

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE NO DELITO DE
ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Laís Cantiero Campagnolo

Presidente Prudente/SP
2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE NO DELITO DE
ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Laís Cantiero Campagnolo

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso de Pós Graduação para
obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob
orientação do Prof. Florestan Rodrigo do Prado.

Presidente Prudente/SP
2016

**A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE NO DELITO DE
ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Trabalho de Curso aprovado como requisito
parcial para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Florestan Rodrigo do Prado
Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2016.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente eu agradeço a Deus por ter me guiado durante toda a pesquisa, sem o seu renovo dia a pós dia eu não teria conseguido.

Agradeço a minha família e ao meu noivo, já que, ao seu modo, cada um me ajudou da forma como pôde, seja me buscando na faculdade em quanto eu carregava tantos livros, cuidando de tudo em casa para que eu pudesse ficar o mais tranquila possível, ou me acalmando das preocupações em relação à pesquisa e a faculdade.

Agradeço ao meu professor e orientador Florestan Rodrigo do Prado, primeiramente por ter dado tanta relevância ao tema em sala de aula, o que me fez ver que era sobre isso que eu realmente queria escrever, e também por ter aceitado ser o meu orientador.

Por fim, agradeço a todos os meus professores que me ensinaram e me ensinam essa ciência maravilhosa que é o direito, e a todas as pessoas que contribuíram direta ou indiretamente para a conclusão desse trabalho.

RESUMO

A presente pesquisa analisa o delito de estupro de vulnerável de forma ampla. Em um primeiro momento traz aspectos referentes a evolução legislativa de previsão dos crimes sexuais em relação aos menores, abordando o tratamento dado as vítimas pelas leis de cada época, com o intuito de mostrar o aumento gradativo na proteção, principalmente em relação aos menores de 14 anos, tutelados de forma tão integral atualmente, mas que vieram receber tal tutela de forma adequada apenas no Código Penal de 1940. Analisa ainda, aspectos objetivos em relação a toda a parte da tipologia do delito para uma melhor contextualização, fazendo apontamentos a assuntos como o valor protegido pelo tipo, qual seja, a dignidade do menor de 14 anos, bem como aos elementos e demais aspectos do tipo penal. Logo após, há o estudo em relação as mudanças trazidas pela Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, que trouxe um tipo autônomo do estupro praticado contra menores de 14 anos, e tirou a presunção de violência do texto da lei ao mesmo tempo que colocou a vulnerabilidade como elementar constitutiva do tipo, trazendo dessa forma, mais assuntos a pauta de discussão sobre a presunção de vulnerabilidade ser absoluta ou relativa. Por fim a discussão se aprofunda justamente nas duas posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da presunção de vulnerabilidade, e sobre a capacidade de consentimento que o menor tem em relação aos atos da vida sexual, capacidade essa, que, se for levada em consideração, tem por fim tornar a vontade do menor válida para fins penais.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável. Presunção. Vulnerabilidade. Consentimento. Relativização. Lei nº 12.015/2009.

ABSTRACT

This research analyzes the vulnerable rape offense broadly. At first brings aspects related legislative developments forecast of sexual offenses in relation to minors, addressing the treatment of victims by the laws of each season, in order to show the gradual increase in protection, especially in relation to children under 14 years, tutored so comprehensively today, but who came to receive such protection properly only in the Penal Code of 1940. It also reviews, objective aspects in relation to any part of the offense of the type for a better contextualization, making appointments to such matters as the value protected by the type, that is, the lower the dignity of 14 years as well as the elements and other aspects of the criminal type. Soon after, there is the study regarding the changes introduced by Law 12,015 of August 7, 2009, which brought an autonomous type of rape committed against children under 14, and taking and presumed violence of the text of the law at the same time put vulnerability as constitutive elementary type, thereby bringing more issues to the agenda of discussion about the presumption of vulnerability be absolute or relative. Finally the discussion just deepens in both doctrinal and jurisprudential positions about the vulnerability of presumption, and the consent of capacity that the minor has in relation to acts of sexual life, this ability, which, if taken into account, is order to make the smaller will be valid for criminal purposes.

Keywords: Rape vulnerable. Presumption. Vulnerability. Consent. Relativization. Law 12,015 / 2009.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ANÁLISE DO TIPO PENAL DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	9
2.1 Conceito	9
2.2 Histórico	9
2.3 Valor protegido	12
2.4 Sujeitos do delito	13
2.5 Elementos objetivos do tipo	14
2.6 Consumação e tentativa	15
2.7 Causa de aumento de pena art. 9 da Lei 8.072/90	15
2.8 Formas qualificadas e Hediondez	16
2.9 Pena e Ação penal	17
2.10 Segredo de justiça	17
2.11 Alteração legislativa com a vigência da Lei 12.015	19
3 DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE	21
3.1 Da presunção de vulnerabilidade absoluta	23
3.1.1 Legitimidade das decisões judiciais fundadas na presunção absoluta	26
3.2 Da presunção de vulnerabilidade relativa	29
4 MÉTODOS DE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO LEGAL	34
4.1 O consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão do delito	34
4.2 Capacidade de autodeterminação do menor.....	36
4.2.1 Capacidade de autodeterminação do menor de 14 anos	38
4.3 Contraposição do art. 217-A do Código Penal com o Estatuto da Criança e do Adolescente	40
5 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

1 INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que, a tutela sexual dispendida as mulheres foi objeto de discussão e avanços no que tange a direitos, garantias, e conseqüentemente, a proteção, até que o direito, cada vez mais garantista ao longo dos anos, fosse afunilando o seu objeto de tutela, dentre os vários bens que abarca, até alcançar os chamados vulneráveis.

Mas, até essa conquista, a legislação, e não apenas esta, mas também a concepção do próprio legislador, passou por várias mudanças, atualizações e, principalmente, readequações para que pudesse estar de acordo com cada contexto histórico e social que passamos, até aqui.

Precipuamente, então, houve a análise histórica da proteção dada pelo direito penal ao longo de tantas legislações, bem como a maneira como se tratavam as vítimas de crimes sexuais, que, em um primeiro momento eram todas mulheres, já que a algum tempo seria inconcebível o delito de estupro que tivesse homens no polo passivo, até os dias atuais em que tal proteção é dada de maneira ampla para homens e mulheres, com a atenção inteiramente voltada para aqueles menores de 14 anos, considerados vulneráveis pelo art. 217- A do Código Penal.

Analizou ainda toda a tipologia do delito, abordando o valor que o tipo penal protege, qual seja, a dignidade sexual dos menores de 14 anos, os sujeitos do delito, os elementos objetivos do tipo, já que, a vinda da Lei 12.015 trouxe mais uma elementar para integrar o artigo, a chamada vulnerabilidade, bem como as hipóteses de consumação e tentativa, e de causa de aumento de pena que previa o art. 9 da Lei dos Crimes Hediondos. Abordou ainda as formas qualificadas que tratam os parágrafos 3º e 4º do art. 217-A do CP, falando também da pena e da ação penal que é pública incondicionada, justamente por se tratar de menor, e de ser de um delito que corre em segredo de justiça.

Em um segundo momento, o trabalho passou a aprofundar o seu conteúdo discutindo sobre a vinda da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, que trouxe o tipo autônomo do dos atos sexuais praticados contra menores de 14 anos, intitulado- o de Estupro de vulnerável, e tirou do tipo penal a expressão “presume-se a violência” (presente no antigo art. 224 do CP), ao mesmo tempo que trouxe a vulnerabilidade, além do critério etário que já existia, como uma elementar do tipo, o que veio apenas fomentar as discussões sobre se tratar de uma presunção absoluta

ou relativa, pela própria redação da lei, deixando, assim, de ser considerada presunção de violência e passando a ser presunção de vulnerabilidade.

Nesse sentido, passou a análise dos dois posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, destacando as argumentações de cada um, e as decisões judiciais proferidas nos dois sentidos até os dias atuais, mostrando que a divergência não fora pacificada até o presente.

Em um último momento trouxe pesquisas e estudos sobre a evolução sexual do menor de 18 anos, e, mais profundamente, do menor de 14 anos, já que é este que a lei tutela de forma mais gravosa.

Dentro desse contexto, a finalidade da presente pesquisa foi valorar a argumentação trazida pela posição doutrinária e jurisprudencial, que ao presente momento se perfaz majoritária, que se inclina para a relativização da vulnerabilidade no crime de Estupro de Vulnerável.

Para tal estudo foi usada metodologia indutiva e sistemática, bem como a bibliografia, abordando as opiniões de vários doutrinadores. Essencial também foi a utilização de artigos científicos, e jurisprudências para um melhor entendimento em relação as divergências existentes acerca da relativização.

2 ANÁLISE DO TIPO PENAL DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

2.1 Conceito

O conceito do crime de estupro de vulnerável se desdobra de forma clara no artigo 217-A do Código Penal que aduz:

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.

Dessa forma nos explica Tiara Badaró Laranjeira (2013, s.p.): “Assim, com o estupro de vulnerável, aquele que mantiver relações sexuais com menores de 14 anos será condenado por crime de estupro, com pena de reclusão de oito a quinze anos, independentemente de culpa ou dolo.”

Em todas as hipóteses a vítima desse crime é a pessoa vulnerável, a que se entender, aquela que necessita de maior proteção em vista da sua condição de vulnerabilidade, ou seja, a pessoa descrita pelo tipo penal é mais indefesa e frágil, passível de ser prejudicada com mais facilidade.

2.2 Histórico

De forma ampla, o direito penal sempre visou ao longo dos anos se modificar e se atualizar para que pudesse acompanhar as evoluções na sociedade, da mesma forma, as sanções para aqueles que cometiam crimes sexuais sofreram diversas alterações. E, para que as suas letras não fossem apenas palavras esparsas em um código ele veio se adequando a cada determinado período para abranger as necessidades da coletividade. Insta aqui fazer uma análise da sua evolução.

Primeiramente temos a Lei de Talião na qual predominava o brocardo “olho por olho, dente por dente”, fazendo-se presumir que o crime seria pago pelo autor com a mesma gravidade com que ele fora cometido, com o intuito de bloquear a prática de novos delitos bem como a reiteração da mesma conduta.

Logo após, vem o Código de Hamurabi que continha em seu texto, mais precisamente em seu art. 130 a previsão de pena de morte para aquele que estuprasse uma mulher, ato este, considerado uma afronta a própria família, na qual a morte do agente criminoso seria uma pena considerada adequada.

O *stuprum* no Direito Romano também configurava crime, com pena de morte para aquele que o praticasse, igual ao Código de Hamurabi, porém de uma maneira mais seletiva, ou seja, apenas as mulheres virgens e as viúvas honestas poderiam ser sujeitos passivos do crime, as prostitutas, as escravas e criados eram semelhantes a objetos para seus senhores, e por isso, ainda que tal ato fosse cometido contra elas não configuraria o delito.

Já no direito penal Canônico os crimes eram analisados através de um olhar subjetivo, ou seja, qual era a intenção do agente, para que assim pudesse ser fixada uma pena, pena esta que tinha o objetivo de fazer com que o agente se arrependesse do dano causado. Aqui o estuprador era chamado de “deflorador”, e a sua punição era o casamento com a própria vítima ou o pagamento do dote.

Ademais, os crimes sexuais contra a mulher tem previsão desde as ordenações do Império, que puniam tais crimes de maneira rigorosa. O Código Criminal do Império de 1830 tipificava o crime de estupro em ser art. 222, *in verbis*: “Art. 222. Ter cópula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta”. Aqui a prostituta já podia ser sujeito passivo do crime, porém a pena era menor nesses casos, o que demonstra o valor que se dava ao fato de a vítima ser “virtuosa”:

[...] já na época do Código Imperial Brasileiro, embora se considerasse a idade da ofendida como elemento constitutivo previsto no art. 219 [...] entendeu que o autor desta conduta deveria responder por crime mais grave, descrito no art. 222 [...], uma vez que a circunstância do defloramento devia ser considerada agravante do delito. De fato, já havia naqueles tempos quem entendesse que defloramento de menor em tenra idade, da qual não se pudesse supor consentimento, era sempre cópula carnal por meio de violência e constituiria, por isso, o crime do art. 222 (CARVALHO, A. C., 2004, p. 24).

E ainda que houvesse a tipificação do crime de estupro, no período escravocrata os filhos dos senhores tinham a sua iniciação da vida sexual com as escravas, já que a virgindade das meninas brancas deveria ser preservada para que elas pudessem arrumar bons casamentos e dar muitos herdeiros aos seus maridos, dessa forma, a “diversão” e os prazeres carnais eram, na maioria das vezes, saciados com as escravas de qualquer idade e com contatos íntimos forçados. “O entendimento das relações entre senhores e escravos perpassa, necessariamente, pela análise do contato forçado na intimidade doméstica e na sexualidade” (SILVA, 2004, s.p).

Além do que no século XIX havia uma permissividade de que adultos pudessem manter relações sexuais com crianças, principalmente nas famílias mais ricas, o que tornava comum o casamento entre senhores já de avançada idade e jovens meninas de dez a doze anos, que eram tratadas como barganha por seus pais em relação a senhores ricos.

Posteriormente o Código Penal de 1940 em seu título VI denominava “Dos Crimes Contra os Costumes”, o que demonstrava uma visão antiquada do legislador em matéria sexual, uma visão em que a mulher sempre seria vítima e inexperiente em relação ao sexo, e obrigatoriamente virgem para se casar, inclusive o defloramento da mulher virgem tipificava o crime de sedução.

Este código passou a abarcar o estupro contra maiores, e finalmente o estupro praticado contra menores de 14 anos, trazendo a presunção de violência (denominação usada a época), embasado em uma nova concepção de infância, inspirando uma maior responsabilidade em relação àquele que se encontra em desenvolvimento, na visão do código. Neste sentido nos esclarece Carvalho (A. C., 2004, p. 23):

A presunção legal de violência nos crimes sexuais contra menores, da forma como se apresenta no Direito Penal Brasileiro na atualidade, trata-se de um critério jurídico- penal que remota ao Direito Romano [...], que formulou o princípio *Qui velle non potuit, ergo noluit* [...]. Tal princípio viria a significar que quem não pode querer, não quer, quem não pode consentir, dissente, sendo adotado em várias legislações, com critérios variados quanto a idade mínima, para a validade do consentimento do menor para a prática sexual.

No mesmo sentido fala Nelson Hungria (1959, p. 236): “como se sabe, a indução de violência, na espécie, fundou-se no argumento segundo o qual ‘*Qui velle non potuit, ergo noluit*’. Quem não podia consentir, dissentiu.”

Após o Código penal, foi a vez de a Constituição Federal reforçar a nova concepção de maior proteção as crianças e adolescentes, colocando seus direitos em patamar absoluto de prioridade quando o art. 227 entrou em vigência. Logo após o Estatuto da Criança e do Adolescente tipificou, em seus artigos 241, 244-A e 250 as condutas referentes à exploração de menores.

2.3 Valor Protegido

O bem jurídico penal, ou valor protegido é aquele ente que é substancialmente importante para a sobrevivência ou coexistência do homem, em razão disso é que o direito penal abarca-os em sua tutela, guardando sempre, o princípio da intervenção mínima (LAURIA, 2016, s.p.).

Ao instituir o tipo penal do art. 217-A o objetivo do legislador foi proteger a dignidade sexual dos vulneráveis, que, por sua condição de fragilidade, não teriam a força, o discernimento, e no caso dos menores de 14 anos muitas vezes a maturidade, de se defender contra um ataque de ordem sexual. “Pode se dizer que, especificamente, o bem tutelado é a própria vulnerabilidade, no campo sexual, das pessoas tidas por vítimas do delito” (MARCÃO, 2011, p. 187).

Tal valor jurídico abarca tanto a integridade sexual, a que se entender, o direito que todo ser humano tem de se proteger e repelir qualquer conduta de natureza sexual que não esteja de acordo, quanto a liberdade sexual que é o direito de escolher com quem ter relações sexuais e ao mesmo tempo de se abster de tê-las. Porém, para alguns autores a proteção dada pelo artigo da lei não se estende a liberdade sexual, uma vez que o consentimento da vítima é inválido. Nas palavras de Renato Marcão (2011, p. 187):

Tutela-se de maneira ampla, a dignidade sexual da pessoa vulnerável e não mais a sua liberdade sexual, na medida em que, estando nessa condição, a vítima é considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter sexual.

No caso do art. 217-A, alguns autores como Renato Marcão e Plínio Gentil (2011, p. 187) alegam que a proteção se limita a integridade sexual do menor,

já que a partir do momento que ele é incapaz de consentir um ato sexual, a sua liberdade é retirada, desde que, é claro, a elementar do tipo se faça presente, qual seja, a vulnerabilidade, expressão usada para definir o objeto de tutela do legislador nesses casos. Nas palavras de Luiz Regis Prado (2011, p. 674):

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

Trata-se de um elemento de extrema importância, já que na sua falta, o fato deixa de ser antijurídico, o que será, logo à frente, discutido de forma mais detalhada.

2.4 Sujeitos do Delito

Com relação ao sujeito ativo do delito, o estupro de vulnerável é um crime comum, significa que pode ser praticado por qualquer pessoa, seja ela homem ou mulher.

Como sujeito passivo temos aqueles elencados no artigo 217-A, quais sejam:

O menor de 14 anos seja homem ou mulher. No entanto, caso o crime ocorra exatamente na data em que o indivíduo completa 14 anos, não se encaixará mais no tipo do artigo 217-A, pois este não será menor de 14 anos, condição para configurar o crime em questão, mas neste caso poderá ser estupro (artigo 213 do Código Penal), desde que os requisitos para a configuração deste estejam presentes. Agora, se a vítima tem 14 anos completos ou mais, havendo consentimento, seu “sim” é válido, desde que não tenha violência, ameaça, fraude ou lenocínio, caracterizado pela exploração ou comercialização do sexo. Segundo Leonardo Castro (2013, s.p.):

[...] é comum afirmar que o crime de estupro de vulnerável consiste em violência sexual contra crianças, o que não é verdade, afinal, segundo o [ECA](#) (art. 2o), criança é quem ainda não tem 12 (doze) anos completos. No estupro de vulnerável, a vítima é menor de 14 (quatorze) anos. Portanto, podem ser vítimas tanto crianças quanto adolescentes.

O enfermo ou deficiente mental que não tem o discernimento necessário para a prática do ato. Note que há dois requisitos cumulativos, pois além de ser enfermo ou deficiente mental, é necessário que o sujeito não tenha o discernimento para entender e consentir com ele a prática de relação sexual ou qualquer outro ato libidinoso.

O antigo dispositivo falava que o agente deveria ter consciência de que a vítima tinha deficiência ou enfermidade mental, e hoje ainda predomina o entendimento de que o agente deve saber que a vítima é doente, neste caso, então, cabe o dolo eventual.

A pessoa que não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Quando o Código fala “qualquer outra causa” ele se refere a situações diversas das elencadas logo acima, como é o caso da pessoa tetraplégica, onde o consenso torna o fato atípico, se não o legislador estaria restringindo a sua liberdade sexual. Aqui a vítima tem a sua capacidade totalmente anulada, sendo que as incapacidades podem ser momentâneas ou duradouras, o que importa para a tipificação é que no momento da relação sexual ou do ato libidinoso a vítima não possa oferecer resistência.

2.5 Elementos Objetivos do Tipo

Quando se fala em elementos objetivos do tipo, deve-se analisar os pressupostos que a Lei deixou para a configuração do delito. Aqui a violência ou a grave ameaça não são necessárias para que o fato seja típico, porém se o agente, ao praticar o ato, empregar alguma dessas modalidades, isso influenciará na aplicação da pena (artigo 59 do Código Penal).

O objeto material do crime é o menor de 14 anos, e segundo André Estefam (2009, p. 64): “cuida-se de crime de forma livre, que admite, portanto, qualquer meio executório (inclusive a fraude)”.

De forma inteligente o legislador substituiu o verbo “constranger” da antiga redação pelo verbo “ter”, já que constranger incita a ideia de forçar, obrigar, o que não ocorre neste crime. Houve também a substituição de uma elementar do crime, nas palavras de Damásio de Jesus (2011, p. 179): “O art. 224, de sua parte,

continha as hipóteses legais de presunção de violência, técnica legal substituída pela introdução do conceito de vulnerabilidade.”

Ademais, a nova redação da Lei não extinguiu a discussão acerca da vulnerabilidade que fomenta tantos desacordos. A interpretação do dispositivo ainda gera discussões entre os doutrinadores já que a expressão “violência presumida”, que foi retirada, ainda se faz presente no âmago do texto. Nas palavras de André Estefam (2009, p.64):

O § 1º equipara a estupro de vítima vulnerável o ato libidinoso praticado com doentes ou deficientes mentais que não tem discernimento sexual e com aqueles que, por qualquer causa, não podem oferecer resistência. Estes, portanto, estão inseridos no conceito de vulnerabilidade.

Para alguns doutrinadores a presunção de vulnerabilidade é absoluta, ou seja, eles sustentam que o legislador tentou se afastar da vulnerabilidade presumida para aderir a um bem jurídico muito mais com um cunho moral, dessa forma, ainda que haja o consentimento da vítima com relação ao ato praticado, ele não será válido.

2.6 Consumação e Tentativa

Aqui se apresenta o mesmo problema que persiste no tipo penal do crime de Estupro (art. 213-CP), pois, por exemplo, até que o agente consiga a cópula vaginal ele já exerceu atos libidinosos. A jurisprudência fala que esses atos libidinosos são uma progressividade criminosa, um prelúdio do coito, então irá se consumir apenas quando o agente conseguir executar o coito, mas para isso, tem que ficar comprovado que a finalidade do agente era o ato sexual propriamente dito.

Dessa forma, se o agente praticou atos libidinosos, mas com o intuito final de conjunção carnal, e foi interrompido antes desta, ocorreu a tentativa. Agora, se a finalidade do sujeito era apenas a prática de atos libidinosos, então há o crime consumado.

A tentativa é plenamente possível, quando, por exemplo, o agente, de toda forma tenta, mas não consegue praticar atos libidinosos ou ter relações sexuais nem de maneira incompleta, por circunstâncias alheias a sua vontade, como é o caso da vítima que consegue fugir do indivíduo.

2.7 Causa de Aumento de Pena do Artigo 9 da Lei 8.072 de 1990

O artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos, de 25 de julho de 1990, traz uma causa de aumento de pena, com o objetivo de agravar ainda mais a situação do agente que pratica o crime previsto no art. 217-A do CP. Aduz o artigo 9º da Lei 8.072 que:

Art. 9º. As penas fixadas no art.6º para os crimes capitulados nos arts. 157, §3º, 158, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitando o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

Ocorre que, com o advento da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 o antigo artigo 224 do Código Penal, que vinculava totalmente a aplicação do artigo 9º da Lei 8.072/90, foi revogado, revogando também, de forma tácita, o artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos.

Assim, a aplicabilidade do artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos caiu por terra já que, mesmo com o fato de o legislador não ter revogado o referido artigo de forma expressa, não há dúvidas quanto a sua revogação tácita.

2.8 Formas Qualificadas e Hediondez

As formas qualificadas se encontram nos parágrafos 3º e 4º do artigo 217- A, que falam em seu texto que se da conduta do agente resultar lesão corporal de natureza grave a pena será a de reclusão de 10 a 20 anos, e a outra hipótese é aquela em que da conduta do agente resulta a morte da vítima, neste caso a pena será a de reclusão de 12 a 30 anos.

As referidas figuras qualificadas tem natureza preterdolosa, dessa forma, para que a conduta se enquadre no tipo penal, é necessário que o resultado lesão grave ou morte seja proveniente de culpa por parte do agente, ao contrário, se ficar comprovado que o agente tinha dolo de praticar dois crimes diversos (estupro de vulnerável e lesão corporal grave ou estupro de vulnerável e homicídio), neste caso ele responderá em concurso material pelos dois crimes.

Agora, nos casos em que do estupro resulta lesão corporal leve vai haver concurso formal entre o estupro de vulnerável e o crime presente o artigo 129 do Código Penal. “[...] A modalidade de crime sexual em estudo não contém violência como elementar, de modo que não se pode falar em sua absorção pela figura típica do art. 217- A” (ESTEFAM, 2009, p. 68).

Olhando para o tipo penal está mais do que certo o pensamento do referido autor, já que não podemos acrescentar uma elementar do tipo onde o legislador não colocou.

Além do mais, trata-se de modalidade de crime hediondo já que está inserido no artigo 1º inciso VI da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), em razão da gravidade do delito, e de tal repulsa e comoção que este ato pode gerar para a vítima e também para a sociedade, nada mais justo então, que o crime seja apenado de forma mais severa, justamente para coibir a prática e reiteração do ato.

2.9 Pena e Ação Penal

O Estupro de Vulnerável tem pena de reclusão de oito a quinze anos na forma do caput e parágrafo 1º do artigo 217-A, nos casos em que a partir da conduta resulta lesão corporal de natureza grave a pena é de reclusão de dez a vinte anos, e ainda, em caso de resultado morte a reclusão é agravada e passa a ser de doze a trinta anos de prisão.

A ação é pública incondicionada nos exatos termos do parágrafo único do artigo 225 do Código Penal, em razão do fato de a vítima ser menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável. Também será pública incondicionada nos casos em que da conduta principal do autor resultar lesão grave ou morte, com fulcro no art. 101 do Código Penal.

Todos os meios de prova lícitos são admitidos. A palavra da vítima é elemento de extrema importância, porém é uma prova que deve ser colhida usando de toda cautela possível, já que, no entendimento de José Guilherme de Souza (1998, p. 103):

Tornou-se uma espécie de truísmo (isto é, uma verdade trivial, tão evidente que não tem necessidade de ser enunciada) a concepção de que a palavra da vítima vale mais do que a palavra do vitimizador (do acusado).

Lembrando que, em se tratando de vítima que já tem sua vida sexual iniciada é possível que o ato sexual ou libidinoso tenha ocorrido por sua própria vontade, ou seja, que o induzimento não tenha sido proveniente do sujeito ativo.

2.10 Segredo de Justiça

A lei 12.015/2009 estabeleceu, no art. 234-B do Código Penal que, os processos que tramitam em relação aos crimes contra a dignidade sexual ocorrerão em segredo de justiça. Aduz o Código Penal: “Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste título ocorrerão em segredo de justiça”. Tal disposição está amparada pelo art. 5º, LX, da Constituição Federal, que permite que a lei restrinja a publicidade de atos processuais nos casos em que houver necessidade de proteção a intimidade ou o interesse social exigir.

É claro que, a regra é a publicidade do processo, é assim para que possamos ter um judiciário transparente e para que as pessoas possam ter acesso aos processos justamente para que tal preceito se cumpra.

Porém os crimes que atentam contra a dignidade sexual da pessoa humana, seja o Estupro de Vulnerável ou qualquer outro, são crimes que afrontam, em uma escala muito grande, a intimidade da pessoa, e acabam gerando sentimento de vergonha, mesmo no crime aqui discutido, ainda que o menor ou o vulnerável por outro motivo não possa entender o caráter ilícito da conduta e não sinta vergonha ou medo, sua família sentirá por ele. Segundo Renato Marcão (2011, p. 444):

Ao estabelecer que o segredo de justiça como regra para os feitos em que forem apurados crimes contra a dignidade sexual, a lei ordinária valeu-se da permissão constitucional relativa a defesa da intimidade, considerando que a natureza dos fatos a serem apresentados nos autos é capaz de provocar desnecessários e indesejáveis constrangimentos às partes envolvidas.

Em uma outra vertente pode-se dizer que o sigilo do processo a que trata a lei não protege apenas a suposta vítima e seus familiares, mas também se estende ao acusado, de modo que, se ficar apurado que o indivíduo é inocente, o fato de não ser um processo aberto ao público, minimiza os danos a sua vida privada, já que o acesso aos autos, ou a divulgação dos supostos fatos podem levar a um julgamento antecipado por parte da sociedade e da mídia, o que viola o

princípio da presunção de inocência. Ainda sob os entendimentos de Renato Marcão (2011, p. 446):

É nossa opinião que o segredo de justiça deve ser imposto também aos autos de inquérito, na fase investigativa, sob risco de não se atender ao objetivo da lei, de preservação da intimidade das pessoas envolvidas, especialmente da vítima. Embora o art. 234-B do CP fale em processo, o termo deve ser compreendido no seu sentido mais amplo, alcançando até mesmo o processo administrativo e a sindicância [...].

Em razão disso é que os processos ocorrerão em segredo de justiça, o que será imposto também aos feitos em andamento, justamente por ser um crime que causa vergonha tanto para a vítima (quando esta entende que sua liberdade de autodeterminação sexual foi violada) quanto para a sua família, então para que sua dignidade e intimidade sejam preservadas é que o processo será feito em segredo.

2.11 Alteração Legislativa com a Vigência da Lei 12.015 de 07 de Agosto de 2009

Antes que o legislador fizesse a Lei 12.015, havia a previsão de dois delitos: o Estupro, previsto no art. 213-CP e o Atentado Violento ao Pudor, presente no art. 214-CP, porém, quando algum desses delitos era praticado em face do menor de 14 anos, “pessoas alienadas” ou “débeis mentais”, ou ainda por aqueles que, por qualquer outro motivo, não pudessem oferecer resistência, se falava na polêmica presunção de violência, caso em que, mesmo que o ato não houvesse sido praticado com o emprego de violência, essa se presumia em razão da idade da vítima, o que causava muitos conflitos.

A Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 veio justamente dirimir algumas dúvidas e acabar com as discussões acerca da presunção de violência que pairava sobre o art. 224-CP, e trouxe, assim, o atual art. 217-A-CP que revogou o art. 224 e trouxe um tipo autônomo, o chamado Estupro de Vulnerável, excluindo inclusive a expressão “presunção de violência”, que hoje, é chamada pela doutrina e jurisprudência atuais de presunção de vulnerabilidade, já que esta é a elementar do tipo.

Com a mudança, passou a não constar mais no tipo penal o elemento “constranger”, eliminando, em um primeiro momento, as discussões acerca da

necessidade do dissenso do vulnerável para que haja a configuração do crime aqui relatado, já que agora a presunção é absoluta, ou seja, para a configuração do crime, independe da opinião no menor de 14 anos, já que, para todos os efeitos, trata-se de pessoa vulnerável, protegida pela Lei a todo custo.

Porém, ao contrário do que pensávamos a discussão não se findou. Surgiu uma segunda corrente acerca da presunção, aduzindo que, nos casos, por exemplo, em que houvesse consentimento do menor para o ato sexual, não se podia falar em estupro, visto que, nas circunstâncias atuais de evolução em que a humanidade se encontra, não é certa mais a alegação de que todos os menores de 14 anos são inocentes, não sendo inocentes, também não são vulneráveis e, não sendo vulneráveis não se faz mais presente uma elementar do tipo penal, o que torna o ato atípico.

É claro que tal posição não se aplica de forma generalizada, devendo assim, em cada caso concreto, ser verificada a presença da elementar da vulnerabilidade para a caracterização do crime. Nas palavras de Rogério Greco (2010, p. 103):

A elementar da idade da vítima não é absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14 anos, caso em que sua vulnerabilidade será constatada no caso concreto [...]. No entanto, em se tratando de menor de 12 anos, mantém a presunção de vulnerabilidade, *jure et de jure*, havendo a tipicidade.

As opiniões são diversas, para alguns a presunção relativa se aplicaria apenas para jovens entre 12 e 14 anos, ou seja, aos menores de 12 a presunção seria absoluta, o que, aliás, parece ser o certo, já que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê em seu art. 2º que criança é aquela que possui até 12 anos incompletos.

Neste diapasão, não há porque o Código Penal estender a tipicidade do ato aos indivíduos entre 12 e 14 anos, visto que já não são mais crianças segundo a Lei especial supracitada. O que não significa que ficam sem proteção, apenas que a presunção quanto a sua vulnerabilidade é relativa.

A opinião dos doutrinadores vem justamente reforçar a ideia de que o Código não está adequado aos dias em que vivemos, a mentalidade das crianças e adolescentes de hoje não é mais da mesma forma que era antes, hoje são tão

precoces e espertos quanto um adulto formado, devendo, no caso concreto, serem tratadas como tal, o que será discutido minuciosamente mais à frente.

3 DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE

O Código Penal Republicano de 1890, em seu art. 272, foi o primeiro a trazer maior relevância ao assunto do estupro praticado contra menores e a presunção, que aquela época já era falada, entretanto era tratada, como violência presumida, não havia discussões ainda acerca da vulnerabilidade do menor de 16 anos, idade fixada pelo legislador daquele tempo, que considerou apropriada para o momento.

Para os doutrinadores que aquele tempo emitiam juízos de opiniões, qualquer ato sexual praticado com menores de 16 anos se encaixaria no tipo descrito em lei, não importando em nenhuma hipótese o consentimento do menor, já que este era totalmente desprovido de validade em razão do ato representar uma violência aquela pessoa, não importando se o ato tivesse sido praticado com violência efetivamente, daí que se extrai a essência da presunção, ou seja, ainda que a *vis corporalis* não fosse empregada para consumir o ato sexual, se presumia um ato violento em razão de o menor ser um indivíduo incapaz de consentir de forma livre pela sua falta de conhecimento decorrente da tenra idade. Nas palavras de Carvalho (A. C., 2004, p. 27):

Com o início de vigência do Código Penal de 1890, a quase unanimidade dos doutrinadores tendeu para o entendimento de ser a presunção de violência em matéria sexual indiscutível, houvesse ou não consentimento da vítima, conhecesse ou não, o agente a idade da vítima na data do fato, sob a alegação de que a lei considerava o menor até a idade de 16 anos como

incapaz de consentir livremente, sendo inadmissível qualquer indagação acerca de sua honestidade e bons costumes, pois estes pressupunham conhecimento do mal, coisa que não se podia esperar em pessoa daquela idade.

Com a elaboração do Código penal de 1940 a intenção do legislador era se adequar aos avanços sociais da época, e fez isso diminuindo a idade de 16 anos prevista no antigo art. 224 para 14, por entender que o adolescente entre 15 e 16 anos já podia ser considerado evoluído o bastante para entender sobre sexo, e determinar a sua vontade em relação a tais atos, ou seja, o adolescente de 1890 não era mais o adolescente de 1940. E o direito penal, como o ramo seletivo que é, passou a entender que apenas os menores de 14 anos mereciam a sua tutela de forma incondicionada.

A presunção presente no artigo se justificava pelo fato de o Código Penal não dispor de um tipo unicamente autônomo que tutelasse os menores de 14 anos. Era aplicado o art. 213, que se referia, e ainda se refere ao estupro, com as mesmas penas, com a diferença de que no art. 224 fazia-se menção a violência presumida.

Dessa forma a opinião da maioria ainda era de que a violência se presumia sem que houvesse ressalvas, inclusive este era o posicionamento predominante nos julgamentos dos tribunais, que aduziam em seus julgados que em todo ato de conteúdo sexual com menor de 14 anos a violência seria presumida, por mais que o (a) menor fosse desenvolvido fisicamente e ainda que o ato sexual se desse por sua iniciativa, isso não afastaria o crime justamente por causa da sua falta de experiência sexual. Posicionamento esse que era fomentado pelo próprio legislador pelo fato de, no próprio tipo penal, constar a expressão “presume-se a violência”.

Com o surgimento de uma doutrina de opinião diversa, a discussão se aprofundou. Tal doutrina ousou falar que o tipo penal não era absoluto, que a violência a que o legislador se referia era presumida de forma relativa, como todas as outras no âmbito penal, ou seja, nem sempre o menor de 14 anos necessitaria da proteção do direito penal interferindo em sua sexualidade, os casos não podiam ser taxados de iguais, pois havia menores de 14 anos para decidir sobre a prática ou não do ato sexual. A crítica desses doutrinadores era que o fato de o judiciário interpretar essa presunção como absoluta estava levando a injustiças nas decisões

proferidas em âmbito processual, já que tal posição não admitia prova em contrário para inocentar o suposto agente.

Do outro lado os absolutistas falavam que não se podia, em nenhum momento, deixar a aferição da maturidade do menor a critério do juiz para que verificasse no caso concreto o grau de desenvolvimento mental do jovem, já que a lei trazia um critério objetivo.

Porém, com o passar do tempo, essa posição absolutista começou a gerar cada vez mais julgamentos injustos em absoluto descompasso com a realidade, e foi se tornando cada vez mais imprescindível a apreciação do elemento volitivo, qual seja, a própria vontade do menor para a apuração dos casos concretos, em razão de seu desenvolvimento cada vez mais precoce, desenvolvimento este, que inúmeras vezes era desconsiderado, segundo Carvalho (A.C., 2004, p. 29):

Argumentava-se [...], que a discussão acerca da natureza da presunção ultrapassa o significado e escopo da lei, acarretando unicamente uma nefasta incerteza denotativa nada compatível com os princípios da isonomia e da reserva legal, e que a indagação acerca da corrupção prévia da vítima, de sua vez, mostrava-se irrelevante, vez que não se tratava de elemento constitutivo do tipo.

Com a chegada da lei 12.015/09, que trouxe várias mudanças e adequações aos crimes sexuais do Código Penal, o legislador, com o intuito de finalizar a discussão existente sobre o estupro praticado contra os indivíduos menores de 14 anos, mudou a redação do tipo penal, criando, aliás, um tipo autônomo para o delito (com a criação do art. 217-A- CP) intitulando-o de Estupro de Vulnerável, e tirou do texto a expressão “presume-se a violência”.

Tal atitude não obteve o resultado esperado, pois a doutrina não discutia mais se a presunção de violência era absoluta ou não já que a palavra violência fora retirada da lei não sendo mais um elemento objetivo do tipo. Porém outro elemento objetivo foi acrescentado, a vulnerabilidade, que agora integra o nome do tipo autônomo, então o fato de o menor de 14 anos ser vulnerável ou não passou a ser objeto de divergências, inclusive gerando opiniões diversas em relação ao próprio conceito de vulnerável, mesmo após sete anos desde a chegada da nova lei as dúvidas ainda persistem e as interpretações ainda são divergentes, o que coloca em risco o princípio da legalidade.

Dessa forma, para a corrente que adota a presunção absoluta, todos os menores de 14 anos são vulneráveis segundo o legislador, enquanto que, para os relativistas, haveria casos em que a vulnerabilidade já não estaria presente mais, como por exemplo as hipóteses em que o ato sexual ocorria por iniciativa do próprio menor, nessas situações então, o menor já não seria mais tutelado pelo direito penal, pois não haveria mais necessidade de intervenção, desde que é claro, o ato fosse consentido.

3.1 Da Presunção de Vulnerabilidade Absoluta

A corrente absolutista, foi a primeira a surgir, até mesmo em razão da própria redação do antigo artigo 224 do Código Penal que trazia em seu texto a presunção de violência. A partir disso, era mais fácil, por óbvio, adotar um pensamento paternalista e advogar no sentido de que, sim, com toda a certeza, os menores de 14 anos eram totalmente vulneráveis. Aparentemente havia um anseio dos penalistas de cuidar dos menores, a ponto de proibi-los de fazer aquilo que, para a doutrina, era inapropriado.

É certo que, não cabe ao direito penal punir uma conduta de forma absoluta simplesmente porque parte da doutrina, com pensamentos antiquados entende ser imoral, isso afronta o princípio da intervenção mínima, que aduz em seu âmago que, de todas as ciências jurídicas, o direito penal é aquela que impõe a mais gravosa das sanções, razão pela qual deve ser aplicado apenas em último caso, quando uma determinada conduta punitiva for medida imprescindível para a segurança do bem jurídico.

Pois bem, a criação do art. 217-A do Código Penal não fez com que esses entendedores mudassem a sua forma de pensar de que a presunção em relação aos menores de 14 anos deveria ser absoluta, opinião esta que deve ser atentamente analisada.

O próprio tipo do crime em questão traz em seu título a expressão “vulnerável”, esta como já falado, é elementar essencial do delito, há que se entender, a lei também trouxe a idade como elementar, dessa forma quando ela diz que “ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos” configura o crime de estupro de vulnerável, ela está, automaticamente dizendo

que todas as pessoas menores de 14 anos que preenchem o requisito da vulnerabilidade, estão amparadas pela lei. Segundo Mirabete e Fabbrini (2011, p. 408):

Ao abolir a presunção de violência contida no revogado art. 224. Referindo-se a idade do menor como elemento das condutas típicas nos crimes descritos nos arts. 217-A a 218-B, o legislador teve a intenção de excluir possíveis indagações no caso concreto a respeito da maturidade, conhecimento e experiência do menor em relação as questões sexuais. Assim, o menor de 14 anos e o menor de 18 anos são especialmente protegidos nos diversos dispositivos legais em razão da idade que possuem, independentemente de terem, no caso concreto, maior ou menor discernimento ou experiência em matéria sexual.

É exatamente neste ponto que reside o problema, pois neste lado da doutrina, eles entendem que todos os menores de 14 anos são vulneráveis, preenchendo a elementar, e sendo tutelados pela lei de forma incondicional. Adepto desse entendimento é o doutrinador Rogério Greco (2012, p. 531, 532):

Sempre defendemos a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois, não existe dado mais objetivo do que a idade [...] não se justificam as decisões dos tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas. Não conseguiam entender, *permissa vênia*, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais.

A que se criticar este pensamento pois as pessoas não são iguais, cada indivíduo possui as suas particularidades, sendo incabível dizer com total segurança, nos tempos atuais que, todas as garotas que possuem 13 anos por exemplo são absolutamente inocentes sobre qualquer ato de natureza sexual. Adotando a corrente absoluta de presunção está o doutrinador Flávio Monteiro de Barros (2010, p. 41, 42): “A meu ver, a vulnerabilidade decorre da idade imatura [...], pouco importando se o ofendido tem ou não experiência sexual [...]”

É praticamente impossível essa posição, já que hoje o sexo é um assunto comum veiculado em vários meios de comunicação, meios esses que, se não todos, boa parte dos jovens tem acesso. Mas para os absolutistas, ainda que este menor tenha acesso a tais conteúdos, ele ainda é vulnerável pois não pode se

autodeterminar em relação a essas condutas, já que é mentalmente imaturo e inocente para isso.

A partir desse raciocínio é que se conclui que a opinião desse menor em relação aos atos da vida sexual é desprovida de validade, ou seja, é como se ela não existisse, “o consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos [...] não é válido (Pierangeli, 2010, p. 57). Então, independentemente de o menor consentir a prática de uma relação sexual ou a prática de atos libidinosos de natureza diversa, a conduta do agente ativo se encaixará no tipo penal, e irá configurar crime. É porque essa doutrina entende que pelo fato de o menor de 14 anos não saber o caráter da conduta que com ele é praticada, isso poderia leva-lo a uma submissão a vontade do suposto criminoso. Nesse mesmo entendimento é o doutrinador Cleber Masson (2012, p. 53, 54):

Para a concretização desses crime é irrelevante o dissenso da vítima. A lei despreza o consentimento dos vulneráveis, pois estabeleceu critérios para concluir pela ausência de vontade penalmente relevante emanada de tais pessoas.

Esse entendimento tira a própria vontade e autonomia dos menores, e ainda leva muitos doutrinadores e juízes, que demonstram isso de forma veemente em seus julgados, a considerar que um garoto de 18 anos por exemplo, que namora uma garota de 13 anos e mantém relações sexuais com ela comete o crime de estupro de vulnerável, ainda que haja o seu consentimento em absolutamente tudo. Esse inclusive é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

STF - Inteiro Teor. HABEAS CORPUS: HC 119091 SP

Data de publicação: 17/12/2013

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. ART. 213 C.C. ART. 224, AL. 'A', DO CÓDIGO PENAL ANTES DA ALTERAÇÃO DA LEI 12.015/2009. CONSENTIMENTO DA OFENDIDA. IRRELEVÂNCIA. NATUREZA DA VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS IMPRÓPRIO NA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

A opinião desta doutrina não relevava inclusive o erro de tipo em relação a pessoa, nos casos em que a menor aparentava ser bem mais velha do que realmente é. As características físicas, o corpo mais desenvolvido, as atitudes que aparentam ser de uma garota mais velha podem levar o agente ao erro no que diz respeito a idade da menor. Hoje é pacífico que nesses casos o agente é isento

de pena, desde que é claro, fique comprovado que ele realmente incorreu em erro, comprovação essa que dará no caso concreto, se encaixando assim, no art. 20 do CP.

Sendo assim, para essa posição, o consentimento da menor para a prática do ato sexual é absolutamente inválido. E aduz por fim que, não se admite, dessa forma, a produção de prova em contrário no delito de estupro de vulnerável, sendo absoluta a presunção de que o agente é culpado, o que nos leva, a seguir, a discussão acerca da legitimidade das decisões judiciais fundadas na presunção absoluta de vulnerabilidade, e ao estudo sobre a segunda corrente formada ao longo dos anos em relação ao delito aqui ora falado.

3.1.1 Legitimidade das decisões judiciais fundadas na presunção absoluta

O Brasil se intitula Estado Democrático de Direito, oferecendo garantias e direitos previstos na constituição. A regra em nosso sistema é o direito de liberdade previsto no art. 5º “caput” da Constituição Federal, e o cerceamento desse direito fundamental deve se dar em hipóteses excepcionalíssimas, passando sempre pelo devido processo legal, oferecendo o contraditório e a ampla defesa para que o réu possa se defender de todas as formas possíveis e permitidas em lei.

De início cabe afirmar que, a adoção da relativização da presunção de vulnerabilidade nada mais é do que a efetivação prática do princípio da lesividade ou ofensividade, que em seu amago aduz que para que um comportamento seja considerado crime é necessário que ofenda um bem jurídico essencial.

Se há consentimento em relação a uma conduta e se esse consentimento é válido, a partir daí essa conduta já não configura mais crime materialmente falando. Dessa forma, temos um ato que é crime formalmente, mas materialmente não é, já que não ofende um bem jurídico essencial:

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 (JÓRIO, 2012, s.p).

Além disso as decisões judiciais calcadas em presunção absoluta ofendem dois princípios fundamentais, o princípio do livre convencimento motivado e o princípio da verdade material ou real buscada a todo instante dentro do processo.

O livre convencimento motivado aduz que o juiz não está adstrito ao formalismo da lei, ele pode prolatar as suas decisões levando em conta as provas obtidas nos autos e a sua própria convicção, desde que a motive. Já o princípio da verdade real é aquele que revela os fatos como eles realmente são, ou seja, busca, além do que está descrito nos autos, o que de fato ocorreu na realidade. Como o direito penal lida com direito e bens indisponíveis a busca pela verdade real deve ser constante, para que o julgamento do magistrado seja calcado em fato verdadeiro.

Partindo do que foi dito logo acima, é mister que a adoção da presunção absoluta ofende o livre convencimento motivado no sentido de que o juiz não poderá fazer qualquer valoração das provas já que não há o que se provar pois o fato se presume de modo absoluto, e ofende a busca da verdade real no sentido de que a partir do momento que se presume de forma absoluta que o que está nos autos é verdadeiro, não há mais necessidade de buscar saber o que realmente aconteceu no mundo real.

Ainda que as presunções sejam fonte de certeza plena, a não possibilidade de valoração da prova pelo magistrado é prejudicial na investigação do delito de estupro de vulnerável, já que o delito invade um dos interesses mais íntimos e subjetivos da pessoa humana, a sexualidade.

Em um segundo momento o absolutismo atinge de forma evidente o princípio da presunção de inocência, princípio este que, antes da constituição de 1988 já se considerava implícito em nosso ordenamento, hoje se encontra de forma expressa no texto da Constituição Federal: “Art. 5º LVII. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

No mesmo sentido é a Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948 que aduz em seu art. 11:

Art. 11. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não provada sua culpabilidade de acordo com a lei e

em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

Ora, se os defensores da presunção absoluta defendem que para o autor do delito de estupro de vulnerável não há prova em contrário (já que é absolutamente certo de que o ato praticado constitui infração penal), qual é a legitimidade de um Estado que se diz democrático, mas afronta o próprio processo?

Se o processo é devido e é legal, significa que uma pessoa que está sendo acusada por um delito tão grave como o estupro de vulnerável, pode confiar que, neste momento, a lei lhe dá a oportunidade de uma defesa, mas, se de antemão a própria lei e o magistrado já o consideram culpado, não há relevância alguma na possibilidade de contraditório e ampla defesa. Em contraposto a tais alegações vem o Supremo Tribunal Federal no seguinte posicionamento:

STF - HABEAS CORPUS: HC 125492 MG

Data de publicação: 10/12/2014

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESSUPOSTOS DE RECURSO INTERPOSTO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DOLO DO PACIENTE PARA O COMETIMENTO DO CRIME. REEXAME DE PROVA INCABÍVEL EM HABEAS CORPUS. PEDIDO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE E CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Habeas corpus, com requerimento de medida liminar, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, em benefício de M. C. C., contra julgado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual, em 4.11.2014, negou provimento ao Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.330.503: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. PREVISÃO LEGAL. REAPRECIÇÃO DA MATÉRIA PELO ÓRGÃO COLEGIADO. AUSÊNCIA DE SUSTENTAÇÃO ORAL. CONTRARRAZÕES APRESENTADAS NESTA INSTÂNCIA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MATÉRIA PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

Na íntegra, o Habeas Corpus proferido pelo STF traz a situação de um casal de namorados que mantinha relações sexuais, sendo que a garota possuía 13 anos a época dos fatos, ao final da decisão fica claro que o Habeas Corpus foi concedido, mas até que este chegasse ao Supremo, o agente, que em momento algum forçou uma relação amorosa coma adolescente, ficou preso iniciando seu cumprimento de pena em regime fechado, simplesmente pelo fato de os órgãos de instâncias inferiores considerarem que a presunção de vulnerabilidade do art. 217-A

é absoluta. Segundo Israel Domingos Jório (2012, s.p): “Nesse contexto, se um jovem de 18 anos namorar com uma adolescente de 13 cometerá crime hediondo (se matá-la, não necessariamente)”.

O país já passou da fase de proferir decisões injustas como essa, como o Estado Democrático de Direito que é, e com a Constituição Federal que guarda direitos e garantias tão importantes, como o direito fundamental a liberdade, a ampla defesa e ao contraditório, bem como o princípio do estado de inocência.

O judiciário, além de legalista, deve ser humano. Ele deve promover a justiça a todo custo, e promove-la significa saber que ainda que um acusado por estupro de vulnerável venha conseguir provar a sua inocência, a sociedade jamais irá considera-lo inocente. No mesmo sentido é o doutrinador André Estefam (2009, p. 65):

A pena imposta ao ato reforça a tese [...] de que a vulnerabilidade é um conceito relativo, admitindo prova em contrário (isto é, a demonstração de que parceiro tinha plena consciência e maturidade sexual). Note que a sanção cominada (reclusão de 8 a 15 anos), possui patamar mínimo superior ao do crime de homicídio simples [...].

Em razão disso é que, com ainda mais cuidado deve ser analisado caso a caso, para que decisões erradas não venham ser proferidas pelas mãos daqueles que promovem o justo em primeiro lugar.

Dessa forma, a regra, antes de mais nada, é de que ninguém pode ser considerado culpado, gozando de presunção de inocência, até sejam produzidas provas cabais da autoria e materialidade do suposto fato criminoso, pois é certo que a presunção de inocência é um princípio constitucional do *favor libertatis*, portanto a situação de dúvida em relação ao acusado só se desfaz no transito em julgado da sentença.

3.2 Da Presunção de Vulnerabilidade Relativa

A relativização do caráter absoluto da presunção de vulnerabilidade no estupro de vulnerável veio devagar, em razão da resistência de tornar relativo, admitindo-se assim a produção de prova contrária ao suposto fato, algo que durante muito tempo foi absoluto.

Preliminarmente, admitia-se a relativização apenas nos casos de erro de tipo em que houvesse justificativa fundada sobre o erro nos casos em que a suposta vítima aparentasse ser fisicamente mais velha do que realmente era. Então se o indivíduo estivesse de boa fé em relação a idade da menor a culpa não poderia lhe ser imputada, já que seria hipótese de aplicação do art. 20 do CP que se refere ao erro de tipo: “Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.” Nas palavras de Carvalho (A. C., 2004, p. 31):

[...] de fato, parecia ilógico punir o agente que demonstrasse cabalmente estar convicto, ter certeza de que o menor tinha idade superior a apurada, principalmente por ser comum em nosso meio que menores apresentem desenvolvimento físico e intelectual maior do que o próprio de sua idade.

Sendo a idade um elemento constitutivo do tipo, o agente que atua em total ignorância em relação a verdadeira idade da menor incorre no art. 20 do CP, nada mais do que justo já que este estava agindo em erro, ou seja, possuía uma falsa representação da realidade, excluindo assim, o dolo da conduta, que por sua vez exclui a tipicidade, tornando o fato atípico, isentando o agente de pena já que o art. 217-A do CP não prevê a modalidade culposa.

Após os casos em que o agente incorria em erro de tipo, a relativização também foi admitida nas hipóteses em que o agente se envolvia com prostitutas e pessoas de corrupção notória, a que se entender, aquela menor que, em razão de seu comportamento e suas atitudes no meio social não merecia mais a proteção da lei, já que já estava inserida na vida sexual. Nas palavras de Alberto Silva Franco (2001, p. 3.203):

A questão do caráter absoluto ou relativo da presunção de violência baseada na idade da vítima já perdeu a relevância que, no passado, lhe era emprestada, sendo certo que a doutrina e a jurisprudência já se pacificaram do sentido de apresentá-la como presunção relativa, posto que afastável quando a ofendida, embora menor de 14 anos, se revele uma prostituta declarada, de porta aberta.

Foi no mesmo entendimento que em 1996 o Ministro Marco Aurélio de Mello inovou na seara jurídica quando pela primeira vez reconheceu a presunção relativa sobre a violência crime no de estupro de vulnerável no Habeas Corpus 73.662-9 MG de 21 de maio de 1996:

A presunção de violência prevista no art. 224 do CP cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes a sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente [Código Penal](#).

Foi assim que se iniciou um novo critério de relativização da presunção de vulnerabilidade, baseado, no caso deste Habeas Corpus, na experiência sexual anterior da menor e não mais no fato de ser ela prostituta. E, ainda que tal decisão não tenha sido unânime pela turma e que o entendimento não tenha resultado em uma jurisprudência, ainda sim, grande foi a relevância para que novas formas de pensamento surgissem, algumas dizendo que nas atuais circunstâncias é difícil defender que todos os menores de 14 anos são inocentes (NORONHA, p. 197).

Na esfera das decisões judiciais, após a decisão do Habeas Corpus acima citado, inúmeros foram os julgados no mesmo sentido, que passaram a relativizar a presunção de vulnerabilidade no estupro de vulnerável não apenas nos casos em que a menor fosse moralmente corrompida, mas também nos casos em que ela demonstrasse autodeterminação sexual (termo este que será minuciosamente estudado mais a frente), ou seja, aqueles casos em que a iniciativa da conduta sexual parte da própria menor, ou então nas hipóteses em que a menor adere de livre e espontânea vontade ao chamado de natureza sexual. Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia:

TJ-RO - Apelação: APL 00052773020138220009 RO 0005277-30.2013.822.0009

Data de publicação: 16/03/2016

Ementa: Apelação criminal. Ministério Público. **Estupro de vulnerável**. Fato praticado na vigência da Lei 12.015 /09. **Vulnerabilidade** absoluta. Inocorrência. Consentimento da vítima (treze anos de idade) que demonstra maturidade e discernimento sexual. Consentimento dos pais. Atipicidade material configurada na espécie. Absolvção mantida. 1. A edição da Lei 12.015 /09, que criou o tipo autônomo do **estupro de vulnerável**, não encerrou o debate sobre a **relativização** da antiga presunção de violência inserta no revogado art. 224, ?a?, do CP . O artigo 217-A do CP tão somente incorporou, em sua norma, a antiga violência presumida, ao

estabelecer, como elemento objetivo cronológico, a idade menor que 14 anos, agora sob a letra da **vulnerabilidade**, de sorte que, doravante, a análise a ser feita não é mais sobre a **relativização** da presunção da violência, senão da **relativização** da **vulnerabilidade**. 2. A vítima, menor de quatorze e maior de doze anos de idade, que comprovadamente possuía discernimento e determinação suficiente da prática dos atos sexuais, e o réu que com ela se envolve, mantendo enlace amoroso (união estável), inclusive sob a chancela de seus genitores, age fora do âmbito de proteção da norma do art. 217-A do CP, não configurando a espécie de tipicidade penal material. 3. Recurso não provido. Absolvição mantida.

Encontrado em: Criminal Processo publicado no Diário Oficial em 16/03/2016. - 16/3/2016 Apelação APL 00052773020138220009

O objetivo aqui não é, de forma alguma, defender criminosos, é apenas trazer uma posição mais adequada de aplicabilidade da lei penal. Neste sentido é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 37):

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

A adoção da postura absolutista por muitos doutrinadores e magistrados causaram, e vem causando decisões injustas, no sentido de que, muitas vezes a própria menor (que a presunção absoluta a todo custo considera vulnerável) acaba admitindo no andamento do processo que os atos praticados pelo sujeito ativo foram consentidos, ou seja, a movimentação da máquina judiciária dá em razão dos pais da menor possuírem um pensamento conservador em relação a filha, e quererem preservá-la o quanto puderem dos atos da vida sexual, proteção esta, que pode se dar de várias maneiras sem a necessidade da condenação injusta de uma pessoa e sujeitá-la a uma pena mínima de oito anos. Pelo entendimento de Luiz Flávio Gomes (2001, p. 56):

Ora, enrijecida a legislação- que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a, cabe ao interprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo [...].

Acerca da relatividade nos esclarece Israel Domingos Jório (2012, s.p):
 “A relativização da presunção de violência nada mais era do que a consulta às

particularidades do caso concreto para a aferição validade ou invalidade do consentimento da vítima”.

Em relação aqueles tutelados no §1º do art. 217-A não há maiores complicações, embora já se discuta que em relação aos enfermos ou doentes mentais não se pode considerar que todos eles são totalmente vulneráveis em matéria de sexo, a ponto de o Estado coibir a sua vida sexual, afinal de contas muitos deles querem uma vida normal (namorar, casar, ter filhos etc.).

Da mesma forma existem os doentes mentais totalmente vulneráveis que merecem total e integral proteção do direito penal, em razão de não compreenderem de nenhuma forma as condutas de caráter sexual. Sendo que aqueles que estão incapacitados por qualquer outro motivo, como por exemplo a pessoa totalmente embriagada, a lei se aplica de forma absoluta, sem maiores problemas, já que para se enquadrar nessa modalidade o indivíduo deve estar absolutamente vulnerável, independentemente da idade.

Em suma, essa doutrina entende que, diante da margem deixada pelo legislador no delito, a posição mais correta a ser adotada é a de que a presunção acerca da vulnerabilidade deve ser relativa e não absoluta, ou seja, usando-se um critério subjetivo, deve ser feita uma análise caso a caso para que se verifique se o requisito da vulnerabilidade está presente, pois a lei é clara, ela tutela os vulneráveis, aos que não se enquadram nessa elementar não precisam da proteção do direito penal neste sentido.

4 MÉTODOS DE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO LEGAL

Cabe aqui, fazer um estudo mais aprofundado acerca de mais alguns métodos que fundamentam os posicionamentos da doutrina e jurisprudência adeptos da presunção de vulnerabilidade relativa, juntamente com o estudo comparado com o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o estudo da autodeterminação do menor de 14 anos para os atos da vida sexual, e o consentimento do ofendido como uma causa supralegal de exclusão do crime logo a seguir.

4.1 O Consentimento do Ofendido como Causa Supralegal de Exclusão do delito

Para que determinada conduta configure um ilícito penal, é necessário que ela seja uma ação ou uma omissão típica (que se molde perfeitamente a conduta descrita na Lei), antijurídica (aquela contrária ao ordenamento jurídico) e

culpável (uma conduta que pode ser objeto de pena). Porém, ainda que presentes tais requisitos o fato não será crime se o sujeito agir acobertado por uma excludente de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito ou estrito cumprimento do dever legal), já que será excluída a antijuridicidade da sua conduta (ELEMENTOS, 2012, s.p.).

O sujeito também não será apenado se ficar provado que ele agiu sob uma excludente de culpabilidade (nos casos do art. 26 do CP por exemplo), onde a conduta praticada ainda é antijurídica mas não é culpável.

Além das excludentes legais que se encontram no código, há também as excludentes de antijuridicidade supralegais, que não estão na legislação de forma expressa, mas é pacífico o entendimento de que elas existem e que são válidas. Como dito, elas não são expressas em lei, portanto, devem ser verificadas através dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes.

As causas supralegais que excluem a antijuridicidade são aceitas nos casos em que o bem jurídico tutelado é disponível, geralmente são hipóteses em que o interesse protegido pela norma é privado (como patrimônio, a honra, a liberdade individual e a liberdade física).

O consentimento do ofendido pode figurar como uma causa de exclusão de tipicidade, nos casos em que a falta deste configura elemento da definição legal do crime, ou seja, o consentimento integra o tipo. Mas também pode figurar como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade, neste caso o consentimento não consta no tipo como uma elementar.

Mas para que o consentimento do ofendido configure uma causa de excludente de ilicitude é fundamental a constatação de alguns requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

Como requisitos objetivos temos a capacidade de consentir, a anterioridade do consentimento e a atuação nos limites do consentido. Já os requisitos subjetivos são a ciência prévia do consentimento e a vontade de atuar de acordo com a diretiva do consentimento.

Aqui verifica-se a presença preponderante do princípio da ponderação de valores, que é uma das causas que justifica o consentimento do ofendido com uma causa supralegal de exclusão.

Tal princípio constitui uma técnica de sopesamento em que determinado preceito é aplicado em detrimento de outro em razão de contribuir

melhor para a justiça no caso concreto, ou seja, o direito da preferência a liberdade do indivíduo como um sujeito de direitos em face da agressão ao bem jurídico tutelado. É como se o titular do bem renunciasse a proteção que a lei lhe oferece:

Em palavras simples, a técnica da ponderação ou sopesamento nada mais é do que o meio de conciliação de princípios em tensão, em que cada qual é aplicado na medida em que melhor contribui para a justiça num dado caso concreto (CAPISTRANO, 2016, s.p).

Porém alguns doutrinadores, como Alessandra Orcesi (2010, p. 93) afirmam que não basta essa renúncia para que o Estado considere a liberdade de uma pessoa mais importante do que o bem que ele tutela, além de haver a presença do consentimento ele ainda não pode ser contrário aos costumes, do contrário, se torna ilegal.

Como dito mais acima, se o consentimento é uma causa supralegal que exclui a antijuridicidade da conduta do agente, para que isso ocorra é necessário que seja combinado com o conhecimento prévio do agente de que o sujeito passivo consente determinado ato, do contrário o seu comportamento ainda será antijurídico.

Esse raciocínio é muito importante em relação aos delitos que ofendem a dignidade sexual, justamente para saber se o conhecimento do consentimento será relevante ou não para a caracterização do erro de tipo.

Dessa forma, se o consentimento do ofendido é admitido como uma causa excludente de ilicitude o agente ativo deve ter prévio conhecimento desse consenso para que tire a ilicitude do fato. Presentes todos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva, o fato ainda será típico mas não será antijurídico, não sendo ilícito o agente não deve ser punido.

4.2 Capacidade de Autodeterminação do Menor

Para que o direito penal possa punir determinada conduta é necessário que essa conduta, em algum momento, prejudique direito alheio. Do contrário ele não poderia punir determinados atos simplesmente pelo fato de serem antiéticos, sem que estes influenciassem, de alguma forma, ao direito da vida alheia. O fato de

uma conduta ser antiética ou imoral por si só não dá razões para que o direito penal possa aplicar pena.

No âmbito das relações sexuais, percebemos que as normas de direito que tutelam a liberdade sexual são dotadas de uma moral social racional, que vem, ao longo dos anos, sendo negada pelos jovens, a que se entender, “a imoralidade de uma conduta é essencial, mas não é suficiente para justificar politicamente a intervenção punitiva do Estado”. (Carvalho, A. C., 2004, p. 84).

Pode-se dizer que essa moral está, de certa forma, ligada ao paternalismo, a que se entender é a atitude de limitar a conduta ou autonomia de uma pessoa com o objetivo de promover um bem a ela, já que tal conduta, do ponto de vista paternalista que muitas vezes é embasado em um cunho moral ou cultural, é ou pode vir a se tornar prejudicial a essa pessoa, é nisso que se justifica essa restrição. Tal entendimento é trazido por Gisele Mendes de Carvalho (2016, s.p):

De modo geral, é possível afirmar que o paternalismo aparece sempre que se adote uma medida de limitação da autonomia pessoal de alguém com o fim de protegê-lo de um mal, isto é, de algo que o sujeito paternalista considera prejudicial ao sujeito cuja liberdade é limitada, de acordo com seu próprio ponto de vista. Do ponto de vista da filosofia moral, o termo “paternalismo” é empregado especialmente com o fim de aludir uma atuação que opera uma restrição da autonomia dos indivíduos. Contudo, essa limitação da liberdade individual não acontece de forma injustificada, mas fundamenta-se precisamente na promoção do bem do sujeito cuja autonomia é restringida, assim, um dos traços principais do paternalismo, e que teoricamente lhe serve de justificação, é o propósito beneficente da medida coercitiva imposta: a intervenção se dá sempre com o fim de proteger o “bem” ou os “interesses” do indivíduo protegido, inclusive quando este “bem” não coincida com que o próprio indivíduo entenda ser o melhor para si mesmo.

Há uma concordância geral de que se conhece pouco acerca do comportamento sexual dos jovens brasileiros, já que as pesquisas neste sentido são um tanto quanto limitadas, muitas delas, apenas estudos clínicos.

Porém, segundo Carvalho (A. C., 2006, p. 92) no ano de 2001, foi efetuada uma pesquisa pelo ministério de saúde juntamente com a UNESCO, onde 16.000 jovens estudantes de 14 capitais brasileiras participaram. Tal pesquisa constatou que é cada vez mais comum no meio jovem os namoros breves perdendo a característica de ritual de passagem para o casamento, com acentuada ousadia e precocidade nestes primeiros relacionamentos.

Ainda expõe Carvalho (A. C., 2006, p. 93) que, segundo o IBGE, os estudos mais recentes da Organização Mundial de Saúde mostram que, aos 15 anos, 22% (vinte e dois por cento) dos adolescentes já haviam iniciado a vida sexual. Outros dados mostram ainda que, em quase em todas as capitais brasileiras mais de 10% (dez por cento) dos menores entre 10 e 14 anos já tiveram a sua primeira relação sexual.

Tal fenômeno é chamado por alguns de “revolução sexual”, e leva em conta vários fatores como por exemplo, o aumento na divulgação de material erótico, a facilidade com que os menores têm acesso a esses conteúdos de cunho sexual, já que hoje todos têm acesso à internet e celulares a sua disposição. Enfim, os veículos de comunicação em massa, a indústria de entretenimento, o declínio da autoridade paterna são apenas alguns fatores que facilitaram essa “evolução”.

Entre essas transformações e evoluções, deve se dar considerável relevância as antigas regras que permeavam o comportamento de casais de namorados. Os encontros eram sempre vigiados pelos pais ou por alguém mais velho da família, na sala da casa ou no portão, praticamente sem contato físico, apenas um toque de mão ou algum beijo roubado, e sempre com o intuito de que o namoro viesse a resultar em casamento.

Hoje diferentemente, percebe-se que há uma falta de interferência familiar nos namoros, que decorre da liberdade moral presente na sociedade. Os jovens querem exercer sua liberdade sexual cada vez mais cedo. A diminuição da valorização da virgindade feminina também é descrita como fator de contribuição. A algum tempo o casamento já não é mais apontado como um marco para que uma pessoa inicie a sua vida sexual, as adolescentes, muitas vezes, se sentem constrangidas ao alcançar determinada idade e dizer que ainda são virgens.

É claro que as mudanças nos padrões de sexualidade dos adolescentes não ocorreram de forma generalizada. Primeiramente se vislumbrou essa precocidade nos jovens de classe baixa, onde pode-se apontar a falta de rigidez nos atos da vida sexual como um fator que contribuiu para tal acontecimento. Logo em seguida a mudança começou atingir a classe alta, influenciada significativamente pela cultura internacional.

Enquanto que, nas classes médias, ocorre uma super vigilância em relação as mulheres, e um “complexo de virilidade” em relação ao homem, lhe dando grande liberdade. Tratamento que está presente até hoje.

Além do que, atualmente o pensamento da sociedade mudou muito em relação ao sexo, com aplicação inclusive de políticas institucionais. Hoje o sexo é discutido nas escolas, juntamente com outros assuntos como drogas por exemplo, como uma forma de prevenção, a que se entender, se os jovens estão evoluindo tão rápido em matéria sexual e o estado não pode impedir, que evoluam com conhecimento para que tenham consciência de prevenir doenças e gravidezes indesejadas.

4.2.1 Capacidade de autodeterminação do menor de 14 anos

É correto dizer que a importância que um crime sexual tem em uma sociedade denota muito mais de fatores culturais e sociais do que propriamente de fatores biológicos. Em razão disso é que se explica o motivo de determinadas condutas não configurarem mais crime, como por exemplo o adultério. É nessa mesma linha de pensamento que iniciamos a discussão sobre o menor de 14 anos.

O antigo artigo 224, alínea “a” do Código penal presumia a incapacidade do menor de 14 anos de consentir de forma válida os atos de cunho sexual. Já aquela época, em razão do próprio tipo penal que trazia em seu texto as palavras “presume-se a violência”, existia a discussão se tal presunção seria absoluta ou relativa.

Com a intenção de dar fim a essa discussão, foi que o legislador mudou o tipo penal com a vinda da Lei 12.015, transformando-o no art. 217-A, como já visto. Porém a retirada das palavras “presume-se a violência” da lei não foi o bastante para findar as divergências, pois agora, parte da doutrina, presume que a vontade do legislador era que a presunção fosse absoluta.

Ora, tal disposição foi inserida na lei a mais de 70 anos atrás. Podemos afirmar que esse dispositivo traduz a realidade e se encaixa no contexto social da mesma forma que se encaixava quando foi elaborado? Ou estamos diante de um caso em que a própria lei quer que a sociedade se adeque a ela e não o contrário?

Ademais, é possível considerar que aqueles menores de 14 anos e maiores de 12 (já definidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como adolescentes) são absolutamente inocentes em relação aos atos da vida sexual a ponto de que seu consentimento a determinada conduta seria totalmente inválido em razão da sua total e absoluta desinformação?

É claro que aqui não se fala no consentimento viciado, ou obtido por meio de alguma fraude ou outro meio que impeça que a vítima manifeste a sua vontade de forma livre. Por isso o art. 215 do CP que impede que a vontade viciada da vítima seja levada em conta para a exclusão da antijuridicidade.

Por óbvio que, qualquer ato de natureza sexual praticado contra menores de 12 anos configura crime, independentemente se houver o consentimento do menor. Pois neste caso, por se tratar de criança, assim definido pelo ECA, o seu consentimento é desprovido, em absoluto, de qualquer validade jurídica. É unânime, na doutrina e na jurisprudência, que a criança não tem preparo físico (em razão de não estar completamente formada) e psicológico para a prática de atos sexuais, sendo, qualquer ato sexual ou libidinoso praticado com ela, enquadrado no tipo penal.

Diferente, entretanto, é a fase pré-púbere, ou seja, aquela anterior a adolescência, que de maneira geral se apresenta entre os 12 anos completos e os 14 anos incompletos. Este é o momento em que o corpo de uma pessoa começa a apresentar sinais da puberdade que tornam possível a prática do sexo, é claro que para cada um a puberdade chega de uma determinada forma, uns mais cedo, outros de forma mais tardia, mas, a que se ressaltar, que, de maneira generalizada, este é o momento em que ela ocorre.

Dessa forma, ainda que uma pessoa que possui entre 12 e 14 anos não tenha maturidade suficiente para saber as consequências de todos os atos que pratica, é certo que, tenha no mínimo uma noção básica dos atos da vida sexual, o que lhe dá discernimento para concordar ou não com a prática de determinada conduta.

Com efeito, o sexo já deixou de ser um tema imoral a muito tempo, se torna cada vez mais corriqueiro entre jovens que querem, de alguma forma aproveitar a vida, mostrar para o seu círculo social como são entendidos e experientes nessa área. Por isso que, por diversas vezes, o ato é de iniciativa da própria menor que anseia por exercer a sua sexualidade. Em razão disso que não deve mais permanecer a ideia de crime para uma conduta que, no atual contexto, é socialmente permitida. No mesmo entendimento é Carvalho (A. C., 2004, p. 150):

Embora possa não ser recomendável a prática sexual com pessoa maior de 12 e menor de 14 anos de idade, o despertar mais precoce dos desejos sexuais dos mais jovens é fato que existe e deve ser respeitado, assim

como as opções diferentes decorrentes da evolução, boa ou má, dos costumes.

Na esfera de aplicabilidade do direito, no que diz respeito ao estupro de vulnerável pode-se reconhecer dois grupos com diferentes fundamentos, porém há resistência em ambos para reconhecer a relativização. Primeiramente há aqueles com um pensamento religioso e moralista que não vislumbram, diferença entre os adolescentes de 1940 e os atuais, para eles pessoas entre 12 e 14 anos ainda são crianças inocentes, incapazes de reconhecer o ilícito de qualquer conduta, ainda mais de cunho sexual, pois não tem nenhum contato com esse meio ainda, razão pela qual devem ser tutelados de forma integral e irrestrita. Tais pessoas creditam que, com apenas algumas palavras em um papel, o direito penal consegue impedir as mudanças que ocorrem ao longo dos anos.

Porém, pior ainda são aqueles que advogam no sentido de que se determinada expressão está na lei, ainda que de forma implícita, é porque essa era a vontade do legislador, vontade essa irrecusável; ou então alegam que a lei é irrevogável pelo costume.

Portanto, tomando por base de entendimento que a lei deve refletir o pensamento social de um povo, é mister a adequação do Código Penal vigente no país, não apenas com a legislação específica (o Estatuto da Criança e Adolescente), mas também com o novo contexto social.

4.3 Contraposições do Art. 217-A do Código Penal com o Estatuto da Criança e do Adolescente

O Código Penal de 1940 trouxe, em seu antigo art. 224, alínea “a” a figura da presunção de violência (expressão essa não adotada nos dias atuais por ser considerada inconstitucional) na hipótese de crimes sexuais praticados contra menores de 14 anos, estabelecendo assim o critério biológico etário, para fixar o momento em que o menor iria atingir a capacidade para consentir de forma válida os atos da vida sexual.

Dessa forma, na visão do legislador, antes de fazer 14 anos de idade o menor não estaria com seu psíquico amadurecido para poder discernir de forma consciente acerca de sua sexualidade. Nas palavras de Carvalho (A. C., 2004, p. 100):

Calcou-se [...] na *innocentia consilii* da vítima menor de 14 anos de idade, seja, sua completa insciência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento, utilizando um tradicional critério jurídico-penal, pelo qual se presume ou finge a violência nos crimes sexuais quando a vítima, por sua tenra idade, é incapaz de consentimento ou, pelo menos, de consentimento válido.

Vislumbrando a necessidade de modernização e de adaptação do direito penal ao contexto social, foi que o Código Penal de 1940 diminuiu o critério etário de 16 anos (do art. 272 do Código Penal de 1890) para 14 anos. Segundo Carvalho (A. C., 2004, p. 101):

O legislador de 1940 percebeu que já não era, a época, concebível a ideia esboçada no Código Penal de 1890, de que o maior de 16 e maior de 14 anos era imaturo sexualmente, afinal, fruto de uma realidade social e jurídica não mais existente.

O Estatuto do menor de 1990 trouxe inovações, fazendo diferença entre a criança, que seria a pessoa até 12 anos incompletos, e o adolescente, pessoa entre 12 e 18 anos incompletos, aduzindo ainda, que ambos poderiam ser autores de contravenções ou ainda de crimes, não podendo, entretanto, estar sujeitos a pena, mas sim a medidas de proteção, no caso da criança e medidas sócio-educativas no caso do adolescente.

É nessa mesma linha de pensamento que podemos chegar à conclusão de que o fato de o legislador ter imposto medida sócio-educativa, essa, diversa da sanção penal apenas em seu aspecto formal e inconfundível com a medida prevista para as crianças, segundo o Estatuto, para os adolescentes que cometem crime ou contravenção, significa que o legislador vislumbrou no adolescente, a título de reforço, aquele entre 12 e 18 anos incompletos para o Estatuto, a capacidade de autodeterminar-se.

Se vislumbra então que, para o legislador a vontade do menor é válida, tanto que, em caso de prática de crime ou contravenção lhe será aplicada medida semelhante a prisão. Nas palavras de João Paulo Orsini Martinelli (2011, s.p):

Se há o mínimo de maturidade para receber uma medida sócio-educativa, e responder por ato infracional, deve ser permitida a prova em sentido contrário em relação à vulnerabilidade para os atos sexuais.

Ora, acerca de todas as informações acima é que podemos concluir que em 1940 o legislador promoveu uma mudança em relação a elementar da idade, diminuindo a idade de 16 anos para 14, pois era fato concreto que a mentalidade dos adolescentes já não era a mesma àquela época.

Pois bem, 76 anos se passaram desde então e o legislador ficou parado no tempo, aludindo a tese de que, a mentalidade dos menores de 14 anos é a mesma hoje como era 76 anos atrás, o que até mesmo o Estatuto da criança e do Adolescente reconheceu em 1990 que não era verdade, alegando que, criança eram aqueles menores de 12 anos, e não menores de 14.

Cabe aqui uma crítica ante o atraso da lei, pois ela se encontra inadequada, ou seja, se o próprio Estatuto da criança e do Adolescente, uma lei específica destinada a proteção dos menores, reconheceu que a vontade dos indivíduos de 12 anos para cima é válida, Porque o Código penal não reconheceria?

E mesmo que hoje haja várias decisões judiciais no sentido de relativizar a presunção de vulnerabilidade neste delito, há muitas também no sentido de fazer desta presunção um preceito absoluto, e tudo o que é absoluto, em algum momento acaba ofendendo o direito alheio, o que deve ser evitado a todo custo, já que o direito penal trabalha com direitos fundamentais tão importantes.

5 CONCLUSÃO

Como visto no trabalho de conclusão de curso, a proteção adequada especificamente para os menores de 14 anos demorou a vir, e quando o legislador a trouxe, ele o fez de forma integral e absoluta já que, assim que surgiu o art. 224 do CP, em razão do próprio sujeito passivo do crime, a ampla maioria da doutrina e jurisprudência afirmou que tratava-se de presunção absoluta de violência.

Saindo desse pensamento paternalista e conservador, veio a segunda posição falar que, era absurdamente desproporcional defender uma presunção absoluta, alegando de forma incontestável que todos os menores de 14 anos eram absolutamente inocentes em relação aos atos de natureza sexual, tão comuns na fase da puberdade.

A vinda da Lei 12.015, com a criação de um delito autônomo e as mudanças no próprio artigo, não surtiu o efeito desejado pelo legislador, qual seja, acabar com a discussão doutrinária e jurisprudencial.

Porém, com o passar do tempo, foi ficando cada vez mais clara a desproporcionalidade com que a lei era aplicada, já que, adotando uma presunção absoluta falava-se em inadmissibilidade de prova contrária que pudesse inocular o suposto autor do crime, o que, de fato, acabou gerando muitas decisões injustas.

Neste sentido que, começou a se tornar cada vez mais óbvio que o conceito de vulnerável era relativo, por incontáveis fatores, como a evolução extremamente precoce dos jovens, em razão da globalização e com ela a facilidade de acesso a informação por instrumentos como a internet por exemplo. Além do fato de que o sexo deixou de ser um tabu, e passou a ser discutido dentro das casas e nas escolas, juntamente com outras disciplinas, para que o conhecimento viesse resultar em prevenção por parte dos jovens.

A adoção de uma relativização portanto, seria uma forma de readequar a lei ao contexto social, e não apenas ao momento social, mas também a legislação específica em relação ao Código Penal, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que, a relativização da presunção de vulnerabilidade fosse aplicada apenas em relação aos maiores de 12 anos e menores de 14 anos (considerados adolescentes segundo o ECA), pois estes, já que possuem maturidade para praticar crimes e responder por seus atos, inclusive ser submetidos a medidas semelhantes a prisão, seriam também maduros para saber o que são atos de natureza sexual, e em relação aos menores de 12 anos, a presunção se manteria absoluta, já que estes, pela lei específica, são crianças para todos os efeitos penais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS. Flávio Monteiro de. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 2010. Editora MB.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Presidente Prudente. Disponível em: www.planalto.gov.br. >Acesso em 27 de agosto de 2016.

BRASIL. **Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Presidente Prudente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm. > Acesso em 21 de setembro de 2016.

BRASIL. **Decreto- Lei nº 2.248, de 7 de dezembro de 1940.** Presidente Prudente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. > Acesso em 30 de agosto de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Presidente Prudente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm.> Acesso em: 30 de agosto de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Presidente Prudente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. > Acesso em 21 de setembro de 2016.

CAPISTRANO. Márcio Anderson Silveira. **A técnica da Ponderação de Valores e a Justificação Racional das Decisões Judiciais.** Ambitojuridico. Presidente Prudente. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12517.> Acesso em 23 de agosto de 2016.

CARVALHO. Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência Sexual Presumida, Uma análise em Face do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência e da Capacidade de Autodeterminação Sexual do Menor.** 1ª edição, 2004. Editora Juruá.

CARVALHO. Gisele Mendes de. CHAGAS. Edmar José. **Proteção Da Dignidade Sexual Ou Paternalismo Jurídico: A Propósito Do Valor Do Consentimento Do Menor De 14 Anos No Crime De Estupro De Vulnerável.** Publicadireito. Presidente Prudente. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e721a54a8cf18c85>.> Acesso em 17 de agosto de 2016.

CARVALHO. Gisele Mendes de. CHAGAS. Edmar José. **O STJ E A Polêmica Em Torno Do Valor Do Consentimento Do Menor De 14 Anos No Crime De Estupro.** IBCCRIM. Presidente Prudente. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim236.pdf>.> Acesso em 17 de agosto de 2016. 2012

CASTRO. Leonardo. **Legislação Comentada- artigo 217-A do CP- Estupro de Vulnerável.** Jusbrasil. Presidente Prudente. 2014. Disponível em: <http://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>>. Acesso em: 02 de abril de 2016.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Presidente Prudente. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. > Acesso em 21 de setembro de 2016.

Elementos Do Crime. Portal Educação. Presidente Prudente. Disponível em: <http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/24934/elementos-do-crime.> > Acesso em 22 de agosto de 2016.

ESTEFAM. André. **Crimes Sexuais, Comentários a Lei 12.015/2009.** 1ª edição, 2009. Editora Saraiva.

FRANCO. Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.** V. II. 7ª Edição, 2001. Editora Revista dos Tribunais.

GOMES. Luiz Flávio. **Presunção de Violência nos Crimes Sexuais.** 2001. Editora Revista dos Tribunais.

GRECO. Alessandra Orcesi Pedro. RASSI. João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual.** 2010. Editora Atlas.

GRECO. Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Especial.** V. III. 9ª Edição, 2012. Editora Impetus.

HUNGRIA. Nelson. **Comentários ao Código Penal.** V. VIII. 4ª Edição, 1959. Editora Forense.

JESUS. Damásio de. **Direito Penal, Parte Especial, de acordo com a lei 12.015/2009.** V III. 20ª Edição, 2011. Editora Saraiva.

JORIO. Israel Domingos. **Vulnerabilidade Relativa Sim!** Ibccrim. Presidente Prudente. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim236.pdf>.> Acesso em 17 de agosto de 2016.

LARANJEIRA. Tiara Badaró. **Relativização da Vulnerabilidade Sexual Nos Termos do Art. 217-A Caput, do Código Penal.** Jusbrasil. Presidente Prudente. Disponível em: <http://tiarabadaro.jusbrasil.com.br/artigos/112354505/relativizacao-da-vulnerabilidade-sexual-nos-termos-do-art-217-a-caput-do-codigo-penal>. > Acesso em 22 de agosto de 2016.

LAURIA. Thiago. **Princípios de direito penal.** Jurisway. Presidente Prudente. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=184&pagina=14.> Acesso em: 01 de setembro de 2016.

MASSON. Cleber. **Direito Penal Parte Especial,** V. III. 2ª Edição, 2012. Editora Método.

MARCÃO. Renato. GENTIL. Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 2011. Editora Saraiva.

MARTINELLI. João Paulo Orsini. **Relativização da presunção de vulnerabilidade no estupro de vulnerável**. JusBrasil. Presidente Prudente. Disponível em: <http://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/121938067/relativizacao-da-presuncao-de-vulnerabilidade-no-estupro-de-vulneravel>.> Acesso em: 30 de agosto de 2016.

MIRABETE. Júlio Fabbrini. FABBRINI. Renato Nascimento. **Manual de Direito Penal Parte Especial**. V. II. 28ª Edição, 2011. Editora Atlas.

NORONHA. Edgard Magalhães. **Direito Penal**. V. III. 26ª Edição, 2002. Editora Saraiva.

NUCCI. Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual, Comentários a Lei 12.015, de 7 de Agosto de 2009**. 2009. Editora Revista dos tribunais.

PRADO. Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro Parte Especial**. V. II. 9ª Edição, 2011. Editora Revista dos Tribunais.

PIERANGELI. José Henrique. SOUZA. Carmo Antônio de. **Crimes sexuais**. 2010. Editora Del Rey.

SILVA. Danielle Martins. **O Estupro de Vulneráveis no Brasil: Uma Breve Análise Histórica, Legislativa e do Discurso Jurisprudencial**. Compromissoeatitude. Presidente Prudente. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2014/06/DANIELLEMAR TINSSILVA_oestuprodevulneraveisnobrasil.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2016.

SOUZA. José Guilherme de. **Vitimologia e Violência Nos Crimes Sexuais, Uma Abordagem Interdisciplinar**. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1998.

STF- HABEAS CORPUS: HC 125492 MG. Site do Jus Brasil. Presidente Prudente. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25336128/habeas-corpus-hc-125492-mg-stf>.> Acesso em: 01 de setembro de 2016.

STF- HABEAS CORPUS 119.091 SP. Site do Jus Brasil. Presidente Prudente. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24801848/habeas-corpus-hc-119091-sp-stf/inteiro-teor-112263721>.> Acesso em: 01 de setembro de 2016.

TJ-RO- Apelação: APL 00052773020138220009 RO 0005277-30.2013.822.0009. Site do Jus Brasil. Presidente Prudente. Disponível em:

<http://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321789346/apelacao-apl-52773020138220009-ro-0005277-3020138220009>.> Acesso em: 01 de setembro de 2016.