

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA**

Lívia Maria Rodrigues Cruz

Presidente Prudente/SP

2013

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA**

Lívia Maria Rodrigues Cruz

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Marcus Vinicius Aquotti.

Presidente Prudente/SP

2013

Dedico este trabalho aos meus pais, pelo  
amor e apoio que sempre recebo.

## **AGRADECIMENTOS**

Não poderia deixar de agradecer:

A Deus, por esta oportunidade de estudo que muito desejei e estou por concluir. Obrigado Senhor por sempre abençoar meus caminhos, me proporcionando disposição, sabedoria e fé para ultrapassar cada dificuldade.

Aos meus pais, Fernando e Fernanda, pela maravilhosa criação e estrutura familiar que me tornou a mulher que sou hoje. Obrigado por acreditarem na minha capacidade, orgulhar vocês é a maior motivação que tenho.

Ao meu orientador Marcus Vinícius, por seus valiosos ensinamentos que me ajudaram a enfrentar este desafio. Obrigado pela atenção e boa vontade, que me fizeram tê-lo como exemplo de profissional e de pessoa.

## RESUMO

O presente trabalho acarreta como objetivo a análise do crime de estupro de vulnerável, objetivado no artigo 217 – A do Código Penal, focado especialmente na presunção de violência presente neste delito quando cometido contra menores de 14 (catorze) anos, uma vez que o legislador não discriminou de forma clara qual a espécie desta presunção. Ademais, é de grande relevância o que aqui se trata, já que se observa a falha legislativa em não acrescentar no tipo penal informações de suma importância, que se não forem devidamente amoldadas, podem acarretar por consequente, punições contraditórias com a tão almejada justiça, já que não se adequam à realidade social contemporânea. Desta forma, o assunto proposto por esta monografia é acerca desta polêmica que tange a possibilidade ou não de se levar em consideração quando necessário, características peculiares e casuísticas de cada lide para um julgamento justo do crime em apreço. Por isso, será abordado da melhor forma possível o enfoque, analisando o tipo, explorando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais e tecendo as considerações necessárias acerca do tema trabalhado.

**Palavras-chave:** Estupro. Vulnerável. Presunção. Violência.

## **ABSTRACT**

The present work has as its objective the analysis of the crime of rape of vulnerable, objectified in article 217 – A the Penal Code, focused especially on presumption of violence present in this offence when committed against minors of 14 (fourteen) years, since the legislator clearly discriminou not what species this presumption. Furthermore, it is of great relevance here it comes, as if observing the legislative failure in not adding the criminal type information of the utmost importance, which if not properly shaped rocks, can lead consequently, contradictory punishments with the much longed-for Justice, since you are not well suited for contemporary social reality. In this way, the subject proposed for this monograph is about this controversy concerning whether or not to take into consideration when necessary, peculiar characteristics and studies of each deal for a fair trial of the crime in question. So, will be addressed in the best possible way the approach, analyzing the type, exploring the doctrinal and jurisprudential placements and weaving necessary considerations about the theme worked.

**Keywords:** Rape. Vulnerable. Presumption. Violence.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 ANÁLISE DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL .....</b>	<b>9</b>
2.1 Conceito .....	9
2.2 Objeto Jurídico .....	10
2.3 Sujeitos.....	10
2.4 Elemento Objetivo e Subjetivo .....	11
2.5 Consumação .....	12
2.6 Qualificadoras .....	12
2.7 Causas de Aumento de Pena.....	13
2.8 Pena e Ação Penal.....	14
2.9 Alteração Legislativa .....	15
2.10 Segredo de Justiça.....	16
<b>3 DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA.....</b>	<b>17</b>
1 Presunção de Violência Absoluta.....	19
3.2 Presunção de Violência Relativa.....	22
<b>4 CRITÉRIOS DE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO LEGAL.....</b>	<b>27</b>
4.1 Contradição com o Estatuto da Criança e do Adolescente .....	29
4.2 Princípios Aplicáveis .....	33
4.3 Critério Meramente Etário .....	36
4.4 O Menor e o Casamento Antigo .....	38
4.5 Amadurecimento Sexual Precoce .....	41

<b>5 POSICIONAMENTOS JURISPRUDÊNCIAIS.....</b>	<b>48</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>53</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>56</b>
<b>ANEXO .....</b>	<b>61</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico vem sofrendo corriqueiramente modificações em seu texto legal refletindo as mudanças na sociedade. Porém, as normas não conseguem se enquadrar sempre no estágio atual de vida da sociedade, pela sua vertiginosa transformação.

Sendo assim, não ocorrendo o ajuste legal à atualidade social, necessário se faz encontrar e aplicar critérios para que essa adequação ocorra, não deixando leis ultrapassadas serem aplicadas em contradição com o período social vivido.

Incluso nas modificações legais, se encontra o crime de estupro de vulnerável, previsto na inteligência do artigo 217 – A do Código Penal Brasileiro, cujas inovações e problemáticas serão abordadas no decorrer deste trabalho.

Destaca-se a incerta constante na relativização ou não da presunção de violência contida no tipo penal do crime aqui examinado, voltado especificamente para os casos de menores de 14 (catorze) anos. Trazendo à baila através do método indutivo, a análise dos pensamentos e argumentos doutrinários, jurisprudenciais, e da autora deste, colaborando também por meio de entrevista um profissional de psicologia, tudo a fim de concluir-se o melhor a ser aplicado.

O crime em estudo é de alta complexidade. Assim sendo, a presente monografia não tem por objetivo, nem conseguiria esgotar o tema, mas sim estimular o debate e a reflexão ante a seriedade das consequências trazidas com a prática deste delito e a forma de seu julgamento.

Sendo abordados todos os fatos relevantes da melhor forma possível para um bom entendimento.

## 2 ANÁLISE DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

### 2.1 Conceito

O Estupro de Vulnerável é previsto no artigo 217 – A do Código Penal Brasileiro (p. 549), *in verbis*:

#### **Estupro de Vulnerável**

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

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

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

§ 2º (vetado.)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

O crime objetivado acima constitui na realização de ato sexual ou libidinoso com vítima em situação de vulnerabilidade.

Encontra-se previsto dentro do título “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, no capítulo II denominado “Dos Crimes Sexuais contra Vulneráveis”.

## 2.2 Objeto Jurídico

A tutela penal do artigo aqui estudado visa preservar a dignidade e liberdade sexual das pessoas em estado de vulnerabilidade, quais sejam, aqueles que não têm suficiente capacidade física e mental para exercitar atos referentes à prática sexual.

Nas palavras de Damásio de Jesus (2011, p. 159), “procura a lei salvaguardá-los do ingresso precoce a vida sexual, defendendo sua inocência e candura e, sobretudo, seu progressivo e gradual amadurecimento”.

Estes se encontram resguardados pelo fato de que o exercício do ato sexual precoce e indesejado com o referido menor em estado de vulnerabilidade causa uma experiência traumática e efeitos maléficos incontáveis a eles pelo decorrer de suas vidas.

## 2.3 Sujeitos

O sujeito ativo, aquele que executa a ação penal ilícita, por ser crime comum, pode ser praticado por qualquer pessoa, de ambos os sexos, desde que maior de 18 (dezoito) anos.

A nova legislação traz a possibilidade de a mulher ser sujeito ativo do estupro, o que elimina anteriores discussões sobre esta eventualidade.

Para Jéssica Minucci (2012, p. 8), “o estupro é uma violência em que o agressor força a vítima a se sujeitar à sua vontade, consubstanciando-se no exercício de poder”.

O sujeito passivo por sua vez, necessita ser aquele que se enquadre em uma das hipóteses trazidas pelo tipo penal, ou seja, sem distinção de sexo, a

vítima há de ser menor de 14 (catorze) anos, enfermo ou deficiente mental ou ainda aquele que não pode oferecer resistência.

No que tange a idade de 14 (catorze) anos, o critério utilizado pelo legislador pátrio é simplesmente o cronológico, etário, ou ainda chamado de biológico. O que acaba por gerar grande discussão na doutrina e na jurisprudência, que será abordado em momento oportuno.

O enfermo ou deficiente mental são aqueles adoecidos de alguma forma ou que têm distúrbios mentais.

Quando se trata de não poder oferecer resistência, refere-se aos casos em que, este sujeito está por alguma razão banido de sua capacidade de entender e de agir, como acontece, por exemplo, na ingestão exagerada de bebida alcoólica, ou qualquer outro tipo de entorpecente.

## **2.4 Elemento Objetivo e Subjetivo**

A conduta proibida pelo legislador neste caso, caracterizando o elemento objetivo consiste em ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso com vulnerável.

Como explica mais detalhadamente o significado de cada expressão, Luiz Regis Prado (2011, p. 673 e 674):

Conjunção carnal, elemento normativo extrajurídico do tipo, consiste na cópula natural efetuada entre homem e mulher, ou seja, a cópula vagínica natural, com a intromissão do pênis na cavidade vaginal. Ato libidinoso, também elemento normativo extrajurídico, é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência. Como exemplo de atos libidinosos podem ser citados: fellatio ou irrumatio in ore, cunnilingus, pennilingus, annilingus (casos de sexo oral ou lingual); coito anal, penetração inter femora; masturbação; toques e apalpadelas no corpo ou membros inferiores da vítima; contemplação lasciva; contatos voluptuosos, uso de instrumentos mecânicos ou artificiais, entre outros.

Por outro lado, o elemento subjetivo é representado pelo dolo genérico, demonstrado pela consciência e vontade em realizar os elementos objetivos do tipo penal, porém sem fim, ou seja, a lei penal não prevê qualquer resultado naturalístico. O exercício sexual seria praticado pelo sujeito ativo com o intuito único de contentamento sexual do autor.

Pelos ensinamentos de Damásio de Jesus (2011, p. 161), “subjetivamente, deve ter por finalidade a satisfação de um impulso de luxúria, de lascívia”.

Retratando o único intuito do sujeito ativo em praticar o ato sexual, não precisando causar resultado esta conduta criminosa.

## **2.5 Consumação**

O delito ora estudado se consuma com a efetiva conjunção carnal, ou com a prática de qualquer ato libidinoso, já devidamente explicado anteriormente.

No que tange a tentativa, é de difícil aplicação, pois, se o sujeito ativo não praticou efetivamente a conjunção carnal, este pelo menos executou o ato libidinoso, o que já é suficiente para consumir o ilícito.

## **2.6 Qualificadoras**

O crime em apreço se qualifica caso a prática da conjunção carnal ou ato libidinoso resulte em lesão corporal de natureza grave ou morte, conforme artigo 217- A em seus parágrafos 3º e 4º do Código Penal Brasileiro.

Nas duas hipóteses descritas, é preciso que o agente tenha praticado a conjunção carnal ou ato libidinoso dolosamente, porém, o resultado de lesão corporal ou morte devem ser feitos a título de culpa. Configurando o delito qualificado pelo resultado, conhecidos como crimes preterdolosos ou preterintencionais, onde se necessita de dolo na conduta antecedente e culpa na conduta consequente.

Há de se saber que, se o sujeito ativo pretende alcançar os resultados finais, nos dois casos de qualificadora, ou assume o risco de produzi-los, existe o concurso material entre o crime sexual e o crime de lesão corporal grave ou homicídio.

## **2.7 Causas de Aumento de Pena**

Artigo 226 do Código Penal Brasileiro (2013, p. 549):

### **Aumento de pena**

**Art. 226.** A pena é aumentada:

**I** – De quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

**II** – De metade, se o agente é ascendente, padrasto, ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

Cuida-se de aumento de pena no delito de estupro de vulnerável as seguintes causas autoexplicativas trazidas pelo legislador, quais sejam, caso de concurso de agentes na prática do crime, grau de parentesco ou autoridade sobre a vítima.

## 2.8 Pena e Ação Penal

O legislador prevê como sanção para o delito do artigo 217 – A do Código Penal, reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Logo, para as formas qualificadas, no caso de lesão corporal de natureza grave, é pena de reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos, e no caso de morte, é pena de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. Como prevê o artigo 217 - A parágrafos 3º e 4º respectivamente.

Referente à ação penal, os crimes definidos no Capítulo I e II do título “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, são procedidos mediante ação penal pública condicionada a representação da vítima.

Contudo, o parágrafo único do artigo 225 do Código Penal Brasileiro traz a possibilidade desta ser feita mediante ação penal pública incondicionada, nos casos da vítima ser menos de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, acobertada pelo artigo ora estudado. Isto preciso se faz para facilitar a punibilidade do sujeito ativo de delito sexual, e não expor a vítima frente ao polo ativo da demanda.

Ademais, a lei 12.015/2009 classificou o delito de estupro de vulnerável como crime hediondo, tanto na sua forma simples quanto na sua forma qualificada, conforme artigo 1º inciso V da lei 8.072/1990.

Portanto, como disciplina o artigo 2º inciso I e II da última lei referida e artigo 5º inciso XLIII da Constituição Federal, são insuscetíveis de anistia, graça, indulto ou fiança. Nessas hipóteses, a pena deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, pelo artigo 2º parágrafo 1º da mesma lei. E a prisão temporária tem o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por mais 30 (trinta) dias se comprovada extrema necessidade, diz o artigo 2º parágrafo 4º da lei 8.072/1990. Em continuação, o livramento condicional reclama o cumprimento de mais de dois terços da pena, caso o apenado seja reincidente específico em crime hediondo ou equiparado.

## 2.9 Alteração Legislativa

O Código Penal Brasileiro refletindo as inúmeras mudanças na sociedade vem sofrendo modificações em seu texto legal. Todavia, necessita-se ainda de mais alterações, para que os tipos penais se enquadrem no atual estágio da vida da população.

A Lei 12.015 de 07 – 08 – 2009 trouxe uma grande inovação, já necessária na época, demonstrando sua clara desatualização, tendo como objetivo reajustar o Código Penal a sociedade e sua realidade, no que tange a matéria sexual.

Agora, os artigos como estupro (antigo artigo 213 Código Penal), o atentado violento ao pudor (antigo artigo 214 Código Penal) e a presunção de violência (antigo artigo 224 Código Penal), como outros, estão revogados.

Contudo, estes se realocaram em um tipo penal único. Hoje, os três artigos mencionados, são objetivados conjuntamente no artigo que conhecemos como estupro de vulnerável (artigo 217- A Código Penal), objeto de estudo deste trabalho.

O capítulo passou da nomenclatura de “Crimes Contra os Costumes” (Código Penal de 1940) para “Crimes Contra a Dignidade Social”, acarretando assim mais proteção á dignidade da pessoa humana, respeito social, autonomia e liberdade individual em relação à sexualidade.

Observa-se que, já a antiga lei trazia a chamada presunção ficta, onde mesmo sem violência ou grave ameaça, se o crime fosse praticado contra menores de 14 (catorze) anos havia essa presunção legal do emprego de violência, para alguns doutrinadores, por considerar a incapacidade de discernimento de tais vítimas para consentir a prática do ato sexual.

No entanto, o legislador não colocando em sua alteração expressamente a presunção no tipo legal, teria somente mudado a conceituação, já que o novo dispositivo traz a vulnerabilidade, na qual sofrem igualmente fortes críticas, no que tange a relativização ou não da conduta punida. Assim sendo, já que



ambas as expressões trazem a mesma ideia, adotar como absoluta ou relativa à vulnerabilidade, repercuti diretamente na presunção de violência. Acaba que, a vulnerabilidade da vítima, substitui a presunção antiga de violência.

A presunção de violência anterior a esta importante alteração legislativa era considerada absoluta por grande parte da doutrina e jurisprudência. Entretanto, após a referida alteração, está havendo inovação ao ser mais considerada como relativa à vulnerabilidade, fazendo a análise subjetiva de cada lide.

Ainda paira muita divergência sobre este enfoque, o que implica em importantes consequências jurídicas e sociais, e o debate central se fixa justamente na presunção ser absoluta ou relativa, mais especificamente nos casos de menores de 14 (catorze) anos.

## **2.10 Segredo de Justiça**

Embora a regra geral do ordenamento jurídico seja o princípio da publicidade, trazido pelo artigo 5º LX da Constituição Federal, artigo 93 IX do mesmo dispositivo, e artigo 792 § 1º do Código de Processo Penal, conforme prevê o artigo 234 – B do Código Penal, o crime de estupro de vulnerável terá sua tramitação em segredo de justiça.

Tal medida se justifica, pois, a intimidade das vítimas deve ser preservada, a fim de evitar exposição e escândalo sobre o fato.

Essa necessidade ficou evidente na previsão do artigo 201 § 6 do Código de Processo Penal, onde há a preservação da intimidade, vida privada, honra e a imagem do ofendido.

O segredo de justiça incide em realizar as audiências do caso de portas fechadas, podendo participar apenas as partes, os juízes e os auxiliares da justiça. O acesso aos autos é autorizado apenas às partes e seus advogados.

### 3 DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

Na vigência da antiga lei, já existia uma grande problemática no que tange a natureza da presunção de violência que havia no tipo penal, e apesar da alteração legislativa e da retirada desta expressão do texto legal, o problema continua por gerar diversos entendimentos sobre o tema.

De acordo com Caroline Barbosa Guimarães (2011, p. 44):

Quando existia a presunção de violência, havia grande controvérsia sobre sua natureza, surgindo nessa época quatro teorias que se destacavam, senão vejamos: teoria absoluta, teoria relativa, teoria mista e a teoria constitucionalista.

Para os defensores da teoria absoluta, a presunção era absoluta, não se admitia prova em contrário, estaria o crime configurado sempre que o sujeito ativo fosse menor de 14 anos. A teoria relativa defendia a produção de provas, e excluía a presunção de violência, sempre que a menor de 14 anos já fosse experiente em assunto sexual e demonstrar ser promiscua. A teoria mista, por sua vez, adotava a presunção absoluta para os menores de 12 anos, ou seja, quando o ato sexual fosse praticado com criança, mas, se tratando de adolescente, em casos excepcionais, entendia pela relativização. Por sua vez, a teoria constitucionalista afirmava que o Direito Penal moderno é o Direito Penal da culpa, taxando de inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva, leia-se, a produção de provas.

Assim sendo, doutrinadores renomados dividiram-se nas opiniões sobre qual teoria seria a mais adequada diante de um caso real. Já que o enigma permanecera.

O debate aprofundou-se acima de duas destas opções doutrinárias e jurisprudências, quais sejam, a presunção seria a tradução da ideia de consequências deduzidas de um fato, na qual poderia ser classificada em presunção absoluta e presunção relativa.

Sendo a diferença entre a classificação de presunção absoluta e presunção relativa, a possibilidade de haver prova em contrário da alegação feita.

Conforme explora em seu artigo, Daniel Nobre Morelli (2013, p.3):

PRESUNÇÃO ABSOLUTA (“jure et de jure”) – O juiz aceita o fato presumido, desconsiderando qualquer prova em contrário. Assim, o fato não é objeto de prova. A presunção absoluta é uma ficção legal;

PRESUNÇÃO RELATIVA (“juris tantum”) – São aquelas que podem ser desfeitas pela prova em contrário, ou seja, admitem contra-prova. Assim, o interessado no reconhecimento do fato tem o ônus de provar o indício, ou seja, possui o encargo de provar o fato contrário ao presumido.

Isto posto, na presunção de violência absoluta, não poderá ter prova em contrário do que foi alegado contra o réu, já na presunção de violência relativa, haverá essa possibilidade, dando ao acusado o direito de trazer em juízo o que lhe for favorável, mostrando os fatos e almejando sua melhor defesa.

Deste modo, teve-se em vista dar sinônimo de presunção de violência à falta de alguns elementos básicos como o consentimento livre, acreditando que naquela determinada faixa etária, qual seja, até 14 (catorze) anos, ainda não haveria o amadurecimento suficiente, quer físico, quer mental, não gerando ao indivíduo possibilidade de avaliação de seus atos sexuais com a exata precisão. Bastando assim para os absolutistas desejando o enquadramento legal haver a vítima descrita no tipo e a conduta sexual do autor, presumindo ter agido este último com emprego de violência.

Ademais, o legislador após a mudança em 2009 utiliza o conceito de vulnerabilidade para diversos enfoques, em situações distintas sem qualquer justificativa plausível. O que dificulta ainda mais a aplicação nos dispositivos penais que se perfazem desta vulnerabilidade e conseqüentemente da sua presunção.

Assim sendo, com a criação do estupro de vulnerável, não se entrou no mérito da violência, ou sequer da presunção. E a discussão trava-se aqui, acerca da presunção ser absoluta ou relativa no crime ora estudado, com enfoque na idade do tipo penal.

## 1 Presunção de Violência Absoluta

Aqueles que condizem com a presunção de violência absoluta no crime do Artigo 217 – A do Código Penal Brasileiro argumentam que, com a nova Lei 12.015/2009, a situação não teria mudado, já que praticar ato sexual com menor de 14 (catorze) anos seria simplesmente proibido.

Sob esta ótica, João Daniel Rassi (2012, p. 6), “havendo ato sexual com o menor de 14 anos, pouco importando sua experiência sexual ou outras circunstâncias, haveria estupro de vulnerável”.

Para estes, o Código Penal foi taxativo ao trazer a idade de 14 (catorze) anos em seu tipo penal. E a falta de ressalvas teria deixado explícito à ilicitude de excludentes para esse crime.

Satisfazendo para a qualificação do crime que existiam os sujeitos e a conduta do tipo, sem necessidade de maiores análises para o julgamento.

No que diz respeito Luiz Regis Prado (2010, p. 674):

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 de iure*, pela razão biológica de idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual. Daí negar-se existência válida a seu consentimento, não tendo ele nenhuma relevância jurídica para fins de tipificação do delito.

Assim, aquele que pratica ato sexual com menor de 14 (catorze) anos age com uma pessoa sem a necessária maturidade sexual para a feitura desses atos, não podendo conseqüentemente alegar o consentimento desta, por exemplo, em sua defesa.

É de pronto que autores renomados defendem este posicionamento com a ideia fixa de que este capítulo visa assegurar a inviolabilidade sexual de determinadas pessoas por sua debilidade, e exatamente por este motivo não aceitam a flexibilização da interpretação da norma, acreditando fielmente de que

todo menor de 14 (catorze) anos se enquadra nesta descrição, de pureza e doçura, sendo assim vulnerável.

Cita-se Damásio de Jesus (2011, p. 155):

Busca-se defender a intangibilidade sexual de determinado grupo de pessoas, consideradas em sua condição de fragilidade, pondo-as a salvo do ingresso precoce ou abusivo na vida sexual. Para a configuração dos delitos tipificados neste capítulo é desnecessária a existência do dissenso da vítima, que se considera, por força de disposição legal, irrelevante.

Sobretudo a mudança legislativa nada teria transformado, já que os protegidos pelo capítulo são em sua totalidade completamente inocentes e frágeis, trazendo para a lei nova a ideia antiga de absolutismo.

De acordo com Fernando Capez (2012, p. 81):

A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica, etc. Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida em prostituição, pode atingir às custas desse prematuro envolvimento um amadurecimento precoce. Não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz. No entanto, é considerada vulnerável, dada a sua condição de menor sujeita à exploração sexual.

É de se compreender o intuito do nobre legislador, porém, fica a incoerência em alguns casos na contradição de tentar proteger uma vítima que não se encaixa na definição desta palavra.

Pondera Francisco Dirceu Barros com o mesmo posicionamento (2012, p. 70):

O Direito Penal não pode conviver com conceitos abstratos, pois ele não permite interpretação extensiva nem o uso da analogia *in malam partem*. Portanto, o conceito de “vulnerável” deverá ser formulado nos termos da lei, ou seja, bem objetivo.

Considerado pelo doutrinador a necessidade taxativa de interpretar a legislação de forma objetiva sempre, não tendo lugar para se levar em conta subjetividades da lide, mesmo que a lei já não traga mais a realidade moderna.

Acrescenta Rogério Greco (2011, p. 528):

Não conseguiram entender, *permissa vênia*, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (catorze) anos, por mais que tivessem uma vida desregrada sexualmente, não eram suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais. Suas personalidades ainda estavam em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado. Dados e situações não exigidos pela lei penal eram considerados no caso concreto, afim de se reconhecer ou mesmo afastar a presunção de violência, a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social, etc. O que se esquecia, infelizmente, era que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente, deixavam aflorar seu libido com crianças ou adolescentes ainda em fase de desenvolvimento.

Defender a tese absoluta visa em uma das suas faces afirmar que todos aquele menor de 14 (catorze) anos é leigo e inocente em matéria sexual, e que mesmo que assim não o for, o sujeito ativo que supostamente teria aproveitado do defloramento prematuro deve ser punido, deveria ser considerado responsável também pelo o que anteriormente ao seu ato tenha acontecido, e tudo isso sem análises mais profundas e possibilidade de defesa ampla.

Ademais, diante de um caso prático, é instintivo ter o primeiro entendimento de aplicar o delito fazendo simplesmente uma interpretação positivista do tipo, com a visão moralista do que seria a ideia particular de certo ou errado, pela grande repercussão que esta espécie de ilícito causa na população em geral, já que este menor é considerado completamente inocente perante a sociedade, podendo ser atacado em razão de sua fragilidade.

Contudo, nem sempre haverá essa exata adequação do tipo na realidade, e inexistirá o sentido planejado pelo legislador, que é onde encontra justificativa outro grande posicionamento doutrinário e jurisprudência sobre o tema.

### 3.2 Presunção de Violência Relativa

A já aludida presunção de violência relativa nada mais é do que a análise das particularidades do caso concreto para a averiguação da validade ou não de peculiaridades da lide e do ofendido.

Aqueles que defendem esta ideia não trazem a máxima de inocentar infratores, ou tornar cláusula geral, mas sim de conceder a estes a oportunidade de defesa plena e peculiar no processo, antes de seu julgamento final, evitando assim, possíveis injustiças e julgamentos moralistas sociais preliminares.

No que se refere a isto, Gisele Mendes de Carvalho e Edmar José Chagas (2012, p. 10):

Majoritário o entendimento de que se trata de uma vulnerabilidade relativa, que pode ser derrubada havendo prova em contrário que demonstre a maturidade sexual do menor, afastando-se assim o paternalismo estatal que protegeria a dignidade sexual dos menores de 14 anos mesmo contra a sua vontade.

Isto tudo, pois, a transformação nos costumes impõe a evolução dos tempos. E há de se verificar que nem todo menor de 14 (catorze) anos poderá mais ser considerado vulnerável em matéria de sexo. Devendo ser afastado o paternalismo existente em tempos antigos.

É inegável a evolução sexual no decorrer do tempo, modificando os padrões sexuais daqueles que o praticam, influenciando diretamente na maturidade sexual para tanto. Em alguns casos assim, frisa-se que não em todos, a presunção deverá ser afastada pelo momento sociocultural vivido, mas para isso, será necessário dar abertura para tanto no processo.

Para estes, não se atende à ideia de que todo menor de 14 (catorze) anos teria disposição de sua vida sexual, mas sim que existe ha necessidade de aferir caso a caso se o menor teria capacidade de consentir o ato sexual com o adulto, ou se haveria outra particularidade em seu caso que deveria vir à tona no julgamento. Para que ao final possa ter uma decisão justa. E aqui, veremos logo

mais, algumas das defesas em que o acusado, adotando a tese relativa, poderia levantar a seu favor, não que estas o livraria da culpabilidade, mas que possibilitaria sua ampla defesa.

Alude Francisco Dirceu Barros (2010, p. 72):

Direito Penal da culpa é inconciliável com presunções absolutas, portanto, a vulnerabilidade é relativa, porque, na época atual, estaríamos hipocritamente abstraindo a moderna realidade ao negarmos, de forma absoluta, que uma pessoa com idade inferior a 14 anos seja absolutamente vulnerável e não tenha, repito, de forma absoluta, a mínima ideia do que seja uma relação sexual.

Sendo assim, contemporaneamente há a necessidade de abrir os olhos e constatar que existem sim alguns episódios em que o menor embora tenha pouca idade, possui evolução suficiente para decidir sobre sua liberdade sexual, não fazendo do seu parceiro um estuprador. Seria uma hipocrisia aplicar presunções absolutas presumindo ser todo menor de 14 (catorze) anos, modernamente, completamente inocente e puritano.

Os adeptos a esta teoria admitem prova em contrário, tendo a possibilidade de exclusão da presunção de violência absoluta dentro do processo, quando se fizer necessário, visando a mais justa forma de justiça.

Muitas seriam as questões a serem levantadas pelo acusado na busca de sua defesa, e para isso haveria necessidade de ofertar ao réu esta possibilidade no processo. E esta problemática cumpre ao operador da área levantar, como forma de evitar injustiça no caso concreto, já que a norma não se encontra no patamar social adequado. Esta seria uma das formas de atualização da norma, para um julgamento justo, enquanto não advém a mudança efetiva no texto normativo.

É preciso deixar claro que, a ideia trazida por estes defensores da relativização da vulnerabilidade não encontra como objetivo a banalização da violência contra o menor, nem sua impunibilidade ou sequer generalizar esta cláusula, mas sim que para uma adequação da norma à sociedade contemporânea, umas das saídas seria, a aplicação da presunção de violência relativa, produzindo todas as provas necessárias para o processo ser justo, e possibilitando que o juiz tenha conhecimento do que de fato ocorreu naquele particular caso, e julgue com



mais clareza, não simplesmente fazendo a verificação se há enquadramento típico e aplicar a severa punição e taxa-lo como estupro.

Gisele Mendes de Carvalho e Edmar José Chagas (2012, p. 25 e 26) mencionam que:

Caberia sempre ao intérprete, e posteriormente ao aplicador do Direito, verificar se, na prática a idade do menor corresponde realmente à *innocentia consilii* que serve de fundamento à vulnerabilidade requerida pelo tipo penal. Isso porque o Direito é uma ciência cultural, em constante e necessária evolução, e não poderia permanecer o mesmo estanco diante das transformações sociais, mormente quando da interpretação de um termo depende a liberdade de um homem e a aplicação ao mesmo de uma pena que varia de oito a quinze anos de reclusão, além da condenação como “estupro”.

Ao retirar do acusado a brecha para que este possa fazer sua defesa ampla, sem prévias constatações, estar-se-ia praticamente julgando antecipadamente uma lide, trazendo a baila uma pena de reclusão altíssima e sequer iria-se saber com a certeza indispensável se aquele menor corresponde ao inocente tutelado pelo tipo e se este precisaria de forma justa da tutela jurisdicional.

Alguns doutrinadores são adeptos a questão de que havendo alguma causa que demonstre que não há parte lesada, por conseguinte não há a vítima que a lei salvaguarda, não gerando assim ato ilícito.

Sob o ponto de vista dos doutrinadores Gisele Mendes de Carvalho e Edmar José Chagas (2012, p. 8):

Assim, a atividade sexual é livre entre as pessoas livres (física e mentalmente), sendo tão-somente proibida a sua realização por ato unilateral de vontade, já que, neste caso, surge o constrangimento ilegal que é componente de todos os tipos dos crimes que lesionam ou põe em perigo o bem jurídico “dignidade sexual”. Isso significa que, presente o consentimento do titular do bem jurídico, não há que se falar em delito, exceto se algo leva o aplicador do Direito a crer que essa vontade não é livre, ou encontra-se imbuída de algum vício. Mas o bem jurídico, em qualquer caso, e independentemente da vontade da vítima, há de ser sempre a dignidade sexual em sua completude, abarcando tanto a integridade quanto a liberdade sexual, não se podendo tolerar que, para os menores de 14 anos e vulneráveis de modo geral, apenas a integridade sexual seja tutelada, ainda que contra a sua vontade.

Há de se observar que o ordenamento jurídico visa proteger direitos de todos, e não agiria com justeza aquele em que pretende defender e analisar apenas um bem jurídico que considera lesado, não levando em consideração a outra parte da lide, aquele em que está sendo acusado e que detém em pé de igualdade os mesmos direitos essenciais. A balança da justiça não estaria equilibrada ao considerar preliminarmente alguém culpado sem disponibilizar momentos de aplicação do efetivo direito para ambas as partes.

Alguns chegam à máxima ao defender que inexistiria crime caso se comprove com as particularidades levantadas a ocorrência de ato sexual sem violência, tirando o objetivo legislativo de proteger bem jurídico lesado, contudo, não é o foco deste debate, já que para chegar a este fim, necessita-se estar presente o meio, qual seja, a possibilidade dessa prova em contrário. O resultado ao final caberá como de lei e costume ao juiz julgado, porém, utilizando-se de maiores e mais importantes provas para decidir com a justeza almejada por todos.

Com a ilustre experiência de 12 (doze) anos de exercício do cargo de Promotora de Justiça Criminal, Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p. 18):

Nossa opção pelo tema decorreu da constatação de que, em boa parte daquelas ações, as vítimas terminaram por revelar, na instrução criminal, plena ciência dos atos sexuais e suas consequências, chegando, em certos casos, não apenas a confessar sua livre adesão, mas a iniciativa mesmo para concretização do ato sexual. É de ressaltar, também, que, na maioria dos casos, as vítimas mantinham relação de namoro com o acusado e, por isso, ansiavam por exercer sua sexualidade. Concluímos, assim, que a iniciativa da movimentação da máquina judiciária decorreria simplesmente da vontade dos seus responsáveis legais (em especial da figura paterna), desejosos de cobrir seus filhos com o manto dos iludidos, a fim de preservá-los do ponto de vista social, em razão de uma ideologia moral dominante. Constatamos, por outro lado, que os acusados sofriam toda a sorte de violações de direitos e garantias constitucionais, restando estigmatizados como perversos sexuais pelo resto de seus dias, sem que pudesse sequer falar de efetiva materialização de ofensa ao bem jurídico da liberdade sexual.

Qual seja, na prática é possível verificar que na maior parte dos casos não há violação ao bem jurídico tutelado pelo legislador, pelo simples fato de uma peculiaridade justificar plausivelmente aquele ato sexual praticado, não importando o sujeito passivo em efetiva vítima. E vemos que, a proteção generalizada teria origem

não só pelo legislador, mas também por aqueles a quem a lei entregou aos seus cuidados este menor que por algum motivo dispôs de sua liberdade sexual, sendo a saída mais fácil jogar ao acusado esta responsabilidade, mesmo que esta não seja a verdade real e justa. Restando ao condenado arcar com erros anteriormente existentes, tanto sociais e morais, quanto estatais e familiares.

Assim sendo, em alguns casos deve ser considerado verossímilhante as alegações trazidas pelo réu, e, portanto válido, afastando a contrariedade da norma jurídica, ainda que a conduta que tenha sido praticada aparentemente ou moralmente se amolde a um tipo incriminador.

Será abordada de forma mais ampla a seguir algumas situações em que o acusado caso tenha oportunidade de alegar tais teses, poderia ser considerado ter chance de lutar por sua inocência, pela particularidade do seu caso.

No entanto, registra-se o fato de que, há várias outras hipóteses do cotidiano em que haveria justificativa plausível para o afastamento da presunção de violência no crime de estupro de vulnerável, como por exemplo, aquela vítima que quis o ato, até por ter relação de amor com o acusado, caso contrário possuía de qualquer forma ciência do que é o ato; aquela que insistiu para que o agente praticasse o fato; aquela que contem na época dos fatos maturidade emocional e psíquica para tanto; aquela que possui evolução física e aparenta ser maior de idade; dentre muitas outras.

## 4 CRITÉRIOS DE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO LEGAL

A imprescindibilidade em ceder à rigidez interpretativa foi pouco a pouco compreendida e aceita pela pressão social advinda das transformações socioculturais e a evolução dos tempos. Era tempo de amoldar o texto legal à realidade de vida da sociedade, e esta foi a alternativa encontrada, já que a norma não conseguiu evoluir em conjunto com a coletividade.

Desta forma, conservou-se a integridade do texto da lei, mas afastou-se a sua aplicação em sentido literal, não se tornando cláusula geral, mas fazendo a correspondência da mesma com a sociedade contemporânea quando indispensável, enquanto não advém a reforma penal devida.

Com efeito, as mudanças sociais devem ser observadas tanto pelo legislador, na construção e modificação da norma, mas também pelo julgador, em sua aplicação, buscando sempre a melhor forma de justiça com os meios que possui. Entendendo que, se a lei é ultrapassada, e não ocorrendo a modificação desta, a melhor opção seria interpretá-la de uma forma em que correspondam as expectativas gerais.

Cumprido salientar, uma pesquisa realizada em 2001 pela Unesco e o Ministério da Saúde, onde participaram cerca de 16.000 (dezesesseis mil) jovens de 14 (catorze) capitais brasileiras diferentes revelou que, os brasileiros possuem a tendência a ter namoros breves e mais intensos. E conseqüentemente, diferindo do padrão antigo, desde os anos 90 vem se acentuando a precocidade e ousadia nos primeiros relacionamentos.

Averiguou-se que, entre as meninas, a idade da primeira relação sexual gira em torno de 15 (quinze) anos, e entre os meninos, 14 (catorze) anos. Diferentemente dos mesmos dados coletados pelas instituições citadas quatro anos antes. E ainda, esta primeira relação sexual não ocorre advinda de um namoro sério, mas sim com alguém que o menor “fica”, sem relação firme alguma ou sequer conhecimento e vínculo profundo. Os relacionamentos não mais se enquadram no

ritual de passagem para o casamento, fundado na castidade, mas acabam por serem meras experiências da juventude.

Dados ainda mais alarmantes são os trazidos pela doutrinadora Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p. 93):

Posterior pesquisa realizada pelos mesmos parceiros, divulgada em 2004 informou que em quase todas as treze capitais brasileiras onde fora realizada (Salvador, Belém, Cuiabá, Fortaleza, Florianópolis, Goiânia, Maceió, Manaus, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro, São Paulo e Vitória), mais de 10% (dez por cento) dos menores com idade ente 10 e 14 anos já tiveram uma relação sexual.

Isto se dá por vários motivos, inclusive por ser característica própria das novas gerações, pela cultura de sensualidade existente no Brasil, e claro, pela grande liberdade encontrada por estes menores atualmente. Não se discute aqui se isso se enquadra nos parâmetros sociais e morais almejados, mas da constatação da realidade em que hoje se vive.

E nota-se que estes dados diferenciam-se bastante com os coletados quatro anos antes da pesquisa. E, ainda mais com a realidade atual, já que desde a pesquisa se passaram 12 (doze) anos, prevendo um quadro ainda mais desigual, com a sexualidade presente ainda mais cedo na vida dos menores.

Não se discute aqui se isso se enquadra nos parâmetros sociais e morais almejados, mas da constatação da realidade em que hoje se vive. E que deve ser observada a luz de um julgamento concreto.

Ainda segundo Psicólogo entrevistado conforme anexo :

O amadurecimento sexual de um menor está atrelado relativamente ao contexto que ele vive.

[...]

A subjetividade do desenvolvimento psicológico, não está embasado somente na idade cronológica ou fatores biológicos, mas principalmente na relação desses com o contexto e com os fatos que ocorrem com o indivíduo no seu presente.

Sendo assim, de nada adianta tentar impedir ou não querer enxergar este momento de maior liberdade sexual entre os menores de idade, que acaba sendo uma decorrência natural, especialmente pela vivência neste contexto, e de que nada adianta tentar punir o agente ativo por esta evolução, sem ao menos dar-lhe oportunidade de trazer esta realidade ao processo.

#### **4.1 Contradição com o Estatuto da Criança e do Adolescente**

O Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu em 1990 com o objetivo de defender direitos infanto-juvenis, intencionando uma sociedade mais igualitária e justa. Assim, as questões relacionadas à infância e juventude receberam fundamento e garantia, destinado a um grupo pequeno que merece privilégios.

Analisando o Estatuto da Criança e do Adolescente, a precariedade do primeiro posicionamento de que a presunção de violência é absoluta começa a aparecer, pois, em seu Artigo 2º, infra citado, é considerado menor, ou criança, aquele que ainda não tenha atingido 12 (doze) anos de idade. Sendo por seguinte, avaliados como adolescentes aqueles menores a partir dos 12 (doze) anos completos, que inclusive podem ser responsáveis por ato infracional, até completados seus 18 (dezoito) anos.

Estatuto da Criança e do Adolescente (2013, p. 1043):

**Art. 2º.** Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Gerando assim um confronto aparente com a situação do crime sexual previsto no Código Penal em seu Artigo 217 – A, que prevê como vulnerável aquele menor de 14 (catorze) anos.

Isto significa que no estudo conjunto do Código Penal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, duas normas Brasileiras, há um intervalo etário entre os possuidores de 12 (doze) a 14 (catorze) anos de idade no qual o adolescente, ao mesmo tempo não possui maturidade para praticar atos da vida sexual, mas por outro lado possui capacidade para responder por ato ilícito. Abrindo então ensejo para que se avalie se houve ou não estupro de vulnerável nesses casos em que o menor encontra-se entre 12 (doze) e 14 (catorze) anos.

No entendimento de João Paulo Martinelli (2012, p. 2):

O ECA é lei específica que faz a clara distinção entre criança (jovem até os 12 anos) e adolescente (jovem entre 12 e 18 anos). Entre 12 e 14 anos há uma zona cinzenta, que permite a aplicação de medida socioeducativa e impede a liberdade sexual. Quando o menor tiver menos de 12 anos não há dúvidas: ele é criança e, portanto, não há maturidade para a vida sexual, e isso legitima a intervenção penal do Estado. Entretanto, o menor entre 12 e 14 anos já é um adolescente e sua vulnerabilidade pode ser discutida. Vale ressaltar o PL 1.213/2011, da Câmara dos Deputados, que pretende relativizar a vulnerabilidade no caso do ofendido portador de deficiência mental quando estiver o mínimo de capacidade para consentir.

Em resumo, defende-se aqui a relativização da vulnerabilidade sexual quando o menor estiver entre os 12 e os 14 anos de idade. Se há o mínimo de maturidade para receber uma medida socioeducativa, e responder por ato infracional, deve ser permitida a prova em sentido contrário em relação à vulnerabilidade para os atos sexuais. Reafirmando: não se defende a retirada da presunção ou a redução da idade do tipo penal para 12 anos; o que se pretende é permitir ao acusado provar que o ofendido, entre 12 e 14 anos, tem capacidade suficiente para consentir, uma vez que o consentimento válido tornaria o fato materialmente atípico. Se a tipicidade material é a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, o consentimento válido espanta qualquer ofensa à dignidade sexual, que é o bem jurídico tutelado pela norma em questão.

O ilustre doutrinador traz a evidente lacuna legal, e o seu entendimento favorável no que tange à abertura da possibilidade de produção de prova em contrário com relação à vulnerabilidade daquele considerado vítima em relações sexuais, sem defender a retirada da presunção de violência.

Se existe possibilidade legal de punir aquele entre 12 (doze) e 14 (catorze) anos, também dever-se-ia existir possibilidade deste decidir sobre sua liberdade sexual. Não seria razoável somente poder receber os desamores com relação a sua idade, e as vantagens lhe serem afastadas.

Portando, denota-se realmente a lógica da necessidade de averiguação da possibilidade de haver a relativização da presunção de violência, para julgar de forma acertada alguns delitos que acabam por ser até em sua máxima, materialmente atípicos.

Ainda segundo Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 102 e 103):

Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Creemos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade no tocante ao adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14 anos.

Mais uma vez, diferente doutrinador de forma brilhante propõe a unificação da lei especial, Estatuto da Criança e do Adolescente, com o Código Penal Brasileiro, abrindo legalidade para atos sexuais consentidos e desejados para aqueles maiores de 12 (doze) anos, ou caso não seja feita a alteração, que se reconheça presunção relativa de violência nestas situações, sendo uma forma momentânea de reparar a omissão e demora legislativa.

Comentando Gisele Mendes de Carvalho e Edmar José Chagas (2012, p. 18):

Tomando-se por base a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), verificasse que o adolescente tem seu termo *a quo* na idade de doze anos completos, e, na medida em que este lei é especial em relação ao Código Penal, é mister que se faça, pois, um questionamento acerca da capacidade (idade) para ser "vítima" nos crimes contra a dignidade sexual.

Além de ser um critério para adaptação da norma, esta medida encontra outro fundamento por esta lei ser norma especial, que deve prevalecer ante as demais normas anteriores que a contraria.

Entendeu deste modo, Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p. 101):



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.

Rechaçando desta maneira, o avanço da humanidade em todos os aspectos, inclusive no âmbito sexual, aplicando a mesma faixa etária de décadas atrás para lides atuais, contradição já reconhecida e alterada pela lei especial da criança do adolescente.

No mesmo sentido, Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi (2010, p. 151):

As alterações do Código, mantendo a idade de 14 anos, não acompanharam o conceito de criança do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual a idade da criança vai somente até 12 anos. As leis são autônomas e, portanto, no caso, não têm influência recíproca.

E assim, remata Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 117):

O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Creemos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e se estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tenha sido feito, permanece válido o debate acerca da vulnerabilidade no tocante ao adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14.

Exatamente pela disparidade constante com lei especial, que inicia-se a defesa da relativização da violência, já que não há previsão de mudança do tipo nesse sentido. A medida de justiça adequada e aconselhada é que em casos excepcionais, se aplique esta presunção relativa, acompanhando a interpretação ao comportamento social. Para que advenha posteriormente, no mínimo, a unificação do estatuto com o código.

## 4.2 Princípios Aplicáveis

No tema em exame, haveria de se aplicar com justeza ainda outra fonte do direito, os princípios. Estes são valores básicos de uma sociedade em geral, que administram em conjunto o ordenamento jurídico pátrio.

Contemporaneamente não se podem deixar de lado estes princípios que nada mais são no processo penal como em todo ordenamento que os contemplam, alicerce e mandamento nuclear de um sistema, lhe dando harmonia e compreensão.

Diante do exposto, Jéssica Minucci (2012, p. 42):

É fato que o processo se desenvolve em conformidade com determinados princípios e não aleatoriamente à vontade do julgador. Os princípios constitucionais do processo se traduzem em proteção contra o arbítrio da autoridade judicante.

O princípio da lesividade ou também conhecido como princípio da ofensividade, traz a ideia que só poderia ser considerado como crime aquele que ofendesse concretamente um bem jurídico essencial, repudiando punições de meras imoralidades. Quando se relativiza a vulnerabilidade, reconhece-se que naquele particular caso, o consentimento do ofendido, por exemplo, é válido.

Portanto, se há consentimento, e este é considerado válido, desfaz-se por completo a ofensa à dignidade sexual, não há lesividade a nenhum bem jurídico, não existindo a causa ensejadora do crime, mesmo que a tipificação ainda haja enquadramento.

Deste modo, defende Israel Domingos Joroi (2012, p. 9):

Passamos a tratar de uma conduta formalmente típica (prevista no art. 217 – A do CP), mas materialmente atípica (isto é, que não traduz ofensa real ao bem jurídico tutelado). Punir uma conduta materialmente atípica é admitir o uso do Direito Penal desvinculado da sua função legitimadora. Se não há lesão efetiva a um bem jurídico, o uso do Direito Penal não é mais que violência gratuita.

Por esta visão, não teria então justificativa se verificado a falta de conduta materialmente típica punir um agente de forma gratuita.

Embora tenha grande controvérsia e haja fundamentação para tanto, a interpretação mais racional, para estes, é a de se examinar o caso particularmente, para averiguar as condições pessoais de cada vítima, constatando o grau de seu conhecimento e discernimento da conduta, diante do ligeiro desenvolvimento comportamental e da moral sexual moderna.

Ademais, prevê a Constituição Federal dois princípios igualmente de suma importância, quais sejam, princípio do contraditório e ampla defesa (artigo 5º LV) e o princípio da não culpabilidade (artigo 5º LVII).

Os princípios constitucionais citados logo acima rechaçam a utilização da presunção absoluta, pois, esta afronta respectivamente o direito a defesa vasta do acusado, já que respectivamente, este não poderá trazer para o processo discussões específicas do seu caso que poderiam conceder-lhe a inocência; e o seu direito de não ser considerado culpado antes de prolatada uma sentença transitada em julgado, munida do devido processo legal, já que seria considerado responsável e culpado por um crime de pronto, sem exame da situação peculiar.

Vale ressaltar Caroline Barbosa Guimarães (2011, p. 50 e 51):

A vulnerabilidade absoluta ofende o Princípio da presunção do estado de inocência, considerada uma garantia política do cidadão, sendo garantido a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que apenas pode ser afastado se houver prova plena do cometimento do delito; e que só cessará com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Não sendo aplicável tal entendimento, estaria caracterizado o proibido cerceamento de defesa, agredindo de forma direta princípios que norteiam a Carta Suprema de Direitos vigente no país.

O princípio constitucional da presunção do estado de inocência estaria sendo violado também porque o órgão que detém o dever de acusar tem que consequentemente prová-lo. O que não ocorreria caso seja aplicada a presunção de violência absoluta, pois, o ônus de provar estaria nas mãos do acusado. Não há

lógica na inversão deste quadro, onde o acusado que teria que produzir provas para ratificar sua inocência desde já presumida. O acusado deve ser considerado inocente, cabendo à acusação o ônus de provar o contrário.

Explica de forma brilhante esta colocação Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p. 50):

Seria injusto e um arbítrio estatal que a pessoa acusada da prática de um delito se visse obrigada a comprovar sua inocência para se ver livre da qualificação de culpado. A regra é, antes, que ninguém pode ser de início culpado, gozando da presunção de inocência até que surjam provas convincentes do contrário.

A presunção absoluta resulta em ofensa também aos princípios do livre convencimento do Juiz e da busca da verdade material. Isso porque, aplicada esta presunção, estaria retirando do juiz toda e qualquer possibilidade de valorar as provas, impedindo desta forma, a busca da verdade real no processo. Restringindo no caso de estupro de vulnerável, a oportunidade de o juiz importar se no caso concreto o menor resistiu ao ato sexual do autor, ou do contrário, desejou este ato de forma consciente e livre. Com o efeito de gerar uma prestação jurisdicional ineficaz, inconivente com a realidade social e a justiça.

Por fim, mas não menos importante, estaria violado o princípio da intervenção mínima, onde não é possível a punição de condutas meramente morais. Preciso se faz da existência de um dano efetivo e suficiente para que o Estado esteja legitimado a intervir, e isto não pode ser confundido com meras imoralidades, onde, existiria o delito caso haja a ofensa a valores sociais, que se afastam do padrão socialmente de comportamento aceito pela maioria da população.

Conforme Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 116 e 117):

É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, e ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.

Acaba-se por punir uma ação não praticada, pela simples suposição da existência de um comportamento inexistente ou baseado em meras moralidades sociais.

### **4.3 Critério Meramente Etário**

Referente à faixa etária, vemos outra grande problemática que poderia ser alegada como critério de relativização da presunção de violência.

Houve uma grande mudança do que era o revogado artigo 224 do Código Penal (presunção de violência), e o atual artigo 217 – A do mesmo dispositivo (estupro de vulnerável). Onde, aquele previa “vítima não maior de 14 anos”, e o novel dispõe “vítima menor de 14 anos”.

Refletindo sobre isso, como fica o caso da vítima no dia do seu 14º aniversário, poderá ser considerado vulnerável?

Na época de vigência no antigo artigo de presunção de violência, o sujeito passivo estava acobertado pela presunção de violência, uma vez que ainda não era maior de 14 (catorze) anos.

Em sua obra, Melina Magraner (2012, p. 37), “o conceito de vulnerável não pode ser absoluto, mas principalmente quando se tratar de adolescentes (indivíduos com 12 anos já completos), já que em relação aos menores de 12 anos não ha discussão”.

Deste modo, há de se saber a possibilidade de haverem sujeitos que, ainda que não completaram 14 (catorze) anos de idade, possuam discernimento e plena maturidade sexual. E se isso não for observado no julgamento do caso concreto, ou ainda a existência de outras particularidades, estará ferindo seriamente o princípio da pessoa humana. Esta afirmação se justifica, pois, causa a condenação de um indivíduo, quando este pratica um ato sexual com alguém, mediante

consenso, um dia antes da data de seu aniversário, sendo passível da pena de reclusão de no mínimo 8 (oito) anos. E se o mesmo ato fosse cometido um dia depois da data de seu aniversário de 14 (catorze) anos, este não seria punível dentro do artigo 217 – A do Código Penal.

Até mesmo o legislador verifica que este critério biológico, etário, tende a evoluir, porque no Código Penal Republicano de 1890, no seu antigo artigo 272, a idade trazida era de 16 (dezesseis) anos, ao passo que levando em consideração a realidade social da época, o Código Penal de 1940 previu a nova idade de 14 (catorze) anos para crimes sexuais. Desta forma, se esta evolução não foi objetivada no texto legal, é incoerente a interpretação absoluta do tipo.

Através deste critério meramente etário como marco da aquisição da capacidade de autodeterminar-se sexualmente, fixou o legislador em um momento que, alcançando a idade do tipo penal incriminador o indivíduo adquire de imediato a capacidade de decidir sua vida sexual, com toda a liberdade, o que não o tinha na véspera desta data. Situação essa no mínimo extravagante pelo bom senso, já que haveria uma passagem repentina da restrição de liberdade para seu extremo, qual seja, permissão de exercício pleno desta liberdade sexual.

Inclusive, em alguns países, é usado o critério psicológico ao invés do critério etário, ou são usados em conjunto, no qual, se o psicólogo der o diagnóstico que a criança possui idade mental superior à do tipo incriminador, não há adequação e por consequente delito, ou comporta ao menos diminuição de pena.

Explica Psicólogo, conforme entrevista em anexo :

Existem alguns testes e entrevistas dirigidas, que podem ser ferramentas no auxílio de avaliação psicológica para maturidade mental, nível de desenvolvimento e etapas psicológicas. No entanto, precisam ser cuidadosamente estudadas durante a aplicação e avaliação, pois, respondem ao momento e período indicado. Ao final é possível emitir um laudo com parecer da situação psicológica da criança (menor) em um contexto da cognição.

A falta de precisão com relação à idade e o desenvolvimento mental é que gera a utilização do critério etário por ser o mais palpável. Esta se deu, pois, boa parte dos profissionais da área da saúde e das ciências humanas considera que

a faixa etária com mais de 14 (catorze) anos de idade encontram-se na fase da puberdade, passando por transformações ligadas à área sexual, justificando a escolha desta idade como marco da capacidade de consentir e entender os atos praticados. Antes disso então, que o legislador entende que há presumidamente violência nos atos praticados, pela falta de maturidade para tanto.

Apesar da compreensão na adoção do critério biológico, fica evidente a distorção que ocorre quando se utiliza este e ainda mais gritante com sua natureza absoluta, já que se trata de algo tão subjetivo.

Leciona Caroline Barbosa Guimarães (2011, p. 52):

Para que o agente seja considerado culpado, deve se analisar caso a caso a vulnerabilidade da vítima. Isso porque se considerarmos a vulnerabilidade no seu caráter absoluto, não será possível a produção de provas em contrário, ou seja, qualquer pessoa que mantiver relações sexuais com menor de 14 anos será o sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável.

Destarte, claro se faz mais uma vez olhando de outro patamar, o erro ou omissão legislativa, mas que poderá ser sanada com a relativização, que não impõe clemências errôneas, mas sim avaliação justa.

#### **4.4 O Menor e o Casamento Antigo**

Ante a uma avaliação história superficial, constata-se que nos séculos XVII e XVIII o casamento era autorizado para as meninas de 12 (doze) anos, e para os meninos de 14 (catorze) anos, onde os próprios pais arranjavam o matrimônio. Esta idade poderia até ser ainda menor nas classes sociais mais privilegiadas.

Isto porque o relacionamento era único e exclusivamente organizado com a intenção de procriação, seguimento da linhagem e interesse econômico entre as famílias.

Como explica Mariana Ramos (2013, p. 1), “o casamento era precoce, sendo a idade autorizada para casar – aos doze anos, as mulheres e aos catorze anos, os homens”.

Com o passar do tempo, o que conduzia à obrigatoriedade do casamento foi à gravidez na adolescência. Uma vez que, ao namorar desprevenidamente de forma precoce e gerando conseqüentemente uma gestação inesperada, as meninas eram obrigadas a casar-se com o autor do ato sexual para que sua reputação e de sua família não fosse denegrida.

Desta forma, em tempos antigos os próprios pais quando os filhos completavam a idade de 12 (doze) anos, começavam a arranjar o seu casório. Nesta época considerava-se comum, costume, e não se avaliava precoce esta habitualidade. E tempos depois eram permitidos para resguardar a dignidade da família, quando os menores se adiantavam ao praticar atos sexuais.

Há de se salientar que, neste período antigo, a mulher se encontrava em um estágio de menos conhecimento nesta área sexual e eram criadas de forma recatada e pura, autorizado mesmo assim, o casamento antecipado, e com ele o sexo entre menores.

Segundo Gisele Mendes de Carvalho e Edmar José Chagas (2012, p. 7)

Logo vinha à mente do interprete a mulher como vítima e o homem como autor, imagem que remonte ao início do século passado, quando a mulher era sempre vista como recatada, tímida e cheia de pudores, totalmente inexperiente em matéria de sexo.

Isto posto, cabe a seguinte indagação, se épocas passadas era habitual e necessário um menor a partir de 12 (doze) anos ter relações íntimas e até casar-se, porque agora em tempos modernos esta prática é considerada crime sem exceção e possibilidade de defesa no caso concreto?

Ocorre uma contradição ao analisar que em épocas de contrições sociais e comportamentos mais reprimidos as moças eram prometidas e entregues á seus maridos tão comumente, o que levaria ao ato sexual adiantado e sem nenhum



conhecimento, e agora em tempos de livre expressão, aceitação e banalização de preconceitos, é tão mal interpretada a hipóteses de um menor não ser considerado vulnerável, isso em alguns casos, e ter o poder de consentir um ato sexual.

Em suma, deve-se desvincular a avaliação de existência ou não do tipo incriminador estupro da avaliação moral, sob uma perspectiva pública e externa. Este debate se traduz em uma problemática jurídica bem mais ampla, onde se deve proteger tanto o menor quanto aquele que está sendo acusado, dando ao último igual oportunidade de exercer seus direitos fundamentais, inclusive o de defesa ampla.

Diante do exposto, Jéssica Minucci (2012, p. 12), “de forma explícita, vemos a recorrência ao positivismo jurídico no sentido de se desvincular as questões relacionadas à moral da esfera do direito”.

Contribuindo com o estudo, Psicólogo entrevistado conforme anexo :

Em um passado onde escondia-se o corpo ou havia repressão à sexualidade, passou-se atualmente a valorização do corpo nas relações sociais e nas práticas referentes à sexualidade. Aqui acredito que a lei possa ajudar mais, permitindo então que o acusado possa se manifestar explicando seu engano e logicamente provando isso.

Torna-se uma disparidade considerar em tempos antigos de morais e modos oprimidos a prática de atos sexuais de menores costumeiros, através do arranjo do casamento infantil pelos próprios responsáveis. E atualmente, com o nível de informação, estudo, evolução precoce tanto mental como físico, haver punição daquele que tem relação com o menor em que dada suas peculiaridades, já não é imaturo para tanto, ou possui alguma outra particularidade importante de ser avaliada.

#### 4.5 Amadurecimento Sexual Precoce

O enfoque aqui estudado, deixa evidente que nem todo menor de 14 (catorze) anos especificamente deverá ser considerado vulnerável ao praticar atos sexuais. Existindo situações excepcionais nas quais cabe a aplicação da relativização para suprir a falta de relação da lei com a realidade social vivida atualmente.

Alude Damásio de Jesus (2011, p. 156) sobre a tese de experiência sexual do menor onde a vítima mora com o acusado:

Por isso, ausente o elemento qualificador do tipo (ofensa à dignidade sexual), penso que inexistente crime. Não há lesão ao bem jurídico quando uma adolescente de 13 anos de idade, voluntariamente, passa a morar com o autor e mantém com ele relações sexuais. A vítima vulnerável é a que apresenta uma diminuição física, psíquica ou sensorial, estacionada ou progressiva, configurando causa de dificuldade de aprendizagem, de relacionamento ou de integração laborativa, determinando um processo de desvantagem social ou de marginalização.

Esta ocorrência dispensa maiores comentários, já que se encontra evidente a falta de justificativa em punir o agente, pois, sequer existe lesividade ao bem jurídico tutelado pelo legislador pátrio, o que para o autor, inexistente por consequente delito.

Vale notar então que, em algumas hipóteses do cotidiano, pode-se verificar a justificativa para o afastamento da presunção de violência, nas quais fica comprovado a maturidade sexual precoce do menor, quais sejam, vítima com anterior experiência na área sexual, como elencado acima; aquela já anteriormente corrompida; vítima que tenha insistido para que o agente praticasse o fato; aquela que aparenta ser maior de idade e aproveita-se disso; vítima com maturidade emocional para tanto; aquela que apresenta evolução suficiente para tais atos, e restantes.

Para um melhor entendimento e verificação da tese defendida sobre a luz de um acontecimento onde há namoro entre as partes, nota-se a hipótese trazida por Fernando Capez (2011, p. 86):

Suponhamos um rapaz de 18 anos, que namorasse uma menina de 12 anos há pelo menos um ano, e com ela mantivesse conjunção carnal consentida. Se a garota tivesse um desenvolvimento bem mais adiantado do que sugerisse sua idade, e se ficasse demonstrado seu alto nível de discernimento, incomum para sua fase de vida, não haveria por que considerar o autor responsável por estupro, já que a presunção teria sido quebrada por circunstância específicas do caso.

Destarte, torna-se injusto a condenação do agente por um crime demonstradamente inexistente. O significado da palavra estupro perde o sentido, apesar de conter todos os elementos necessários para a configuração do tipo.

Diversa situação é o evento de uma prostituta menor, apresentada ainda por Fernando Capez (2011, p. 86 e 87):

Um sujeito inexperiente vai a uma casa noturna, na qual só podem entrar maiores de 18 anos; lá conhece uma prostituta muito bem desenvolvida fisicamente, combina um "programa" e com ela se dirige a um motel; após apresentarem seus respectivos documentos de identidade na portaria, chegam ao cômodo; tão logo se encerra o ato sexual (negocial), a polícia invade o quarto e prende o agente, uma vez que a moça tinha apenas 13 anos de idade.

Perante o ocorrido, o acusado teria algumas alegações a fazer em sua defesa, quais sejam, ele não tinha como saber que estava contratando uma menor para o programa, já que ela se encontrava em um local onde espera-se estar somente maiores de idade; a suposta vítima apresentou documento falsificado para sua identificação no motel; esta possuía desenvolvimento físico e mental de mulher adulta; e claro, a moça já tinha experiência sexual, maturidade suficiente para exercer sua liberdade sexual, sendo praticamente impossível o agente supor que ela seria menor de idade. E o juiz ao adotar a presunção absoluta, estaria punindo um agente que não teve dolo ao praticar a ação, e uma vítima que não se enquadra na essência desse conceito, resultando em um julgado comprovadamente injusto.

Menciona uma passagem parecida de erro sobre a idade do menor pela sua maturidade, Caroline Barbosa Guimarães (2011, p. 46):

A vulnerabilidade, assim, quando o agente for conduzido a um erro inevitável sobre a menoridade da vítima, deve ser afastado o caráter absoluto da vulnerabilidade, e com certeza a Suprema Corte, assim como faz a presunção de violência, vai reconhecer o afastamento da regra geral do artigo 217 – A, caput, do CP, excluído a tipicidade da conduta do agente, quando diante do comportamento promiscuo da vítima, não existindo o constrangimento nem a ameaça, desejando o maior de 12 anos de idade manter relações sexuais, e o agente for levado ao erro por acreditar que a vítima possui mais de 14 anos.

Claro que, dentro da particularidade deste fato, ao ficar comprovado, através de provas produzidas no processo, que não houve constrangimento e sequer ameaça, o absolutismo deve desaparecer, para o fim de não ser reconhecida a presunção de violência, pela circunstância e realidade bem diversa.

Na mesma linha de raciocínio em um fato também de erro justificável, Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (2006, p. 31):

Parecia ilógico punir o agente que demonstrasse cabalmente estar convicto, ter certeza de que o menor tinha idade superior à apurada, principalmente por ser comum em nosso meio que menores apresentem desenvolvimento físico e intelectual maior do que o próprio de sua idade. Se o agente não sabe estar realizando um tipo objetivo, porque se enganou a respeito, agiu de boa-fé, não podendo ser-lhe imputado culpa a qualquer título.

Defendendo mais uma vez, de forma brilhante esta posição doutrinária, frisa-se que, além da conduta não ser desejada pelo agente, por não saber esta ele praticando comportamento que se enquadra nos elementos do tipo do artigo 217 – A do Código Penal, é comum hoje, os menores de 14 (catorze) anos terem conhecimento sexual e desenvolvimento de pessoas com mais idade, não sendo lógico responsabilizar o agente por estes acontecimentos naturais da sociedade moderna.

Portanto, ocorrências como as nesta ocasião vistas, não se enquadrariam, para esta corrente, nas hipóteses de vulneráveis em que o capítulo visa proteger, sendo esta afastada pelas peculiaridades do caso, tornando-o em sua

máxima, atípico, ou ao menos causa de diminuição de pena, e devendo ser possível esta alegação no processo, não tendo justificativa a condenação do acusado, ainda mais estando este em estado de erro plenamente justificável.

Ponderando sobre maturidade sexual, Melina Magraner (2012, p. 31 e 32):

Há quem diga que ao criar o referido dispositivo o legislador tentou fundar com as diversas interpretações dadas sobre a palavra presunção, trazendo regra absoluta para a tipificação da conduta, sendo que sua tentativa foi em vão, já que não conseguirá mudar a realidade da sociedade por meio de palavras postas. Ademais, advém ainda existir dúvida em relação ao consentimento válido do menor, o qual deverá ser comprovado no caso concreto. Logo, o legislador só mudou o nome, pois, ao invés da “presunção relativa”, temos uma “vulnerabilidade relativa”. Assim, o sujeito ativo do delito só poderá ser punido se comprovado não haver consentimento do menor de 14 anos e constatada sua imaturidade em relação ao ingresso na vida sexual.

Importante salientar que a punição severa imposta a um esturador de menores, não deve haver sem que esta situação de fato exista. O que não ocorre nas diversas circunstâncias supra citadas pelos renomados doutrinadores.

Ademais, por mais proteção que se queira dar aos menores, deve-se ter em vista a realidade da sociedade e daquele específico menor, já que como a doutrina bem explicou, palavras não conseguirão mudar o que de fato acontece, e ignorar este fato, só leva a julgados contrários ao objetivo de justiça.

Cumprido salientar ainda sobre amadurecimento sexual precoce, a defesa de Fernando Capez (2012, p. 81):

A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc. Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida em prostituição, pode atingir às custas desse prematuro envolvimento um amadurecimento precoce. Não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz.

Nesta passagem, não agiria a luz da justiça aquele que condenasse um acusado ao manter ato sexual com uma menor que já encontra-se madura, saliente, tanto mental quanto também físico, o suficiente para tanto, e seja capaz de

compreender e querer o que faz. E ainda mais grave, é condená-lo sem ter dado sequer a oportunidade deste levantar teses em sua defesa no decorrer do processo. Tendo ele que sofrer a condenação e a punição de estupro sem ao menos ter se defendido.

De certo que, este menor poderá arcar com eventuais prejuízos do ingresso precoce na vida sexual, contudo, o que se deseja é que se faça compreender a ideia de que não seria justo culpar o agente deste específico caso por algo que já vem acontecendo doses de habitualidade, tendo assim, adquirido compreensão e válido consentimento para todo o ato praticado.

A interpretação da norma aqui deve ser feita a luz da forma flexível, de acordo com a evolução dos costumes, e neste caso, com base no comportamento anterior experimentado da titulada vítima.

Compreende-se a intenção do legislador ao tutelar a vítima menor que está em situação de fragilidade, mas esta situação deve ser comprovadamente existente, e para isto deve haver no processo oportunidade para tanto.

Nas palavras de Melina Magraner (2012, p. 31):

Apesar de ninguém poder alegar o desconhecimento da lei, será que um sujeito ativo sempre saberá que se envolvendo com uma adolescente que, pode ser prostituída, envolta nesse meio social de promiscuidade, que lhe proporcionou certa maturidade de se vestir e de portar, tem de arcar com uma vulnerabilidade angelical que ainda deve ser protegida com tanta austeridade?

Ao punir uma pessoa que manteve relações sexuais com estes tidos como vulneráveis sem sequer ter ponderado cuidadosamente a realidade concreta, como explorado supra, estar-se-ia diante de uma forma severa e arbitrária de punição, que acabam sendo ocasionadas pelas omissões do próprio Estado e daqueles em que deviam cuidar deste sujeito passivo. Sendo assim, não parece razoável ter o acusado que arcar com um conceito ultrapassado e não adequado da lei, seguido de interpretações absolutistas.

Além do mais, o legislador previu resguardar pessoas tidas em estado de real vulnerabilidade, nada além. E há de se convir que os tempos evoluem, de

forma que a lei não acompanha de forma proporcional. Sendo distinta a vulnerabilidade angelical protegida pelo legislador anteriormente com a vulnerabilidade nos tempos desenvolvidos e atuais. É exatamente por isso que resta aos aplicadores do direito encontrar soluções para adequar a norma à realidade social.

Então, talvez a disposição do legislador visasse à criança dos tempos antigos, nas quais não condizem mais com a realidade social. A visão de sexo dentro da sociedade mudou muito, e esta evolução não foi acompanhada como deveria pela legislação pátria, e isto não pode ocorrer também na aplicação desta norma.

De modo brilhante acoberta a evolução dos tempos, Gisele Mendes de Carvalho e Edmar José Chagas (2012, p. 7):

A visão da sociedade sobre sexo mudou e muito, em função da educação familiar e de políticas institucionais. Falar de sexo faz parte do currículo escolar nas diretrizes curriculares de muitos Estados brasileiros como conteúdos obrigatórios, ao lado de outros assuntos relacionados a desafios contemporâneos (meio ambiente, trânsito, drogas, etc.), o que demonstra não só uma preocupação dos poderes públicos em melhor instruir os jovens, como também uma necessidade de que a sociedade acompanhe a evolução cada vez mais vertiginosa do alcance da maturidade sexual por parte dos mesmos. Se evoluem sexualmente em um ritmo mais veloz que seus genitores, então que ao menos o façam com conhecimento e precaução.

Destaca-se que a experiência ora tratada não caracterizada somente por aquela adquirida na vivência, o ingresso na vida sexual e a informação sobre esta é cada vez mais antecipado até mesmo pelo acesso precoce desses menores a diversas tecnologias, como a internet, nas quais abrem um leque amplo de áreas de pesquisa e fonte de conhecimento.

O pensamento acima deixa claro que, a evolução sexual é cada vez mais rápida, e tanto o legislador, quanto aqueles em que querem proteger estes menores, precisam aceitar tal situação, pois, já que não conseguiram impedir, que ao menos auxiliem na forma de conhecimento e precaução deste menor.

Acrescenta de forma rígida mais uma vez Melina Magraner (2012, p. 44):

Com todo o respeito que o nobre legislador merece, é inconcebível no mundo globalizado que vivemos taxar de absolutamente vulneráveis os menores de 14 anos. Aquele que estabeleceu as normas penais colocou uma venda nos olhos para não enxergar que os adolescentes ingressam na vida sexual precocemente.

Esta deliberação deixa de lado o critério meramente sobre a idade, levando em pauta principalmente o amadurecimento sexual precoce desse menor, avançando para uma interpretação abrangente, não geral, podendo chegar a sondar condutas peculiares da lide, dando oportunidade de no processo restar eliminado qualquer vestígio de vulnerabilidade.



## 5 POSICIONAMENTOS JURISPRUDÊNCIAIS

A discussão em torno da matéria encontra-se longe de ser pacífica, até mesmo no que tange a decisões judiciais.

Alguns Tribunais vêm constantemente afirmando que a vulnerabilidade do menor de 14 (catorze) anos prevista no artigo 217 – A do Código Penal é absoluta, configurando-se a completa falta de maturidade para os atos da vida sexual, e que, nenhuma particularidade poderá ser levada em conta. Bastando para estes, o enquadramento no tipo penal.

Alega o relator Jorge Alberto de Moraes Lacerda do Tribunal de Justiça do Estado do Rio do Rio Grande do Sul, TJRS-AC- RT 613/371, (2011, S/P):

Por sua vez, a alegação da defesa de que a vítima na época tinha um comportamento irregular e ficava “dando em cima” do réu não elimina a acusação contra si, até porque “no crime de estupro, não se perquire sobre a conduta ou honestidade pregressa da ofendida, podendo dele ser sujeito passivo até mesmo a mais desbragada prostituta”.

Conforme julgado do Supremo Tribunal de Justiça, relator Jorge Mussi, REsp 1021634 SP 2008/0003201-1, (2010, S/P):

PENAL. ESTUPRO CONTRA MENORES DE 14 (QUATORZE) ANOS. CONDUTA ANTERIOR À LEI 10.215/09. VIOLÊNCIA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÃO E CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. REASALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos é irrelevante para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, “a”, do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta.
2. No caso, a experiência da vítima e seu consentimento com o ato sexual, não afasta a ocorrência do crime.
3. Ressalva do entendimento deste relator, no sentido de que tal presunção de violência é de natureza relativa.
4. Recurso provido para reconhecer a natureza absoluta da presunção de violência, e, assim, determinar que o Tribunal a quo prossiga no julgamento da apelação.

Sob esta ótica também o Supremo Tribunal Federal, através do relator Ministro Nelson Jobim, HC 79.788-MG, (2000, S/P):

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO. NEGATIVA DE AUTORIA. ERRO DO TIPO. VIDA DESREGRADA DA OFENDIDA. CONCUBINATO.

1. Em se tratando de delito contra os costumes, a palavra da ofendida ganha especial relevo. Aliada aos exames periciais, ilide o argumento da negativa de autoria.

2. O erro quanto à idade da ofendida é o que a doutrina chama de erro do tipo, ou seja, o erro quanto a um dos elementos integrantes do erro do tipo. A jurisprudência do tribunal reconhece a atipicidade do fato somente quando se demonstra que a ofendida aparenta ter idade superior a 14 (quatorze) anos. Precedentes. No caso, era do conhecimento do réu que a ofendida tinha 12 (doze) anos de idade.

3. Tratando-se de menor de 14 (quatorze) anos, a violência, como elemento do tipo, é presumida. Eventual experiência anterior da ofendida não tem força para descaracterizar essa presunção legal. Precedentes. Ademais, a demonstração de comportamento desregrado de uma menina de 12 (doze) anos implica em revolver o contexto probatório. Inviável em Habeas.

4. O casamento da ofendida com terceiro, no curso da ação penal, é causa de extinção da punibilidade (CP, art. 107, VIII). Por analogia, poder-se-ia admitir, também, o concubinato da ofendida com terceiro. Entretanto, tal alegação deve ser feita antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. O recorrente só faz após o trânsito em julgado. Negado provimento ao recurso.

Reforçando, por conseguinte, a corrente que acoberta a aplicação da presunção absoluta de inocência no delito de estupro de menor de 14 (catorze) anos.

Todavia, legislando em sentido contrário, têm-se aqueles Tribunais que admitem a relativização da presunção de violência no crime do artigo 217 – A do Código Penal Brasileiro, pelas particularidades de cada ocorrência.

Situação de aplicação desta relativização é a feita no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pelo relator Sérgio Paladino, ACR 30162 SC 2011.003016-2, (2011, S/P):

CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL – ESTUPRO – VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – ART.224, A, DO

CÓDIGO PENAL – PARTICULARIDADES DO CASO RECOMENDANDO QUE A FICÇÃO JURÍDICA SEJA AFASTADA – ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

Ao adotar a presunção relativa, seria em virtude da transformação nos costumes que ocorre pela natural evolução dos tempos que não foi acompanhada pela legislação.

Cumprе salientar o evento em que houve relacionamento amoroso e sexual entre vítima de 12 (doze) anos de idade e o denunciado, com 22 (vinte e dois) anos de idade, por determinado período. A conduta enquadra-se no, hora estudado estupro de vulnerável. No entanto, a vulnerabilidade da vítima não foi entendida de forma absoluta, simplesmente pelo critério etário, trazida a apreciação do Poder Judiciário ainda à vista de suas particularidades. Na hipótese dos autos, provas revelaram que a relação entre ambos advinha de aliança afetiva, e que as relações ocorreram de forma consentida e voluntária. Aponta também que a até então vítima, apresentava experiência sexual. E com a análise destas peculiaridades, foi possível a relativização de sua vulnerabilidade, importando em absolvição do réu.

No que diz respeito, o entendimento explicado acima do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatora Naele Ochoa Piazzeta, ACR 70044569705 RS, (2011, S/P):

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE VÍTIMA E RÉU. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA, POR FUNDAMENTO DIVERSO.

O Supremo Tribunal de Justiça se prolatou sobre decisão que manteve a absolvição de um acusado por praticar estupro de vulnerável contra três menores de 12 (doze) anos. Segue abaixo parte do esclarecimento à sociedade dada pela própria instituição (2012, S/P):

A decisão trata, de forma restrita e específica, da acusação de estupro ficto, em vista unicamente da ausência de violência real no ato.

[...]

Se houver violência ou grave ameaça, o réu deve ser punido. Se há exploração sexual, o réu deve ser punido. O STJ apenas permitiu que o acusado possa produzir prova de que a conjunção ocorreu com consentimento da suposta vítima.

Nesta linha, merece destaque o que pondera igualmente a relatora do Supremo Tribunal de Justiça, Maria Thereza de Assis Moura, ERESP 1021634 SP 20110099313-2, (2011, S/P):

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”, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situação da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado. 2. Embargos de divergência acolhidos.

Contribuindo para este posicionamento jurisprudencial o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, HC 73.662/MG, (1996, S/P):

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 julgador todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação se 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 menos de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada à 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.

O julgamento foi realizado a fim de absolver o paciente do crime de estupro de vulnerável a ele imputado. E após muito debate, foi prolatada a Ementa por maioria dos votos no qual determinou a expedição do alvará de soltura em favor

do paciente, pela justificativa plausível de não haver motivo para este permanecer preso.

Podendo ocorrer assim, que exista alguma causa como algumas demonstradas e estudadas aqui por meio dos critérios de relativização de presunção de violência, que justifique a conduta do sujeito, devendo ser levantada no processo, e que assim sendo, o Magistrado ao final possa decidir com base em todas as provas devidamente produzidas.

## 6 CONCLUSÃO

Na atualidade, a verdade é que ainda não existe entendimento pacífico sobre a presunção de violência do menor de 14 (catorze) anos no crime do artigo 217 – A do Código Penal ser absoluta ou relativa.

Fica evidente que a gravidade é demonstrada apenas pela vulnerabilidade etária do agente, porém, isto não parece ser suficiente para presumir que houve violência sexual e defende-la em seu absolutismo, onde se observa para a tipificação somente a presença de seus elementos, que se existentes bastariam para considerar o agente estuprador. E como se não bastasse, em nenhum outro delito há tanta influência moral, prejudicando ainda mais sua análise.

Sendo assim, foi objeto deste trabalho, demonstrar o conflito aparente do crime de estupro de vulnerável com a realidade social dos tempos modernos. E diante da não modificação legislativa para adequá-la, constata-se necessário encontrar uma maneira para que a norma possa ser aplicada nos conformes sociais atuais, mesmo que seu texto não tenha sido objeto de alteração, para se evitar prejuízos maiores.

Diante de um caso concreto, ou do estudo aprofundado do tema, averigua-se que determinadas lides possuem particularidades que podem, em sua máxima, descriminalizar a conduta do sujeito, devendo esta ter oportunidade de ser levantada no processo, e que a posteriori o magistrado possa decidir com base em todas as provas necessárias e devidamente produzidas. Desembocando exatamente na possibilidade de aplicar da presunção relativa de violência e trazer para o processo as particularidades do caso, tornando-se por evidente, a melhor opção.

Desta forma, não encontra sinônimo de justiça quando ao tipificar o estupro de vulnerável avaliar de forma a procurar indícios de violência ou presumir este ocorrido por meio de laudos que se limitam a buscar indícios de violência física, e sequer dão importância aos indicativos psicológicos e particulares da lide.

Ao punir o agente que praticou atos sexuais com aqueles menores tidos como vulneráveis, sem que haja uma análise detalhada da realidade concreta,

a probabilidade de ocorrer uma punição arbitrária e demasiadamente severa é muito grande, tendo como única justificativa a omissão do próprio Estado e daquelas pessoas responsáveis pelo menor. Além do que, o legislador visa proteger com o dispositivo penal, aqueles tidos por vulneráveis, nada fora disso, devendo adequar este conceito ao momento vivido, e não somente punir o agente por aparentemente se enquadrar nas elementares do tipo.

Não é a medida justa desprezar a realidade de que hoje em dia não é difícil encontrar menores de 14 (catorze) anos que possuem vida sexual ativa e a pratica voluntariamente com normalidade, ou até mesmo outras peculiaridades de cada acontecimento. Ainda que nessas situações a conduta pela visão moral possa ser entendida reprovável, tendo a necessidade de responsabilizar o agente por isso, não se encontra proporcionalidade na aplicação de um tipo incriminador a ele, sendo que sequer houve bem jurídico lesado.

A interpretação e aplicação dos tipos penais devem acompanhar a realidade sociocultural, para que possam desempenhar o papel almejado pelo legislador, enquanto não há a necessária adequação da norma. Adotar a presunção de violência relativa é uma das saídas encontradas para uma das correntes que cresce em seus adeptos, para que somente seja dado, em alguns casos que se comprove necessidade, oportunidade para que o acusado possa trazer aos autos provas que colaborarem com sua melhor defesa, para que o juiz posteriormente profira uma sentença calçado das evidencias imperativas.

Por conseguinte, foram abordados alguns critérios de relativização da presunção de violência, que seriam no mínimo interessantes de serem informadas ao julgador, para que ele saiba a realidade não só do enquadramento legal, mas daquele determinado evento, com suas particularidades.

Quando há namoro, união estável, enfim, relacionamento amoroso sério entre os sujeitos, uma punição estatal seria simplesmente para satisfazer a moral ou a ideia ultrapassada da sociedade, já que não há vítima, ou seja, bem jurídico lesado para que haja tutela. De igual forma, havendo erro, não tendo dolo algum do sujeito ao praticar ato sexual com o menor, muitas vezes nem sabendo desta, ou sendo induzido pela maturidade física e, ou, mental do menor, levar o

acusado a ser condenado por uma pena alta o induziria a uma responsabilidade que por vez nem é sua, acaba por gerar uma punição gratuita.

E levam a esta fim, como demonstrado, a contrariedade tanto com lei especial, como evidente no Estatuto da Criança e do Adolescente, e com os princípios basilares para um bom desenvolvimento da jurisdição. Que são completamente opostos a aplicação da presunção absoluta.

Não se trata, deixemos claro, de defender a utilização desta presunção relativa como cláusula geral, aplicada em todos os processos e tornando a impunibilidade mais fácil de ocorrer, ou de não observar que o ato sexual com um menor de 14 (catorze) anos não seja de certa forma prejudicial e que gere consequências futuras. Contudo, é notória a subjetividade existente em qualquer tipo de lide, e ao ser taxado de estupro, ao menos a oportunidade de ampla de defesa, trazendo a baila argumentos favoráveis ao seu caso, deveriam ser disponibilizados ao agente.

Ocorre que, em muitos julgados, ainda se faz por aplicar a presunção de violência absoluta, enquadrando o autor ao crime e considerando ser taxativo o tipo, não dando a ele ao menos como argumentar conforme o que realmente aconteceu em seu caso, já que presume violência e sua vulnerabilidade, deixando de lado o tão almejado devido processo legal. Isto, sem contar das vezes em que o próprio responsável do menor para que sua moral e da família seja resguardada e repelida de julgamentos sociais, busca pela punição estatal, sendo este o único motivo, fugindo completamente da tutela legislativa, que seria o bem jurídico lesado daquele menor que sofreu a violência. Ou até mesmo almejando obter vantagens econômicas, e, ou, sociais com o processo.

Portanto, não se aborda defender que estas peculiaridades farão por ser declarado absolvido o agente, ou que sua pena deve ser reduzida, esta questão não cabe a presente discussão, tem-se em vista o que se enquadra na melhor forma de justiça, que é acolher a relativização e permitir que a presunção seja afastada, disponibilizando ao juiz sua decisão, porém agora, com a ciência necessária para julgar.



## BIBLIOGRAFIA

BARROS, Francisco Dirceu. **Crimes contra a dignidade Sexual para Concursos: principais divergências doutrinárias e jurisprudenciais, questões comentadas, casos práticos e casos criminais superinteressantes**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita**. Conjur. Publicado em: 19 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cesar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>>. Acesso em 23 de abril de 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Embargos de divergência em recurso especial: EREsp 1021634 SP 2011/0099313-2. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 23/11/2011. Órgão julgador: S3 – Terceira seção. Publicado em: 23 de março de 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21608486/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1021634-sp-2011-0099313-2-stj>>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Publicado em: 04 de abril de 2012. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105290](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105290)>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1021634 SP 2008/0003201-1. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgamento: 14/09/2010. Órgão julgador: T5 – Quinta turma. Publicado em: 04 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16975562/recurso-especial-resp-1021634-sp-2008-0003201-1>>. Acesso em: 10 de outubro de 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 73662/MG. Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 21/05/1996. Órgão julgador: Segunda Turma. Publicação: 20/09/1996. Publicado em: 31 de agosto de 2006. Disponível

em: < <http://www.correioforense.com.br/habeas-corpus/competencia-habeas-corpus-ato-de-tribunal-de-justica/>>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 79788/MG. Minas Gerais. Relator: Ministro Nelson Jobim. Julgamento: 01/05/2000. Órgão julgador: Segunda turma. Publicado em: 17 de agosto de 2001. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779953/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79788-mg>>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Relator: Sérgio Paladino. Julgamento: 06/06/2011. Publicado em: 22 de junho de 2011. Disponível em: < <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19858456/apelacao-criminal-acr-30162-sc-2011003016-2/inteiro-teor-19858457>>. Acesso em: 10 de outubro de 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Processo: ACR 70044569705 RS. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Julgamento: 20/10/2011. Órgão julgador: Sétima câmara criminal. Publicado em: 31 de outubro de 2011. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20749214/apelacao-crime-acr-70044569705-rs-tjrs>>. Acesso em: 10 de outubro de 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. RT 613:371. Relator: Jorge Alberto de Moraes Lacerda. Réu: Jackson Souza Lima. Advogado: Arnaldo Freitas Pio. Vítima: K. S. O. Publicado em: 2011. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/26613370/pg-344-caderno-3-entrancia-intermediaria-diario-de-justica-do-estado-da-bahia-diba-de-10-05-2011>>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 3. Editora Saraiva. 9º edição, São Paulo, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**. Volume I. Editora Saraiva. 11º edição, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Volume III. Editora Saraiva. 10º edição, 2012.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida**. Curitiba: Juruá Editora. 1º ed. (ano 2004), 3º tiragem, 2006.

CARVALHO, Gisele Mendes de. CHAGAS, Edmar José. **O STJ e a polemica em torno do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro**. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim IBCCRIM – Ano 20 – nº 236 – Julho – 2012.

\_\_\_\_\_. **Proteção da dignidade sexual ou paternalismo jurídico: A proposito do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável**. Publicadireito. Últimas publicações em: 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e721a54a8cf18c85>>. Acesso em 30 de agosto de 2013.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. **Decreto-Lei N. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Vade Mecum. Editora Saraiva. 15º edição, 2013.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Lei 8069 de 13 de julho de 1990**. Vade Mecum. Editora Saraiva. 15º edição, 2013.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo. Editora Atlas S.A., 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 8 ed., ver., ampl. E atual. Niteroi: Impetus, 2011, v. III. Arts. 155 a 249 do CP.

GUIMARAES, Caroline Barbosa. **Estupro de vulnerável: da possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do Artigo 217 – A, caput, do Código Penal**. 2011. 62 fls. Trabalho de conclusão de curso (bacharel em Direito) – Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Brasília, 2011.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Parte Especial. Volume 3. Editora Saraiva. 20ª edição. São Paulo, 2011.

JORIO, Israel Domingos. **Vulnerabilidade relativa, sim!** Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim IBCCRIM – Ano 20 – nº 236 – Julho – 2012.

JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. **Estupro de vulnerável: absolvição do agente**. Atualidades do direito. Publicado em: 02 de abril de 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/eudesquintino/2012/04/02/estupro-de-vulneravel-absolvicao-do-agente/>>. Acesso em 25 de abril de 2013.

MAGRANER, Melina Teresa Vaz. **O novo crime de estupro de vulnerável de acordo com o advento da Lei nº 12.014/09**. Direito UNISAL. Publicado em: 2012. Disponível em: <<http://www.direitounisal.com.br/2012/wp-content/uploads/2013/03/Melina-Magraner.pdf>>. Acesso 26 de agosto de 2013.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **O menor de 14 anos como autor de agressão sexual – uma análise do revogado art. 224 e do atual 217 – A do Código Penal**. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim IBCCRIM. Ano 20 – nº 241 – Dezembro/2012 – ISSN 1676-3661.

\_\_\_\_\_. **Relativização da presunção de vulnerabilidade no estupro de vulnerável**. Atualidades do Direito. 02 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/joaopaulomartinelli/2012/01/02/relativizacao-da-presuncao-de-vulnerabilidade-no-estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em 25 de abril de 2013.

MINUCCI, Jéssica. Monografia: **Do estupro de vulnerável**. 2012. 53 fls. Trabalho de conclusão de curso (bacharel em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente – SP, 2012.

MORELLI, Daniel Nobre. **Teoria Geral da Prova no Processo Civil**. DireitoNet. Publicado em: 04 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1390/Teoria-Geral-da-Prova-no-Processo-Civil>>. Acesso em 26 de Abril de 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 4<sup>o</sup> edição revista, ampliada e atualizada, 2013.

\_\_\_\_\_. **Crimes Contra a Dignidade Sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2<sup>o</sup> edição, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 2. Parte Especial – Art. 121 a 249. Editora Revista dos Tribunais. 9<sup>o</sup> edição revista, atualizada e ampliada, 2011.

RAMOS, Mariana. **A família e o casamento no antigo regime**. Slideshare. Publicado em: 11 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/mariannaigorurte/a-familia-e-o-casamento-no-antigo-regime>>. Acesso em 26 de agosto de 2013.

RASSI, João Daniel. **A vulnerabilidade sexual do menor**. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim IBCCRIM – Ano 20 – nº 235 – Junho – 2012.

VAZ, Daniel Ribeiro. **Crimes sexuais: presunção relativa**. Atualidades do direito. Publicado em: 11 de abril de 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/danielvaz/2012/04/11/crimes-sexuais-presuncao-relativa/>>. Acesso em 25 de abril de 2013.

**ANEXO – Entrevistas.****QUESTIONÁRIO**

Entrevista realizada pelos conformes da faculdade, com Psicólogo.

A proposta é fazer uma análise do tema desta monografia, e para que um Psicólogo experiente possa, diante de seus conhecimentos profissionais, posicionar-se diante da defesa, discorrendo sobre o tema. As perguntas sugeridas foram:

Sob o ponto de vista do profissional da área, seria interessante aplicar no ordenamento jurídico brasileiro o critério psicológico visando ao menos minimizar as injustiças causadas na aplicação da presunção absoluta de violência no crime do artigo 217 – A do Código Penal?

É possível fazer uma análise afim de constatar se determinado menor é desenvolvido mentalmente, tendo discernimento para pratica de atos sexuais, conseqüentemente, se no determinado caso encontra adequação com o vulnerável que o legislador quis proteger, proferindo um laudo psicológico ao final?

Interessante se faz, se possível, citar um caso (dentro do sigilo profissional), que obteve conhecimento ao longo do exercício da profissão, analisado pela visão psicológica, sem que seja levado em consideração a ideia moralista ou profundas conseqüências deste.