacidade de manifestar validamente sua vontade.

Neste sentido, se entender que o adolescente de 12 a 18 anos incompleto possui capacidade de discernimento sobre a legalidade do ilícito e se submete a medidas sócio-educativas como forma de sanção, também deve se reconhecer que o vulnerável, menor de 14 anos, possui capacidade de

autodeterminação sexual, devendo sua manifestação de vontade ser analisada no caso concreto.

Insta salientar que o Código Penal de 1940 reduziu a presunção de violência que antes era de 16 anos de idade, passando para 14 anos. Desta maneira, não resta dúvidas de que a alteração no critério etário da presunção sofreu influência direta da evolução social e da alteração no âmbito da moralidade. Entretanto, o legislador permanece com o mesmo limite etário para indicar a capacidade de autodeterminação, repudiando o avanço social que se insere neste contexto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente criado pela lei 8.069/90, 50 anos após o Código Penal de 1940 que fixou a faixa etária de menores de 14 anos como sendo vulneráveis, expôs com clareza a influência social ao firmar como adolescente a faixa etária de 12 a 18 anos e mudando, neste momento, a capacidade de consentimento do menor.

Exemplificando, se dois adolescente de treze anos de idade praticam conjunção carnal, o jovem responderá pelo delito de duas formas, no primeiro momento pelos critérios do ECA que consideram-no adolescente e capaz de entender o ilícito do ato e, posteriormente, pela presunção de violência que consideram a jovem vulnerável e incapaz de conhecer acerca de sua sexualidade.

Nota-se que ambos possuem a mesma faixa etária, no entanto, o menino é punido porque possui consciência do que faz, enquanto a menina não possui consciência, sendo tratada como vítima sexual pelo legislador.

Desta forma, é evidente o descompasso legal do julgador, tendo em vista que o ECA afirma que o adolescente possui entendimento, por sua vez, o Código Penal afirmar não ter capacidade de entendimento.

Se o adolescente pode sofrer atos infracionais conforme preconiza o art. 112 do Estatuto, pode também dispor de maturidade para compreender o ato sexual, vez que quem pode mais, pode o menos.

O art. 190 do Estatuto determina a possibilidade do adolescente receber pessoalmente a intimação da sentença:

Art. 190. A intimação da sentença que aplicar medida de internação ou regime de semiliberdade será feita:

I – ao adolescente e ao ser defensor,

II – quando não for encontrado o adolescente, a seus pais ou responsável, sem prejuízo do defensor.

§1.º Sendo outra a medida aplicada, a intimação far-se-á unicamente na pessoa do defensor.

§2.º Recaindo a intimação na pessoa do adolescente, deverá este manifestar se deseja ou não recorrer da sentença.

Ora, se o adolescente possui capacidade para receber intimação diretamente, também dispõem de capacidade para se autodeterminar sexualmente.

Nesta mesma linha de raciocínio, Guilherme de Souza Nucci (2011, p.851) afirma que:

Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada deste cenário.

A doutrina moderna não pode, nos dias atuais, comparar um adolescente de 1940, quando surgiu a presunção, de um adolescente da atualidade. Com as facilidades da era digital e o acesso a informações, houve uma grande disparidade entre a realidade social destes menores. Assim, o juiz não pode julgar de forma errônea, ignorando a modificação no comportamento da juventude.

Adepto deste mesmo posicionamento, Luiz Flávio Gomes (2001, p.44) estipula:

Aceitar (rousseauianamente) sem nenhum questionamento a presunção legal de violência prevista no art. 224 do CP, particularmente no que concerne ao menor de catorze anos, significa ignorar a realidade, o mundo que nos circunda. É privilegiar a forma sobre a substância. Continuar imaginando que esse menor em hipótese alguma conta com noção sobre a sexualidade humana é querer negar o óbvio e o ululante. É não saber que esses menores hoje acessam a internet em qualquer momento e de tudo se informam. Ao menos no que diz respeito ao adolescente (de doze a dezoito anos), a *fictio iuris* de que ele é absolutamente inocente, ignorante, em geral, já não condiz com nossa realidade. Se isso representa uma evolução ou uma involução é algo que depende das idiosincrasias e posturas éticas de cada um. O juiz, no entanto, não está autorizado a julgar conflitos consoante suas idiosincrasias.

Interessante ressaltar ainda que segundo estudos apresentados no livro de Martha de Toledo Machado (2008, p.160), o desenvolvimento humano se dá por estágios, onde o desenvolvimento do pensamento se dá nos primeiros doze anos de vida:

Ocorre que, para que duas dessas fases se desenvolvam satisfatoriamente (aquela que se denomina de fase “pré-operatória” e a que se nomeia fase “de operações concretas”, que vai até cerca de 12 anos de idade), faz-se necessário que às crianças, seja permitido tempo livre para interagir com os objetos do mundo fenomênico, o que lhes permite construir as noções lógico-matemáticas básicas ao pensamento lógico [...]

Vislumbra-se acerca desta pesquisa que o pensamento do menor de idade se forma até os 12 anos de idade, devendo o legislador proteger a criança e o adolescente através do Estatuto para que seu desenvolvimento intelectual atinja a maturidade com as experiências vividas na fase infanto-juvenil.

Assim sendo, se o pensamento infantil se forma até os 12 anos, não há lógica na proteção dos menores de 14 anos apregoada na presunção de violência. O operador do direito deve se atentar as mudanças sociais e ao caso concreto, devendo adotar uma postura relativista da vulnerabilidade, permitindo com isso, prova do contrário.

Assemelha-se a este entendimento o pensamento de Rodrigo Duque Estrada Roig (2011, p.143):

[...] Em recente decisão do STJ, foi suscitada pelo Min. Celso Limongi (desembargador convocado do TJSP) uma acertada revisão da antiga noção da presunção de violência, afastando-a em relação a pessoas maiores de 12 anos. Segundo essa tese, para uma boa interpretação da lei, é necessário que se leve em conta todo o ordenamento jurídico do País. Nesse sentido, saber se o estupro se qualifica como crime pressupõem análise no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Conforme o art. 2º do Estatuto, o menor é considerado adolescente dos 12 aos 18 anos de idade, podendo até sofrer medidas socioeducativas. Assim, se o menor, a partir de 12 anos, pode sofrer tais medidas por ser considerado pelo legislador capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram todos os locais, em especial os lares, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente um ato sexual.

Acerca deste assunto, o Habeas Corpus nº 88.664 decidido pelo STJ de Goiás sustenta:

ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA COM 13 ANOS E 11 MESES DE IDADE. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCABOUÇO JURÍDICO, INCLUINDO O ECA. MENOR A PARTIR DOS 12 ANOS PODE SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO IDÔNEO PARA DESCONSTITUIR SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA E, POIS, DO ESTUPRO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Se o ECA aplica medidas socioeducativas a menores a partir dos 12 anos, não se concebe que menor com 13 anos seja protegida com a presunção de violência.
2. Habeas corpus em que os fatos imputados sejam incontroversos é remédio hábil a desconstituir sentença condenatória.
3. Ordem concedida.

(Habeas Corpus nº88.664, Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça de GO, Relator: Ministro OG Fernandes, Julgado em: 23/06/09)

No julgamento em questão vislumbra-se que a vítima possuía 13 anos e 11 meses de idade na data do fato, demonstrando nitidamente o disparate existente no texto normativo, pois, no caso em tela, a adolescente ainda não detinha capacidade para se determinar sexualmente, entretanto, se o delito se consumasse quando a vítima já tivesse completado 14 anos de idade não haveria que se falar em estupro de vulnerável. Sendo assim, caso o critério etário fosse adotado, a adolescente obteria capacidade de discernimento de um mês para o outro.

Insta salientar que o STJ de Goiás optou por relativizar a presunção de violência, embasando sua decisão exclusivamente no limite etário fixado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Desta forma, se o adolescente pode sofrer medidas sócio-educativas a partir dos 12 anos, não há que se falar em necessidade de proteção da sua sexualidade, vez que se já possui conhecimento da ilicitude também possuirá conhecimento acerca da sexualidade.

Concordando com essa jurisprudência do STJ, Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p.101) argumentou da mesma maneira:

O legislador de 1940 percebeu que já não era, à época, concebível a idéia esboçada no Código Penal de 1890, de que o menor de 16 e maior de 14 anos era imaturo sexualmente, afinal, fruto de uma realidade social e jurídica não mais existente. Pois bem; passados outros 60 anos, o julgador permanece com o mesmo limite de 14 anos de idade para efeito de conclusão sobre a liberdade de autodeterminação sexual, como se o adolescente de hoje, principalmente o da faixa etária de 12 a 14 anos, fosse o mesmo de 1940, negando-se o avanço da humanidade em todos os aspectos, inclusive no de ordem biológica. Avanço, este, inclusive, já reconhecido pelo legislador de 1990, em relação à capacidade de entendimento do maior de 12 anos, como descrito no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conclui-se dessa maneira que a influência dos meios de comunicação e o avanço social e biológico dos menores de 14 anos deve ser levado em conta no convencimento do juiz, não se pode ignorar que a mudança social contínua influencia diretamente nos anseios e ambições dos jovens, alterando-se conseqüentemente, sua capacidade de autodeterminação sexual.

6 BREVE COMPARAÇÃO ENTRE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO

O preâmbulo da Constituição Federal assegura, além do Estado democrático, os direitos e garantias sociais e individuais inerentes a todos os cidadãos. Conforme se demonstra:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Desta maneira, o contexto jurídico é emanado da Constituição e de todos os preceitos fundamentais instituídos nela como pilar, assim sendo, o ordenamento jurídico não deve afrontar o estipulado na Constituição Federal.

Por estar a Constituição no topo da hierarquia normativa, as normas que a confrontarem devem ser retiradas do âmbito jurídico. O legislador ao criar as normas jurídicas tem o dever de preservar o direito fundamental de liberdade determinado no preâmbulo da Constituição, direito este que foi violado com a presunção de violência.

Adepto a este ponto de vista, Luiz Flavio Gomes (2001, p. 91) relata em seu livro a respeito do controle de constitucionalidade e da supremacia da Constituição:

[...] Do ponto de vista formal, justifica-se tal controle para que fique assegurada a supremacia da Constituição, isto é, se o ordenamento jurídico como um todo tem no seu topo um texto Constitucional (verdadeira Magna Carta), emanado do Poder Constituinte, todas as demais normas jurídicas do país devem adequar-se a ele. Pelo princípio da compatibilidade vertical, as normas inferiores só valem quando compatíveis com a norma superior.

Desta maneira, o controle de constitucionalidade assegura a não violação dos direitos e garantias fundamentais inerentes a todos os indivíduos, salvaguardando a liberdade, dignidade, fraternidade e a harmonia na vida em coletividade. Todavia, o legislador ao criar a presunção de violência desobedeceu esta liberdade quando impediu o menor de se manifestar sexualmente. Nota-se, então, que esta violência presumida não possui validade prática por se contrapor a norma superior, ou seja, a liberdade prevista na Magna Carta.

Ao cercear a autodeterminação do menor que já possui consciência e maturidade precoce da vida sexual, o legislador acaba por cercear também sua liberdade, haja vista que o consentimento do menor é considerado inválido, mesmo estando apto para a prática sexual, seja por possuir vida desregrada, por manter um relacionamento afetivo com o parceiro ou pela influência da sociedade, entre outros fatores, presumindo então uma violência e não admitindo prova do contrário. Desta forma, o Estado acaba interferindo em uma esfera muito íntima do indivíduo, impedindo-o de externar sua sexualidade levando em consideração somente sua faixa etária.

Evidente que há um paradoxo entre a proteção no âmbito sexual dos menores, por serem considerados vulneráveis e imaturos, e a liberdade de autonomia sexual. Todavia, embora os menores de 14 anos sejam considerados imaturos, ainda assim possuem direito à sua liberdade, conseqüentemente, suas vontades devem se sobrepor as vontades dos adultos.

A vulnerabilidade infantil é outro fator relativo que merece ser debatido, já que não é um elemento estagnado, à medida que o indivíduo amadurece sua vulnerabilidade vai se reduzindo, não se manifestando de forma igual durante todo o crescimento. Logo, esta vulnerabilidade não pode ser tratada de maneira inflexível perante o ordenamento.

Isto posto, o instituto da presunção de violência acaba violando também diversos princípios constitucionais além da liberdade individual, os quais serão discutidos em seguida.

6.1 Da Supremacia do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência é um exemplo de dissonância com a presunção de violência, pois esta presunção de inocência adota como regra que o ônus da prova da culpa é de competência da acusação, ou seja, o Ministério Público. Assim sendo, o poder público tem o dever de provar a culpabilidade do acusado antes de condená-lo e, caso a prova da culpa resultar infrutífera, o indivíduo deve ser absolvido.

Nesta mesma linha de raciocínio, a presunção de inocência se assemelha ao princípio geral do in dubio pro reo, onde, após a fase probatória, havendo ainda dúvida sobre a existência dos elementos do tipo penal incriminador, o magistrado deve absolver o réu.

Assim, em nenhuma hipótese deve admitir-se a culpa presumida, conforme prega o presunção de violência, devendo então, haver a produção de prova incriminatória do réu, fator indispensável para o convencimento do juiz.

Da mesma maneira, a presunção de inocência garante ao indiciado o direito ao contraditório e a ampla defesa, vez que o réu deve ser informado da acusação inerente a ele para preparar sua defesa e produzir provas, assegurando inclusive o direito ao silêncio para não produzir provas contra si. Outrossim, não se admite, em nenhuma hipótese, a produção de provas ilícitas e, caso ocorra, deve ser desentranhada do processo.

Em suma, a presunção de inocência impossibilita a punição antecipada e a identificação como culpado do fato antes mesmo de haver a produção probatória. Para este princípio, somente com o trânsito em julgado da sentença é que o indivíduo passa a ser tratado como culpado, reiterando assim, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Insta salientar que o estado de inocência não afasta as modalidades de prisões cautelares previstas em lei, adotadas pela doutrina e jurisprudência. As prisões provisórias estão previstas no Direito Processual Penal e, desta forma, se amparam por princípios próprios que se diferem do estado de inocência.

Neste sentido, as cautelares visam assegurar a segurança social, a proteção do interesse coletivo e público, verificando-se um juízo de periculosidade na conduta do agressor, e não um juízo de culpabilidade do qual o estado de inocência repudia.

Por fim, o estado de inocência prevê que a liberdade do indivíduo somente pode ser violada em último caso, mediante extrema necessidade. Entretanto, essa presunção não tem o poder de impossibilitar a tarefa do Estado na procura da verdade, quando houver suspeita é dever do Estado de investigar o indivíduo, não podendo em nenhuma hipótese afastar a investigação levando como base a inocência presumida.

Enfim, não há que se falar em direitos absolutos, uma vez que no confronto entre direitos individuais e coletivos a coletividade se sobrepõe, pois os direitos sociais surgiram exclusivamente para otimizar a vida em comunidade.

Ainda que se entenda a presunção de violência como sendo relativa, subsiste a violação ao estado de inocência, no sentido de que o indivíduo acaba se obrigando a provar que não houve culpa em sua conduta, seja por maturidade sexual precoce do menor, seja por erro de tipo, entre outros. Ocorre que há uma inversão do ônus da prova, porque é tarefa do Estado provar a culpa do ofensor, e não dele próprio provar sua inocência.

Assim, o magistrado não deve se valer de fatos presumidos para julgar um indivíduo, a acusação deve ser fundamentada, com todos os atos descritos no corpo de seu texto, bem como todas as provas necessárias para a condenação. Não há como se embasar uma condenação em indícios, fatos supostos, a violência deve existir de fato e ser comprovada, não pode ser presumida pelo legislador. Neste contexto, Luiz Flavio Gomes (2001, p. 107):

As presunções legais, especialmente em Direito Penal, contam com limites. No Estado Constitucional e Democrático de Direito, firmado pelo art. 1º da nossa Constituição, a intervenção punitiva estatal, exatamente porque é a mais drástica (a mais violenta), é dizer, a que afeta um dos mais importantes direitos fundamentais do homem (*ius libertatis*), está sujeita a regras vinculantes (procedimentais) assim como a limites materiais. Não se nega a possibilidade de presunções no âmbito do direito criminal (algumas são inevitáveis); o que a moderna doutrina procura enfatizar é que hoje elas não podem ultrapassar determinadas barreiras. Uma dessas intransponíveis barreiras é a presunção de inocência.

As punições existentes no processo penal subsistem por duas maneiras, ou seja, serve para reprimir um indivíduo ou para evitar que um inocente seja reprimido, sendo a presunção de inocência um pilar para o processo penal.

A presunção de inocência caracteriza como natureza jurídica um direito constitucional, inserido nos direitos e garantias fundamentais e sendo um direito de natureza processual probatória, vinculando-se a todos os poderes, sejam públicos ou particulares. Importante destacar ainda que, esta inocência presumida é a maior presunção do ordenamento jurídico e, assim sendo, sofre controle de constitucionalidade para exigir seu cumprimento, onde todas as demais presunções, por serem menores, não podem confrontá-las.

O legislador, no entanto, ao criar as normas jurídicas, parece não ter noção dos limites determinados à sua função, tanto que ao criar a presunção de violência acabou violando a presunção de inocência criada pelo Pacto de São José da Costa Rica, assinada pelo Brasil na Convenção Americana e Direitos Humanos.

Isto posto, os tratados e convenções assinados pelo Brasil não podem violar o estipulado pela norma constitucional, pois esta possui absoluta preponderância normativa. Assim, ao adentrar no ordenamento jurídico, os tratados se inserem hierarquicamente abaixo da Constituição Federal, possuindo mesmo valor hierárquico das leis ordinárias. Porém, no caso de tratados que versem sobre direitos humanos, estes apresentam força de emenda quando adentram a Constituição e, sendo assim, não podem ser violados por nenhuma norma interna ordinária.

Este é o caso da presunção de inocência, uma vez inserida no contexto jurídico brasileiro, não pode ser confrontada por nenhuma outra presunção, por se tratar de direito fundamental e dispor de primazia.

Com relação a este pensamento, Luiz Flavio Gomes (2001, p. 121) dispõem:

[...] a presunção legal (de violência) desobriga o acusador de comprová-la. A preocupação do órgão acusador, nos casos em que a lei presume a violência, seria tão-somente comprovar a situação fática embasadora da presunção (que a vítima seja menor de catorze, débil mental, etc.). Caber-lhe-ia exclusivamente provar uma parte dos fatos (que é a base da

presunção). A outra parte dos fatos (a violência) é dada pelo legislador. O acusador, destarte, por força da presunção legal, desobriga-se de comprovar parte dos fatos.

Assim, conclui-se que essa desobrigação de comprovação da violência é nula, já que se contrapõe com o princípio da inocência presumida, visto que essa presunção exige prova total dos fatos apontados pelo órgão acusador.

6.2 Princípios Conexos Outros

Outro exemplo de direito constitucional violado pela presunção de violência é a garantia fundamental da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), em razão da impossibilidade da produção de prova, inviabilizando a comprovação do fato real. Segundo Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p.133), “ao autor somente restaria negar o fato, jamais a violência, cuja existência como elemento integrante do tipo é considerada como certa pelo legislador”.

Esta violência presumida viola diversos outros princípios conexos, dentre ele o princípio do fato. Para esse princípio, o indivíduo somente pode ser considerado culpado por aquilo que praticou de fato, não pelo seu modo de pensar. A culpabilidade resta-se demonstrada pela conduta incriminadora de fato, e não pelo caráter e personalidade do indivíduo.

Para Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 90) a culpabilidade se evidencia da seguinte forma:

Significa que ninguém será penalmente punido, se não houver agido com dolo e culpa, dando mostras de que a responsabilização não será objetiva, mas subjetiva (nullum crimen sine culpa). Trata-se de conquista do direito penal moderno, voltado à idéia de que a liberdade é a regra, sendo exceção a prisão ou a restrição de direitos.

Desta forma, a presunção de violência infringe o princípio do direito do fato, vez que o agente somente poderá ser punido com a comprovação de seu dolo ou culpa, a chamada responsabilização subjetiva, e não da forma como ocorre na

violência presumida em que a responsabilização do indivíduo incide sobre a presunção feita pelo legislador, e não sobre o ato sucedido de fato. O legislador acaba presumindo um fato somente levando em conta a faixa etária, as características da vítima e do ofensor.

Evidente que se a violência praticada for efetiva, o ofensor deve ser penalmente responsabilizado por sua conduta, mediante a comprovação por meio de provas, todavia, o que não pode ocorrer é esta punição apenas por circunstâncias diversas e não pelo fato concreto praticado.

Conforme o art. 13 do Código Penal estipula, para que haja um delito é necessário um resultado a ele imputado, o chamado princípio do *nullum crimen sine iniuria*. Posto isso, somente quando se perfaz uma ofensa ao bem jurídico tutelado é que se demonstra necessário a interferência do direito. Sendo assim, o resultado típico e antijurídico deve originar-se de uma ação praticada pelo ofensor, não de uma presunção designada pelo legislador.

O princípio do *nullum crimen sine iniuria* prevê que não há crime sem uma efetiva lesão praticada pela conduta típica do agente. Deste modo, a presunção de violência encontra-se eliminada do ordenamento, pois viola este princípio quando imputa ao ofensor a prática de um ato sexual violento mesmo tendo a vítima consentido tal ato, não demonstrando assim nenhuma violência derivada de sua conduta.

No que concerne a proteção legal nos delitos sexual, Luiz Flavio Gomes (2001, p.125) leciona:

O bem jurídico tutelado nos crimes sexuais, em geral, é a liberdade sexual que, como já vimos, consiste na liberdade de não se envolver em atos sexuais sem a livre manifestação da vontade. Sem lesão a esse bem jurídico torna-se impossível falar-se em crime sexual violento (em agressão sexual).

Assim, levando em consideração o demonstrado acima, o legislador não deve atribuir uma violência ficta como meio para incriminar alguém, a violência sexual praticada sem o consentimento da vítima deve advir da conduta real do ofensor. Logo, se a vítima for menor de 14 anos de idade e consentir o ato sexual

não houve lesão ao bem jurídico com a conduta do indivíduo, vez que a violência (resultado), não existiu.

Da mesma forma, o princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, CF) é infringido quando se estipula uma sanção sem a existência de uma lei penal escrita, somente lavando-se em conta a presunção, já que a pena aplicada seria uma consequência do mal cometido, associado a uma lesão jurídica que de fato não ocorreu.

Destarte, Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p.134) complementa:

Pois bem ao presumir a existência de um fato (violência) e atribuir-lhe sanção, o legislador pune por ação não praticada. Isto é, termina punindo o autor, embora a ação descrita no tipo penal, seja, prática de ato sexual com menor de 14 anos de idade mediante violência, não tenha sido realizada por aquele integralmente.

Diante disso, existe o princípio da legalidade que assume um papel de restrição do poder punitivo, pois salvaguarda a dignidade, igualdade e liberdade do indivíduo, coibindo que esses direitos sejam desrespeitados pelo Estado.

Há ainda violação ao princípio da personalidade (art. 5º, XLV, CF), uma vez que este princípio determina que a pena deva ser aplicada em relação à pessoa que praticou o delito, a sua conduta pessoal e individual, por sua vez, a presunção determina uma punição por uma conduta não praticada, não estando apta então para ser atribuída ao ofensor.

Além disso, a interpretação normativa deve ser favorável ao acusado, que deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado.

Também, Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 90) menciona em seu livro sobre o princípio da culpabilidade:

Significa que ninguém será penalmente punido, se não houver agido com dolo ou culpa, dando mostras de que a responsabilização não será objetiva, mas subjetiva (nullum crimen sine culpa). Trata-se de conquista do direito penal moderno, voltado à idéia de que a liberdade é a regra, sendo exceção a prisão ou a restrição de direitos.

Outrossim, o Código Penal determina em seu art. 18 que tão só há crime se houver dolo ou culpa. Apenas em exceções previstas em lei se deve adotar a responsabilidade objetiva, sem que haja a presença de dolo ou culpa.

A idéia do princípio da culpabilidade é proteger o indivíduo, pois em um Estado Democrático de Direito não se pode punir alguém sem que haja a manifestação de vontade ou a possibilidade de pressupor a ocorrência da conduta.

Desta forma, Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p.136) conclui neste sentido:

A responsabilidade penal, consoante vários princípios constitucionais, é subjetiva, pessoal. E inclusive, o princípio da dignidade da pessoa humana, suporte de todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, a cujo conjunto confere unidade de sentido, vincula o legislador, sobretudo penal, na configuração dos tipos, bem como na responsabilidade pelo seu cometimento, pelo pressuposto da culpabilidade.

Portanto, para que haja um crime é necessária uma conduta ofensiva praticada através de uma vontade manifestada pelo ofensor que se dirige a um fim, ou seja, a conclusão do fato delitivo. Não se concebe um delito sem que haja os elementos dolo ou culpa, bem como não se pode presumi-lo, cada um deve ser sancionado pelo que praticou de fato e a sustentação para uma condenação deve ser mediante prova inequívoca.

A presunção de violência acaba por violar o princípio da culpabilidade justamente por punir um indivíduo sem haver nexos entre a conduta por ele praticada e o resultado descrito no tipo penal. Embora o ofensor pratique o ato de cunho sexual, não existe o elemento violência em sua conduta se o ato for consentido pela vítima. Trata-se, neste caso, de uma responsabilidade objetiva praticada pelo legislador, que pune o autor sem que haja uma lesão efetiva ao bem jurídico, não levando em conta a manifestação de vontade do menor.

Igualmente, o princípio da lesividade propõe que um fato somente pode ser considerado ilícito se gerar lesão ao bem jurídico penalmente determinado. Assim, somente neste sentido o Estado poderá violar a liberdade a que todos têm direito.

Logo, este princípio impõe ao legislador que para se criar um tipo penal, é necessário ter ocorrido uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, não se permite criar tipos que se encontram inofensivos ao interesse social. Ou seja, não faz sentido criar um delito que esteja em conformidade com o tipo penal descrito, porem em desconformidade com a realidade social vigente.

Como afirma Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 91), o princípio da lesividade impõe:

[...] o Direito Penal deve ocupar-se de condutas graves, ofensivas a bem jurídicos relevantes, evitando-se a intromissão excessiva na vida privada de cada um, cerceando em demasia a liberdade alheia e expondo ao ridículo, muitas vezes, o ser humano, buscando puni-lo por fatos nitidamente irrelevantes aos olhos da imensa maioria da sociedade. Não se trataria de um Direito Penal típico do Estado Democrático de Direito, mas de mas de um Estado Totalitário e Intervencionista.

Assim dizendo, não é todo bem jurídico que faz jus a uma defesa na esfera penal, desta maneira, podem-se encontrar situações inofensivas ao Direito Penal, porem ofensivas a outras esferas do Direito, o Estado somente deve agir para solucionar conflitos procedentes da sociedade, intervindo minimamente na liberdade individual, somente quando se faz necessário.

Isto posto, existem condutas que não necessitam de respaldo penal, pois não ofendem a coletividade e a ordem publica, como exemplo a presunção de violência quando não há a violência concreta na conduta do indivíduo.

Finalizando esse pensamento, Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p. 140) pondera:

Tal princípio implica para o legislador uma proibição de criar tipos penais que já tenham sido reconhecidos, como fatos inofensivos do ponto de vista do valor e interesses sociais, e, para operador do Direito, um dever de excluir a existência de um crime cujo fato se apresenta na conformidade do tipo, mas que, concretamente, é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.

Por fim, a conduta ofensiva deve advir do autor e não de uma presunção criada pelo legislador. No caso do delito de estupro de vulnerável, o legislador pune o indivíduo por uma conduta irrelevante, uma vez que não houve

lesão ao bem jurídico da liberdade sexual quando o menor manifesta sua vontade na prática sexual e consente o ato, não existindo desta forma violência ou resistência por parte da vítima. O legislador acaba presumindo a lesão, visto que o consentimento do menor é inválido, e incriminando o autor do fato por uma conduta que concretamente não ofendeu a liberdade sexual, pois não existiu a violência real, ocorrendo assim ofensa ao princípio da intervenção mínima, conforme Guilherme de Souza Nucci (2009, p.12) leciona: “o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade significa a exigência de constituir o direito penal a ultima ratio, vale dizer, a ultima opção legislativa para reger e compor conflitos, aplicando sanções”.

A presunção de violência prevista no revogado art. 224 do CP encontra-se parcialmente inconstitucional, pois a vontade do legislador de proteger a liberdade sexual dos menores de 14 anos deve ser preservada. Entretanto, o crime passa a ser inofensivo quando a violência inexistente de fato, não podendo haver assim uma presunção por parte do legislador. Porém, quando o ato sexual ocorre de maneira violenta, quando o menor de 14 anos realmente ofereceu resistência concreta à prática do ato, se resta configurado o estupro de vulnerável e o Estado tem o dever de interferir.

6.3 A Evolução do Entendimento Sexual do Menor de 14 Anos

Levando-se como base a evolução social e psicológica que a sociedade sofreu ao longo dos anos, resta-se evidenciado que a presunção de violência nos delitos sexuais praticados contra menores de 14 anos de idade se encontra em desconformidade com a realidade social vigente.

Isto, pois a presunção que presume a violência na prática do ato, bem como não aceita o consentimento do menor de 14 anos para o ato sexual, acha-se inserida no contexto penal a mais de 60 anos, não traduzindo mais a realidade social atual.

Na atualidade, é inacreditável que os menores de 14 anos de idade sejam desinformados no que se refere ao sexo, já que sofrem influência direta dos meios de comunicação e acesso fácil a qualquer tipo de material contido na rede.

Insta salientar que os menores de 12 anos de idade ainda assim são distinguidos como crianças e a prática sexual com eles é considerada estupro, uma vez que o consentimento do menor de 12 anos de idade não é concebido como válido, pois nem seus órgãos reprodutores estão formados. Neste sentido, Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p.147):

O ato sexual praticado com o menor de 12 anos de idade, seja, a criança, não se discute, sempre configurará crime sexual, agressivo ou abusivo, a depender da existência ou não de violência física. É que à criança é reconhecido, unanimemente, falta preparo para a prática de atos sexuais, seja em razão da falta de informação adequada à idade, seja porque a sua sexualidade não se concentra ainda na área genital, ou em decorrência de sua inaptidão anatômica e fisiológica para a vida sexual, constituindo-se em verdadeira aberração biológica tal prática.

Desta forma, o consentimento da criança ainda não pode ser considerado válido, porque não possui ainda compreensão de sua sexualidade nesta fase da vida e sua manifestação de vontade pode decorrer de medo ou culpa. Inclusive, na maioria dos casos os crimes sexuais praticados contra os menores de 12 anos de idade são cometidos pelos próprios familiares.

Entretanto, os menores de 14 anos de idade não necessitam de tal proteção normativa, pois a sociedade sofreu uma grande evolução desde que a presunção de violência foi criada pelo legislador. O sexo antigamente era tido como um tabu entre as pessoas, algo que somente deveria ser praticado depois do casamento e tão só para reprodução não para a busca do prazer mútuo.

Ocorre que, os menores de 14 anos incompletos encontram-se na fase que antecede a adolescência e, sendo assim, já possuem seus hormônios aflorados e curiosidade sexual, pois estão em constante transformação em sua fisiologia. Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p. 148) conclui sua idéia neste ponto:

Plenamente possível, assim, que o menor, entre 12 e 14 anos de idade, possa apresentar sinais definidores da puberdade que assegurem

biologicamente a prática do ato sexual, caso em que deverá ser avaliado seu desenvolvimento psicosssexual. O desenvolvimento psíquico, outrossim, se afere não somente pela medida, quantitativa e qualitativa, do capital de conhecimentos corriqueiros de problemas sexuais, como também pela medida da energia afetiva específica, impulsionando o ser na direção do outro sexo.

Atualmente, um indivíduo com 14 anos incompletos pode ter uma noção clara sobre sua sexualidade, propiciando manifestar-se de maneira positiva para o ato sexual. Um exemplo é que hoje em dia as meninas acabam perdendo a virgindade cada vez mais precocemente, muitas vezes com um namorado ou alguém que possua um relacionamento estável, não mais como antigamente em que as mulheres deveriam permanecer virgens até o casamento.

Contudo, importante destacar que este comportamento sexual não se manifesta com a mesma intensidade em todos os menores, nem são alcançados de uma hora para outra, não sendo possível definir com precisão o momento que se inicia ou termina este amadurecimento sexual.

É, assim, possível que os menores de 14 anos e maiores de 12 anos de idade possuam capacidade de anuir o ato sexual e, em contrapartida, manifestarem-se de forma negativa, se opondo a práticas onde não há seu interesse. Não se justifica punir um delito que se encontra em conformidade com a realidade social, onde os conceitos de moralidade, sexualidade e bons costumes modificaram-se com o passar dos anos, devendo assim, tratar-se esta presunção de forma diversa pelo legislador, respeitando o anseio sexual destes indivíduos.

Em sendo assim, não há como se admitir que um menor de 14 anos seja penalizado por praticar ato sexual com outra pessoa da mesma idade, pelo fato do legislador entender que o autor possui capacidade de compreensão do ilícito, enquanto a vítima, da mesma idade, não possui capacidade para compreender o ato e manifestar sua vontade.

Por fim, o ordenamento jurídico necessita ser harmonioso entre seus dispositivos, não se pode admitir que um indivíduo possa ser penalmente responsabilizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente por entender estar apto para a compreensão do ilícito e, em desconformidade, o Código Penal sustentar uma presunção que invalida a manifestação sexual do adolescente.

A defesa à moralidade e à pureza não são funções do Direito Penal, por se tratarem de sentimentos abstratos é dever da Constituição assegurar sua proteção, através dos princípios fundamentais. A liberdade sexual deve ser interpretada de forma extensiva por parte do legislador, não se deve impedir que o indivíduo possua pleno domínio sobre seu corpo e suas vontades sexuais, sendo uma esfera muito íntima do ser humano que deve ser respeitada dentro dos limites de tolerância e do contexto social que se insere.

Inacreditável a comparação entre delito sexual praticado mediante violência e a chamada presunção de violência com violência ficta. No delito sexual mediante emprego de violência, o crime se encontra coberto de maior gravidade, lesão ao bem jurídico e periculosidade. Entretanto, no delito praticado mediante violência presumida a capacidade de autodeterminação sexual do menor é invalida e, por este motivo, não se pode tratar como violência, não existe recusa por parte da vítima, sua vontade somente é considerada invalida perante o legislador.

O magistrado deveria levar em conta a realidade do caso concreto para punir no estupro de vulnerável, não pode haver presunção, o fato deve ter ocorrido de maneira precisa por parte do autor, a realidade pessoal da vítima deveria ser levada em conta e a lesão a liberdade sexual deve de fato existir. Ainda, o entendimento de que o maior de 12 anos e menor de 14 possui capacidade de autodeterminação sexual deve prevalecer, estando assim, apto para manifestar sua vontade.

Enfim, restaria ao juiz avaliar o grau de entendimento do menor, se possuía maturidade sexual na época do fato ou se foi coagido a praticar sexo. Ao Ministério Público então, cabe não somente a prova de que o ato sexual ocorreu mediante violência real, mas ainda de que o menor não possuía capacidade de compreensão e o ato foi concretizado mediante resistência por parte da vítima, garantindo a aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência.

7 CASO PRÁTICO

O caso a seguir exposto foi o fato definidor da relativização da presunção de violência perante o Superior Tribunal de Justiça e, por assim ser, merece maior enfoque.

Segundo consta na jurisprudência, a Terceira Seção, após analisar o embargo de divergência, admitiu, por 5 votos contra 3, prova do contrário para o caso concreto, entendendo que não houve estupro de vulnerável por estar às vítimas longe de serem consideradas vulneráveis, inexistindo assim, lesão de fato à liberdade sexual das menores.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça foi reiterado de uma decisão proferida no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Marco Aurélio, onde após analisar o Habeas Corpus n.º73.662/1996, entendeu-se pela relativização da presunção, tendo em vista o consentimento reiterado da vítima na prática sexual, bem como sua vida desregrada e aparência física e mental que levaram o autor a crer que a ofendida possuía mais de 14 anos, inexistindo assim o elemento violência na conduta.

Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entendeu:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. REVOGADO ART. 224, A, DO CP. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. A violência presumida prevista no revogado artigo 224, a, d o Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado. 2. Embargos de divergência acolhidos. (STJ, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 23/11/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO)

No caso analisado, o ofensor foi acusado de praticar conjunção carnal com três vítimas de 12 anos de idade na época do fato, entretanto o Tribunal local o absolveu por entender que não houve violência no fato praticado, vez que as

ofendidas já se prostituíam antes do ato consumando, não existindo então o elemento de vulnerabilidade entre elas.

Em depoimento, a genitora de uma das ofendidas afirmou que a filha evadia-se da escola sem avisar para se encontrar com homens e se prostituir em troca de dinheiro.

De acordo com as circunstâncias apresentadas o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a decisão de absolver o autor levando em consideração a falta de vulnerabilidade das vítimas e a maturidade sexual que possuíam na época do fato. Não havendo que se falar em indivíduos inocentes e imaturos sexualmente, vez que se prostituíam há tempos para arrecadar dinheiro.

Todavia, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça alterou a decisão por entender que a presunção de violência em relação à menor de 14 anos possui caráter absoluto, protegendo os indivíduos conceituados como vulneráveis das conseqüências que a imaturidade sexual pode ocasionar, inexistindo, desta forma, prova do contrário.

Tal divergência levou os advogados de defesa à apresentarem Embargos de Divergência em Recurso Especial na Terceira Seção que após analisar o caso entendeu tratar-se de presunção relativa, pacificando assim o entendimento perante o Superior Tribunal de Justiça.

O posicionamento adotado pela relatora do caso, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, baseou-se no fato de que o direito deve amoldar-se ao caso concreto, analisando a realidade fática e social dos indivíduos que enquadram os pólos da ação visando a decisão mais justa para as partes.

Deste modo, conforme o preconizado no caso concreto, inexistente a violência real, uma vez que as vítimas praticavam programas sexuais em troca de dinheiro, consentindo o ato. Evidenciou-se a existência nítida de informação de cunho sexual por parte das supostas vítimas, sendo verdadeiras sedutoras e não seduzidas.

Inclusive, a educação sexual não é distribuída da mesma forma no território, existem regiões onde a cultura sexual é mais difundida em relação às demais e, sendo assim, adotar a presunção absoluta de violência é o mesmo que tapar os olhos para a realidade social que se insere no contexto fático.

Ocorre que, a grande repercussão, foi decorrente do posicionamento absoluto da presunção que entende estar o julgado abrindo antecedentes para a prostituição infantil, tão discutida no ordenamento jurídico. Para estes doutrinadores adeptos do posicionamento absoluto, o caso em questão viola a proteção dos vulneráveis determinada pelo legislador quando criou o delito de estupro de vulnerável. A lei protege a dignidade sexual desses menores, extirpando a prostituição infantil inclusive quando pune os clientes.

Sendo assim, estes pensadores acreditam que mesmo havendo estudos sobre a alteração do comportamento sexual desses indivíduos ao longo dos anos, deve prevalecer o contido em lei, o legislador tem ciência desta alteração de comportamento, mas preferiu priorizar a dignidade sexual e não os valores sociais, evitando a exploração destes indivíduos imaturos e despreparados para a vida sexual e salvaguardando o direito de infância de todos os menores.

O julgamento em questão gerou repercussão inclusive por ter sido decidido em um momento onde se discutia o estupro de vulnerável praticado em um Reality Show de canal aberto, segundo o qual um dos participantes, maior de idade, foi acusado de conjunção carnal por manter carícias embaixo de um edredom com outra participante, igualmente maior de idade, que se encontrava sob efeito de álcool.

Para os opositores, a repercussão encontra-se ainda embasada no fato de se considerar vulnerável uma mulher maior de idade por estar sob efeitos do álcool enquanto se ignora a vulnerabilidade entre meninas de 12 anos de idade, levando em conta somente os valores morais da sociedade.

Assim, entendem que o posicionamento relativo acarreta grande insegurança jurídica, pois o legislador fixou diversas limitações nos dispositivos legais que devem ser interpretados de forma absoluta, tais como a maioridade penal, o limite de velocidade, entre outros.

Por certo, os Ministros da Terceira Seção levaram em conta a inexistência dos elementos violência e vulnerabilidade em seus votos, já que para se considerar o menor vulnerável é necessário que se ofereça pouca resistência para o ato sexual, bem como imaturidade e induzimento a fim de se obter sexo.

Ocorre que, no caso em questão o suposto ofensor não se aproveitou da inocência das vítimas visando o sexo, haja vista que as ofendidas já se dedicavam à prostituição.

Restou-se evidenciado que as vítimas não eram ingênuas e desinformadas no que se refere à sexualidade na época do fato, dificultando assim o ajuste do texto normativo no caso prático.

Como argumento, levou-se em consideração o Estatuto da Criança e do Adolescente que instituiu aos maiores de 12 anos de idade a possibilidade de sofrer medidas socioeducativas por considerá-los aptos a compreensão da ilicitude, neste sentido, se possuem capacidade de discernimento acerca do ilícito também possuem capacidade de autodeterminação sexual.

Ainda, por força do princípio da razoabilidade o juiz tem o dever de interpretar a lei, buscando sempre seu convencimento e justiça através da produção probatória, ponderando os acontecimentos reais, não devendo ser mero cumpridor dos dispositivos legais, haja vista que na atualidade os menores são atacados diariamente com assuntos relacionados ao ato sexual através dos meios de comunicação, estando assim, mais aptos a consentirem do que os menores de 1940 quando se instituiu a presunção.

Isto posto, com o passar dos anos a realidade social foi inserindo nos tribunais casos em que se resultariam em grave injustiça caso se aplicasse a presunção absoluta. Ainda, a lei 12.015/09 revogou a presunção de violência do ordenamento jurídico, possibilitando assim o reexame do tema sobre o caso real.

Por fim, por 5 votos a 3, os Ministros Og. Fernandes, Vasco Della Giustina, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira votaram de acordo com a Ministra Relatora no sentido da relativização da presunção, sendo maioria no julgamento. Foram vencidos os Ministros Laurita Vaz, Gilson Dipp e Sebastião Reais Junior.

8 CONCLUSÃO

Ante o exposto, vislumbra-se que a capacidade de autodeterminação sexual do menor, ao longo dos anos, sofreu uma transformação.

O avanço da tecnologia e a globalização encurtaram as fronteiras, favoreceram a liberdade de informação e a acessibilidade aos meios de comunicação. Com isso, os menores passaram a ser alvos da mídia e sua capacidade de influência.

Como se é cediço, a capacidade de discernimento na infância é reduzida, os menores são altamente influenciados, devido a sua inocência, e possuem dificuldade de distinção entre a realidade e a fantasia. Em virtude disso, apregoam em sua personalidade o que lhes é repassado através da mídia, acreditando ser um modelo de conduta adotado por todos os indivíduos.

O estupro de vulnerável, ao continuar determinando a presunção de violência não se atentou ao fato de que a sociedade esta em constante alteração. A violência necessita ser fato, e fato não deve ser presumido pelo legislador.

Conforme se denota no ordenamento jurídico, a moral e o direito encontram-se intimamente ligados, o ordenamento ao determinar o tipo penal deve se atentar ao pudor que a coletividade possui acerca do assunto.

Ocorre que a sociedade não é estática, altera-se ao longo dos anos, todavia, essas transformações não ocorrem uniformemente, há regiões em que as transformações sociais e culturais são mais intensas, devido seu desenvolvimento em relação às demais regiões.

Assim, o direito é vivo, ele se amolda aos padrões determinados, neste sentido, o legislador deve levar em conta a revolução sexual e a mudança na forma de pensar dos jovens sobre o assunto, insistir em uma presunção de violência absoluta é vedar o direito de liberdade de consentimento dos menores e deixar de lado a função social do delito, preocupando-se somente com a função normativa.

Por sua vez, a moralidade também passou por transformações, a sexualidade que antigamente era um assunto pouco discutido entre as pessoas, na atualidade passou a ser exposta de forma escancarada. A prática de relação sexual antes do casamento, que antes era visto como um insulto aos bons costumes e a religião Católica, hoje é tratado naturalmente, encarando-se assim, o problema da gravidez na infância e adolescência de frente.

Neste sentido, a presunção de violência não deve fixar-se somente no limite etário determinado pelo legislador, haja vista que esse limite etário não se associa mais aos anseios dessa nova geração.

Tal instituto afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, pois, de acordo com ele, o Ministério Público possui a competência de acusação e, sendo assim, é sua incumbência produzir provas para provar a culpabilidade do acusado. Não é dever do réu provar sua inocência, haja vista que a inocência do acusado é presumida, até que se prove o contrário.

Em hipótese nenhuma deve se admitir uma culpa presumida, para que o magistrado possua seu livre convencimento é necessário haver a produção probatória que incrimine o réu de fato, a real lesão ao bem jurídico.

Há ainda a violação de diversos princípios conexos, tais como o da ampla defesa, visto que o instituto da presunção de violência impossibilita a produção de prova para a comprovação da realidade dos fatos.

Insta salientar ainda a contradição existente entre o limite etário empregado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e o instituto da presunção, onde, o menor de 14 anos já possui perante o ECA compreensão do ilícito e capacidade de sofrer medidas sócio-educativas.

Conclui-se, portanto, pela relativização do instituto da presunção de violência, levando-se em conta a realidade fática do caso concreto, se de fato houve real lesão ao bem jurídico da dignidade sexual. Com a evolução no comportamento sexual sofrida ao longo dos anos pelos menores de 14 anos, se deduz que possuem capacidade de autodeterminação sexual, sendo muitas vezes mais sedutores do que seduzidos.

Sendo assim, não há necessidade de uma proteção tão rigorosa pelo legislador quanto ao sexo praticado contra esses indivíduos. A violência sexual não pode ser presumida, tem que ocorrer concretamente e, para isso, é necessário que haja uma análise do caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÍBLIA Sagrada, Ave Maria. 176 ed., São Paulo: **Editora Ave Maria**, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 73662-MG**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Ministro Relator: Marco Aurélio, Data da Publicação: 21/05/1996. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744007/habeas-corpus-hc-73662-mg>> Acessado em: 5/02/2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 88.664-GO**. 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça do Estado. Relator: Ministro OG. Fernandes. Data da Publicação: 23/06/09. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200701876874&dt_publicacao=08/09/2009> Acessado em: 19/12/13

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1382136-TO**. Quinta turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Data da Publicação: 06/09/13. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24137700/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1382136-to-2013-0155036-3-stj>> Acessado em: 03/02/14

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1303083-MG**. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Jorge Mussi, Data da Publicação: 27/04/2012, Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21539401/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1303083-mg-2012-0021954-8-stj>> Acessado em: 17/02/2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1021634-SP**, Terceira Seção do STJ, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data da Publicação: 23/03/2012, Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21608486/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1021634-sp-2011-0099313-2-stj>> Acessado em: 12/02/2014

BENFICA, Francisco Silveira, VAZ, Márcia. **Medicina legal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública.** 7 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H).** 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida – Uma análise em face do princípio constitucional de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor.** 1. ed. (ano 2004), 3ª tir., vol. 1. Curitiba: Editora Juruá, 2006.

COSTA JR. Paulo José da. **Comentários do Código Penal.** 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Medicina legal II.** São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil.** 29 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

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

GOMES, Luiz Flavio, MOLINA, Antonio Garcia Pablos de. **Direito Penal:Volume 2, Parte Geral.** 2 tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual.** 1. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2010.

GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III.** 9 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio E. de, **Direito Penal, 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública.** 18 ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, José Mouraz. **Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal**. 4. ed., vol. 1. Editora Coimbra, 2008.

MACHADO, Martha de Toledo. **Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal: as hipóteses de crimes sexuais contra criança**. 1 ed., São Paulo: Editora Verbatim, 2008.

MARCÃO, Renato. GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado, vol. 3: parte especial, arts. 213 a 359-H**. 3 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013.

MINUCCI, Jéssica. **Do Estupro de Vulnerável**. 2012. 53 p. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal, volume 2: Parte Especial, Arts. 121 a 234-B do CP**. 27. Ed., rev. e atual. São Paulo:Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed., São Paulo: Atlas, 2011.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral, especial**. 5 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, João Francisco Andrade de Lima. **A Aplicabilidade da Presunção de Violência diante do Consentimento da Vítima Menor de 14 anos nos Crimes contra a Liberdade Sexual**. 2003. 74 p. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2003.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 493.923-5**, 4ª Câmara Criminal, Relator: Miguel Pessoa, Data da Publicação: 13/11/2008. Disponível em < <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6190284/apelacao-crime-acr-4939235-pr-0493923-5> > Acessado em: 03/02/2014

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249**. 8. ed. rev. atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 70050178045-RS**, Sexta Câmara Criminal, Relator: Ícaro Carvalho de Bom Osório, Data da Publicação: 17/04/2013, Disponível em <http://tj-rs.iusbrasil.com.br/jurisprudencia/112764638/apelacao-crime-acr-70050178045-rs>
Acessado em: 11/02/2014

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito Penal 2: parte especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RUA, Maria das Graças, ABRAMOVAY, Miriam. **Avaliação das ações de prevenção de DST/Aids e uso indevido de drogas nas escolas de ensino fundamental e médio em capitais brasileiras**. UNESCO, Brasil Telecom, Fundação Kellogg, Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2001. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001252/125251por.pdf>> Acesso em: 09 maio. 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais – Bases críticas para a reforma do Direito Penal sexual**. 1. ed., São Paulo: Editora Quartier Latins do Brasil, 2008.

SZNICK, Valdir. **Crimes sexuais violentos: violência e ameaça, pudor e obsceno, desvios sexuais, raptos e estupro, atentado ao pudor**. São Paulo: Ícone, 1992.

VARGAS, Joana Domingues. **Crimes sexuais e o sistema de justiça**. São Paulo: IBCCrim, 2000.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal**. 1 ed. Editora Coimbra, 2005.