

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

CURSO DE DIREITO

**A VULNERABILIDADE DOS MENORES DE 14 ANOS E DEFICIENTES MENTAIS
EM RELAÇÃO AO ESTUPRO: VULNERABILIDADE ABSOLUTA OU RELATIVA?**

Andressa Aparecida Rosa

Presidente Prudente/SP
2019

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

CURSO DE DIREITO

**A VULNERABILIDADE DOS MENORES DE 14 ANOS E DEFICIENTES MENTAIS
EM RELAÇÃO AO ESTUPRO: VULNERABILIDADE ABSOLUTA OU RELATIVA?**

Andressa Aparecida Rosa

Monografia apresentada como requisito
parcial de Conclusão de Curso para
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
sob orientação do Prof. Mário Coimbra

Presidente Prudente/SP
2019

A VULNERABILIDADE DOS MENORES DE 14 ANOS E DEFICIENTES MENTAIS EM RELAÇÃO AO ESTUPRO: VULNERABILIDADE ABSOLUTA OU RELATIVA?

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Mário Coimbra

Jurandir José dos Santos

Wilton Boigues Tebar

Presidente Prudente, 28 Outubro de 2019

O Senhor dos Exércitos está conosco; o
Deus de Jacó é o nosso refúgio.

Vinde, contemplai as obras do Senhor,
que assolações efetuou na terra.
Ele põe termo à guerra até aos confins do
mundo, quebra o arco e despedaça a
lança; queima os carros no fogo.
Aquietai-vos e sabeis que eu sou Deus;
sou exaltado entre as nações, sou
exaltado na terra.
O Senhor dos exércitos está conosco; o
Deus de Jacó é o nosso refúgio.
Salmo 46, versículo de 7 a 11.

Dedico esse trabalho ao meu filho
Leandro que é minha fonte de inspiração
e de todo meu esforço, a minha irmã
Anelize que sempre acreditou em mim,
me incentivando para que eu finalizasse o
trabalho, aos meus pais maravilhosos
José e Marlene que são meus pilares, e
ao meu companheiro Guilherme, por
compartilhar comigo vários momentos
dessa longa jornada.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por ser meu guia nos momentos mais difíceis dessa trajetória, me capacitando para vencer todos os obstáculos que surgiram nessa longa jornada.

Ao meu amado filho Leandro, pela compreensão, paciência, entendimento e amor prestado quando eu estava realizando o trabalho.

A minha querida irmã Anelize, pelo apoio dado a todo o momento e por ter sempre acreditado em mim, me encorajando todos os dias para não desistir.

Aos meus grandes heróis, meus pais, José e Marlene meus alicerces, por toda minha vida e as palavras de carinho e incentivo.

Ao meu grande amor Guilherme, meu eterno companheiro, que me motivou em fazer a faculdade, despertando meu amor pelo Direito e sua dedicação em todos os momentos desse longo trajeto.

A minha amiga Alair, que é uma irmã que Deus colocou em meu caminho, sempre dizendo que eu era capaz, dando apoio em tudo que eu precisei e pelas suas orações que me fortaleceram espiritualmente.

Ao meu amigo Jorge, por todos os dias estar comigo, dedicando seu respeito e amor.

Ao meu orientador, professor Mário Coimbra, pela motivação, incentivo e os ensinamentos compartilhados tanto em sala de aula, quanto sendo sua orientanda.

Ao professor Wilton, pelo carinho que sempre teve comigo, pela sua amizade, seus ensinamentos em sala de aula e, por ter aceitado o convite de compor a banca examinadora.

Ao professor Jurandir, um mestre, no qual, tive o prazer de ser sua aluna, desfrutando de sua sabedoria e, por ter aceitado o convite de compor a banca examinadora.

RESUMO

Em análise do tema estabelecido, o presente trabalho tem como principal objetivo, alinhar o direito e a sociedade, bem como o intuito de uma aplicação menos rigorosa com as normas. Faz-se uma breve análise normativa do histórico do crime de estupro em outros países e no Brasil, tais como, as ordenações Manuelinas, Afonsinas, Filipinas e dos Códigos Penais até o atual. Após advento da Lei 12.015/09, analisa-se o surgimento da palavra vulnerável, o tratamento conferido aos menores de 14 anos e deficientes mentais em relação ao crime de estupro, enfatizando a evolução da sociedade no que tange ao comportamento sexual desses indivíduos. As mudanças ocorridas no Código Civil em relação aos deficientes mentais após a introdução do Estatuto da pessoa com deficiência. Por fim, analisam-se os entendimentos das Supremas Cortes em relação ao artigo 217-A, e a possibilidade de relativização da vulnerabilidade. Para tanto, se utiliza do método dedutivo para averiguação das premissas acima descritas.

Palavras-chave: Menores de 14 anos. Deficientes mentais. Presunção relativa e absoluta de vulnerabilidade. Estupro. Lei 12.015/09. Lei 13.46/15.

ABSTRACT

In analysis of the established theme, the present work has as main objective, to align the Law and the society, as well as the intention of a less rigorous application with the norms. A brief analysis of the history of rape crime in other countries and in Brazil is made. The evolution of Penal Codes, from the Manueline, Afonsinas, Philipines ordinations to the current Penal Code. The advent of Law 12.015/09, the emergence of the word vulnerable, the treatment given to children under 14 and mentally handicapped in relation to the crime of rape, emphasizing the evolution of society regarding the sexual behavior of these individuals. Changes in the Civil Code regarding the mentally handicapped following the introduction of the Disability Statute. Concluding with Law 12.015/09, the Supreme Court understandings regarding article 217-A, and the possibility of relativization of vulnerability.

Keywords: Children under 14. Mentally handicapped. Relative and absolute presumption of vulnerability. Rape. Law 12.015 / 09. Law 13.46 / 15.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO SURGIMENTO DO CRIME DE ESTUPRO EM OUTROS PAÍSES.....	10
3 COMO SURTIU O CRIME DE ESTUPRO NO BRASIL	12
4 O CRIME DE ESTUPRO E A LIBERDADE SEXUAL DA VÍTIMA	16
4.1 Sujeito Ativo	17
4.2 Sujeito Passivo.....	18
4.3 Tipicidade Objetiva.....	18
4.4 Tipicidade Subjetiva	19
4.5 Consumação e Tentativa.....	20
4.6 Da Pena e Ação Penal	20
5 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL COM O ADVENTO DA LEI 12.015/09.....	22
6 EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA	25
7 O BEM JURÍDICO TUTELADO	26
7.1 A Incompatibilidade do Código Penal e do Estatuto da Criança e Adolescente ..	27
7.2 Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Convenção de Guatemala)	29
7.3 O Portador de Deficiência na Ótica do Estatuto do Deficiente e o Tratamento Conferido pelo Direito Penal	30
8 A VULNERABILIDADE ABSOLUTA E RELATIVA	35
9 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

O tema do trabalho foi escolhido para demonstrar o equívoco do legislador ao elaborar o artigo 217-A do Código Penal, que diz respeito ao Estupro de Vulnerável, responsável por catalogar os menores de 14 anos e deficientes mentais como vulneráveis, sem se preocupar com a análise do caso em concreto. Deixou de levar em consideração, a evolução da sociedade, dos meios de comunicação, da maturidade sexual desses indivíduos e sua liberdade sexual.

O objetivo foi demonstrar a possibilidade da vulnerabilidade do dispositivo 217-A do Código Penal, ser relativizada. Os métodos utilizados para a pesquisa foram o dedutivo, o doutrinário, pesquisa na internet e análise jurisprudencial.

Primeiramente, o segundo capítulo foi demonstrado o surgimento do crime de estupro em outros países, sua punição e pena aplicável.

Logo após, no terceiro capítulo, foi evidenciado o surgimento do crime de estupro no Brasil, a evolução dos Códigos Penais, desde as Ordenações Afonsinas, Manuelinas, Filipinas e todos os Códigos Penais que vigoraram na legislação brasileira. Discorreu-se, ainda, quanto ao surgimento da palavra estupro, da figura dos menores de 18 anos em relação ao crime e o atual Código Penal de 1.940, em vigor até hoje. Por fim, as alterações ocorridas de acordo com a Lei 12.015/09 foram igualmente analisadas.

Em seguida, no quarto capítulo, ponderou o crime de estupro e a liberdade sexual da vítima, a importância da função sexual para a espécie humana, o esturador e a vítima em relação ao crime de estupro.

Na sequência, abordou-se o comportamento do sujeito ativo, sujeito passivo, tipicidade objetiva, tipicidade subjetiva, consumação, tentativa e a ação penal do crime de estupro.

Posteriormente, no quinto capítulo, analisou o surgimento da palavra vulnerável com o advento da Lei 12.015/09, a presunção de violência em relação ao crime de estupro, quem pode figurar nos polos ativos do crime. Por fim, investigou-se a junção da terminologia, representadas pela “conjunção carnal” e “ato libidinoso”, quanto a possibilidade de configuração de um único crime.

Analisou-se a exceção da Lei Romeu e Julieta, no sexto capítulo, enquanto diploma normativo aplicado em alguns Estados dos EUA, que diz respeito sobre a mínima diferença de idade dos sujeitos sendo de 5 anos e mantendo relação sexual consentida, não configura o crime de estupro de vulnerável.

No sétimo capítulo, prosseguiu com a análise do bem jurídico tutelado e a dignidade sexual das pessoas protegidas pelo artigo 217-A do Código Penal, demonstrando a preocupação do legislador em defender os sujeitos sem analisar a liberdade sexual dessas vítimas. Adiante, evidenciou a incompatibilidade dos artigos 27 e 217-A do Código Penal, e seu confronto com o Estatuto da Criança e Adolescente, abordando a idade dos menores quando mantém relação sexual e o conflito que surge no que tange a idade.

Logo após, apontou as mudanças com o advento da Convenção de Guatemala e sua preocupação com a discriminação sofrida pelo deficiente e a inclusão dele na sociedade.

Por fim, passou a desenvolver o tema central, no capítulo oito, quanto à relativização da vulnerabilidade dos sujeitos catalogados no dispositivo 217-A. A problemática em relação à idade, em se tratando de um menor de 18 e um menor de 14 anos, quando mantém uma relação sexual consentida, sem violência e o tratamento conferido aos sujeitos diante do Código Penal. Analisou-se, ainda, o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça quanto ao tipo penal descrito no 217-A. Finalizou com uma breve análise sobre o entendimento dos Tribunais de Justiça, constatando a inércia do legislador diante das evoluções dos costumes e meios de comunicação.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO SURGIMENTO DO CRIME DE ESTUPRO EM OUTROS PAÍSES

Em Roma, o crime de estupro ficou tipificado como *stuprum*, que abrangia pederastia e adultério. Era uma forma de constrangimento ilegal, um crime grave contra a liberdade sexual, pois a conjunção carnal era realizada mediante violência.

Quando Roma era governada pelo Imperador Justiniano, sua esposa Teodora defendia o direito das mulheres romanas quando eram vítimas do crime de *stuprum*. Em sua opinião, deveria ser punido com a pena de morte do criminoso, pois era considerado um crime grave.

Como é sabido, o direito penal romano foi de extrema importância para o estudo do direito, servindo de alicerce para construção do direito de vários países.

Segundo entendimento de Bitencourt (2012, p, 214):

O direito Romano oferece o ciclo jurídico completo, constituindo até hoje a maior fonte originária de inúmeros institutos jurídicos. Roma é tida como a síntese da sociedade antiga, representado um elo entre o mundo antigo e o mundo moderno.

No antigo Egito, quando havia um crime de estupro, a pena aplicada era a mutilação. Na Grécia, era punido com multa. Posteriormente, foi punido com a pena de morte (NORONHA, p. 100, 1992).

Ao seu turno, no Direito Espanhol, o réu era punido com a morte: a do *Fuero Viejo* castigava com a pena do crime, ou com a *declaración de enemistade*. Neste último, dava-se o direito aos familiares da vítima cominar pena de morte ao agressor (NORONHA, p 100, 1992). Em 1967, o Código Espanhol denominava Delitos Contra La Honestidade, sendo que a palavra honestidade equivale a moralidade sexual.

Na lição de Eugenio Cuello Calón (1967, p, 529):

Son, pues, los delitos contenidos bajo este título, hechos que infringen la moralidad sexual. Pero no todos los actos que constituyen una violación de la moral sexual hoy reconocida están reprimidos por el Código Penal, no, el derecho penal tiene un campo mucho menos vasto que el de la moral y en esta esfera peculiar de la vida sexual no puede aspirar a imponerla observancia de todos los deberes

proclamados por la ética sexual, sino tan sólo el de aquellos cuyo cumplimiento reputa necesario para la ordenada convivencia social. En el campo sexual no puede el derecho penal, ni es sumisión, tender a la moralización del individuo, a apartar del vicio de la sensualidad, su actuación se reduce al castigo de aquellos hechos que lesionan gravemente bienes jurídicos individuales o colectivos, y ponen en peligro la vida social¹.

Calón diz que são atos lesivos a moralidade sexual do indivíduo, mas nem todos esses atos poderão ser reprimidos pelo Código Penal, porém somente os atos que são considerados prejudiciais a moralidade sexual do indivíduo.

Na Inglaterra, primeiramente a punição era a morte. Posteriormente o corte dos testículos e furo dos olhos (NORONHA, p 100, 1992). Por fim, no direito francês, houve uma distinção entre rapto violento e estupro.

O primeiro consistia em raptar donzelas, mulheres e viúvas. Não se respeitava a idade ou o seu consentimento, razão pela qual, o único propósito, era abusar dessas vítimas. No segundo, era utilizada a força como mecanismo de cometer conjunção carnal em desfavor de virgens, mulheres ou viúvas.

Com o advento do Código de 1810, ambos eram crimes distintos: o rapto era subtração do menor, configurava somente esse crime; se ocorresse estupro contra esse menor, seria punido com um delito autônomo (NORONHA, p. 101, 1992).

¹ São, pois, os delitos contidos sob este título, feitos que infringem a moralidade sexual. Porém nem todos os atos que constituem uma violação da moralidade sexual hoje reconhecida estão reprimidos pelo Código Penal, não, o direito penal tem um campo muito menos vasto que o da moral e nesta esfera peculiar da vida sexual não pode aspirar a impor a observância de todos os deveres proclamados pela ética sexual, mas tão somente o daqueles cujo cumprimento reputa necessário para a organizada convivência social. No campo sexual não pode o direito penal, nem é sua missão, tender à moralização do indivíduo, a apartá-lo do vício da sensualidade, sua atuação se reduz ao castigo daqueles feitos que lesionam gravemente bens jurídicos individuais ou coletivos, e colocam em perigo a vida social.

3 COMO SURTIU O CRIME DE ESTUPRO NO BRASIL

Visando apresentar premissas para discorrer sobre o tema central, é de extrema importância relatar a evolução histórica do crime de estupro no Brasil.

No Brasil, o estupro começou ocorrer desde o descobrimento, quando os portugueses aqui chegaram. Quando adentraram o solo brasileiro se depararam com a população indígena e indefesa, e começaram estuprar as índias, que por sua vez engravidavam, dando origem à uma grande miscigenação da população brasileira (KOLLONTAI, 2016, s.p).

Posteriormente, com o advento da escravidão, quem passou a ser objeto do crime de estupro foram às mulheres africanas que, além de serem vendidas como se fossem mercadorias, eram estupradas pelos seus senhores e, no caso de engravidarem, seus filhos também seriam tidos como escravos ou vendidos (KOLLONTAI, 2016, s.p).

Essa violação, tanto psicológica, como corporal em relação à mulher, era vista com muita naturalidade, pois na ótica dessa época, a única utilidade que a mulher possuía, era procriação e os afazeres domésticos.

O crime de estupro sempre existiu. Era previsto nas Ordenações Afonsinas (1.500-1.514), Manuelinas (1.514- 1.603) e Filipinas (1.603-1.916). Essas três ordenações tinham influência portuguesa, e neste período o Brasil era uma colônia.

Posteriormente surgiram: a) Código Criminal do Império (1.830); b) Código Criminal da República (1.890); c) Consolidação Penais de Piragibe (1.932) e; d) atual Código Penal (1.940).

Nas Ordenações Afonsinas, a mulher que fosse vítima do crime de estupro, para poder prestar queixa, teria que sair correndo pelas ruas gritando que fora vítima do crime e, citando o nome do criminoso, pouco importando seu abalo físico ou psicológico (DORIA, 2016, s.p).

As ordenações Manuelinas tratavam o crime de estupro da seguinte maneira: *“do que dorme por força com qualquer mulher, ou a constringe, ou a leva*

por sua vontade, seria condenada à morte”, de modo que o crime era punido de maneira mais severa, razão pela qual o criminoso pagava com a própria vida.

Nas ordenações Filipinas não ocorreram alterações significativas em comparação a Manuelina, ou seja, o criminoso também era punido com a pena de morte.

No entanto, a única alteração havida foi no sentido de linguagem: *“do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva per sua vontade”*, ou seja, *“do que dorme por força com qualquer mulher, ou a constrange, ou a leva por sua vontade”*. A palavra *“trava dela”*, era usada no sentido de constrangimento. (MARQUE, 2015, p. 17).

Em 1.830 surgiu o primeiro código penal brasileiro, batizado de Código Criminal do Império, que em seu capítulo II, título “Dos Crimes Contra A Segurança da Honra”, previa nos artigos 219 ao 225, o delito de estupro. Referido crime era punido com pena de detenção e, dependendo do caso, tinha que ser pago um dote à vítima.

Nas ordenações penais portuguesas não era mencionada a idade da vítima, mas somente a condição de ser mulher.

O Código Criminal do Império foi uma inovação no que diz respeito à idade da vítima, pois passou a prever o crime contra menor de 17 anos com as seguintes redações: “Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos. Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a três annos, e de dotar a esta”.

Entretanto, se o criminoso casasse com a vítima era isento de pena, pois era uma forma de reparação ao delito que foi cometido.

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.
Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a três annos, e de dotar a esta.

Neste sentido, afirmar-se que se seguindo o casamento, não terão lugar as penas.

Esse código vigorou por 60 anos até a promulgação do Código Criminal da República em 1.890 que, em seu capítulo I, definia o crime de estupro com a expressão “Da Violência Carnal”. Porém, a expressão utilizada nesse código era “menor de idade”, sem dizer qual seria a idade para qualificar um menor.

Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violências ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

Pena de prisão celllular por um a seis anos.

Parapho único. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.

Art. 267. Deflorar mulher de menor de idade, empregando seducção, engano ou fraude:

Pena de prisão celllular por um a seis anos.

Em 1.932 percebeu-se que havia necessidade de reformar o Código Criminal da República. Neste sentido, o desembargador Vicente Piragibe foi o responsável por criar o Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro, denominado Consolidação das Leis Penais de Piragibe que, em seu título VIII, capítulo I, Da Violência Carnal previa o crime de estupro (DUARTE, 1999, s.p).

Art. 266 --Attentar contra o pudor de pessoa de um ou de outro sexo, por meio de violencia ou ameaça, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

PENA _I -de prisão celllular por um a três annos.

§ 1.0 -Excitar, favorecer ou facilitar a corrupção .de pessoa de um ou de outro sexo, menor de 21 annos, induzindo-a á pratica de actos deshonestos, viciando a sua innocencia ou pervertendo de qualquer modo o seu senso moral:

PENA -de prisão celllular por seis mezes a dois .annos.

§ 2.0 -Corromper pessoa menor de 21 annos, de um ou de outro sexo, praticando com ella ou contra ella, actos de libidinagem:

PENA -de prisão celllular por dois a quatro annos.

-Art. 267 Deflorar mulher de menor idade, empregando se ducção, engano ou fraude:

PENA -de prisão celllular por um a quatro annos.”

Esse código referia-se ao menor, quanto a aqueles que ainda não tinham 21 anos completos. Neste momento, era punida a conjunção carnal, bem como os atos que violassem a moral do menor.

Em 1.940 surgiu nosso atual Código Penal. Houve algumas alterações desde então, que será abordado adiante.

Neste diploma normativo, tipo penal referia-se ao menor de 18 e maior de 14 anos, sendo que o legislador não previu punição para quem praticasse à conduta dolosa contra os menores de 14 anos. O legislador preocupou-se, então, não somente com a conjunção carnal, mas também no que tange a inocência desses indivíduos, razão pela qual usou a palavra sedução no dispositivo 217. Veja a redação:

Art. 217. Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: Pena - reclusão, de dois a quatro anos.

No artigo 218, o legislador citava corrupção, no sentido de corromper a moral desses menores, e libidinagem, que é a lascívia, o apetite sexual:

Art. 218. Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de quatorze e menor de dezoito anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Os motivos das terminologias usadas no dispositivo era justamente a preocupação com a entidade familiar, pois éramos um país sedimentado na religião católica que, na época, eram arraigadas em nossa sociedade.

Uma mudança significativa foi com o advento da lei 12.015 de 2.009 que, no capítulo II, trouxe a figura do vulnerável. Tutela-se o menor de 14 anos e os deficientes mentais, objeto basilar de análise do tema proposto.

4 O CRIME DE ESTUPRO E A LIBERDADE SEXUAL DA VÍTIMA

A função sexual é um componente de extrema importância, não somente para a espécie humana, mas também para as outras espécies de seres vivos. A utilidade não é somente para a satisfação sexual, mas também para reprodução e perpetuação da espécie.

Em relação à espécie humana, o sexo pode ser influenciado por fatores biológicos, culturais, éticos, legais, históricos, religiosos, espirituais, psicológicos e sociais. Todos esses fatores têm certa relevância em relação ao sexo, pois o ser humano pode ser influenciado por algum deles. De fato, muitas vezes será influenciado por até mais que um fator, que poderão ser analisados conjuntamente ou isoladamente.

A liberdade sexual da vítima também constitui aspecto de suma importância, pois é através dela que a pessoa exerce o direito de dispor do seu próprio corpo, escolher seu parceiro, praticar o ato sexual desejado naquele momento, manter uma relação considerada sadia. O estupro é um crime que causa repulsa social e deixa marcas profundas em suas vítimas para o resto de suas vidas, além de ofender a integridade da vítima.

O estuprador é tido como um agressor sexual que, muitas vezes, comete o crime de estupro, não somente para satisfação do seu prazer sexual, mas também por outros motivos como ensina Renato Mello Jorge Silveira (2008, p. 280):

A agressão ou ofensa sexual, basicamente, nasce da motivação do prazer sexual forçado e da manifestação de poder, controle humilhação. Como já se disse, a grande maioria dos agressores sexuais mostrasse como sendo composta por homens, havendo, no entanto, também mulheres e crianças. Este é apenas um dos muitos mitos e distorções acerca dos agentes ofensores. Suas origens, razões e fatores de condução, da mesma forma, inquietam os observadores e cientistas. Por vezes tidos como doentes, outras tantas como monstros, esses agressores devem ser estudados a fim de, sobre eles, poder ser projetada ideal sanção.

O agressor sexual tolhe da vítima sua liberdade sexual, sua faculdade de consentir o ato sexual, isto é, sua autodeterminação no âmbito sexual (PRADO, 2015, p, 813):

Entende-se por liberdade sexual, a vontade livre de que é portador o indivíduo, sua autodeterminação no âmbito sexual, ou seja, a capacidade do sujeito de dispor livremente do próprio corpo, de acordo com a própria vontade, quanto à prática sexual. Configura-se como uma parcela da liberdade pessoal, sendo, porém tutelada de modo autônomo.

Conforme entendimento de Renato Marcão Plínio Gentil (2011, p, 46):

Liberdade sexual é categoria mais concreta, que significa uma esfera de ação em que o indivíduo ---e só ele ---tem o direito de atuar, e atuar livremente, sem ingerências ou imposições de terceiros. A liberdade sexual diz respeito diretamente ao corpo da pessoa e ao uso que dele pretende fazer.

O crime de estupro está previsto no artigo 213 do Código Penal, e traz em seu bojo a seguinte redação: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”.

Nota-se que a redação é bem clara, no sentido de que o ato ilícito fere a liberdade sexual da pessoa, porque esse livre arbítrio é tido como um direito natural do ser humano de dispor de seu corpo da maneira como lhe satisfaz. Sendo um livre exercício, que deve ser respeitado, pois estamos nos referindo a um direito inerente que pertence a cada indivíduo, e, deve-se respeitar sua vontade.

4.1 Sujeito Ativo

O crime de estupro é um crime tipificado como um crime comum, razão pela qual pode ser praticado pelo homem ou pela mulher, isto é, ambos podem figurar como sujeito ativo desse crime. Neste crime também cita-se a figura do partícipe, que se trata do sujeito que auxilia, instiga, induz ou colabora, de alguma maneira, para que o crime ocorra.

O coautor é aquele que obriga a vítima mediante grave ameaça, que seu comparsa mantenha conjunção carnal com ela ou pratique outro ato libidinoso. Veja-se que ele não precisa manter nenhum tipo de contato físico com a vítima.

Houve muita discussão na doutrina em relação ao estupro marital, no qual, o marido comete o crime em face da esposa. A definição melhor aceita na

opinião de Júlio F. Mirabete e Renato N. Fabbrini, (2010, p. 387) é a que foi proposta por Celso Delmanto, como sendo:

Que entende ocorrer estupro sempre que houver constrangimento do marido para realização do ato sexual por constituir o fato abuso do direito. Isto porque, embora a relação carnal voluntária seja lícita ao cônjuge, é ilícita e criminosa a coação para a prática do ato por ser incompatível com a dignidade da mulher e a respeitabilidade do lar. Ademais, não estando a mulher obrigada a prática de atos libidinosos que atentam contra normalidade das relações entre os cônjuges, não fica ela, com o casamento, inteiramente à mercê dos caprichos lúbricos do esposo.

Portanto, o marido ou o companheiro que constrange a esposa ou companheira a manter conjunção carnal ou ato libidinoso, incorre no crime.

4.2 Sujeito Passivo

A vítima desse delito é qualquer pessoa, ou seja, homem ou mulher. Não se encaixa no caput do artigo 213 do Código Penal, os menores de 14 anos ou pessoa que seja portador de enfermidade ou deficiência mental, que não possua discernimento para a prática do ato. Esses se enquadram no dispositivo 217-A caput e parágrafo 1º do Código Penal, pois são consideradas vítimas vulneráveis.

Ademais, é importante ressaltar que, no que tange ao tipo penal, é irrelevante as condições pessoais da vítima, pouco importando se é jovem, idosa, casada, solteira, virgem, transexual, prostituta. Neste contexto, não é levada em consideração essas características, mas sim, a tutela da liberdade sexual da vítima.

4.3 Tipicidade Objetiva

A conduta descrita no artigo 213 apresenta um tipo misto cumulativo, ou seja, o legislador abarcou, em um único dispositivo, duas condutas distintas que são punidas com as mesmas penas, isto é, ambas configuram o mesmo crime.

Conjunção carnal significa introdução do pênis na vagina, a relação tem que ser entre homem e mulher, não importando se foi completa ou incompleta. Por outro lado, o ato libidinoso é uma conduta praticada pelo sujeito ativo do delito, que pode ser realizada de várias maneiras (masturbação, sexo oral, coito anal, coito interfemora).

Contudo, mesmo com a unificação do delito, conjunção carnal ou ato libidinoso, ambos podem ocorrer de maneira distinta.

Deve-se observar que, tanto na conjunção carnal ou ato libidinoso, o agente emprega violência física (*viscorporalis*) ou grave ameaça (*vis compulsiva*) em desfavor da vítima que se opõe ao ato sexual, não aderindo à conduta do sujeito ativo do delito.

Na violência física pode-se dizer que é uma coação física, no qual, o sujeito passivo é agredido pelo sujeito ativo. A grave ameaça, por sua vez, causa medo, repulsa, desespero, razão pela qual a pessoa agredida não pode manifestar o seu livre consentimento.

A respeito da grave ameaça leciona Capez (2014, p, 460):

É aquela que age no psíquico da vítima, anulando a sua capacidade volitiva (violência moral). O mal prometido deve ser grave. Pode ser direto (dirigido contra a vítima) ou indireto (dirigido contra terceiro), justo ou injusto. Deve ser avaliado de acordo com as condições individuais da vítima.

É oportuno ressaltar, no caso de ocorrer vias de fato ou lesão corporal de natureza leve, ficarão as condutas absorvidas pelo artigo 213 do CP.

4.4 Tipicidade Subjetiva

Caracteriza-se pelo dolo, que corresponde à vontade livre e consciente de praticar a conduta típica, mediante violência ou grave ameaça, estando ciente da oposição da vítima.

Certamente que se o sujeito acreditava que o desejo da vítima era praticar conjunção carnal ou ato libidinoso, seu comportamento pode se enquadrar na modalidade culposa. Deve-se lembrar que o Código Penal não pune a modalidade culposa.

Destarte, necessário que o agente possua o elemento subjetivo do injusto, com a única finalidade de satisfazer a paixão lasciva ou a própria concupiscência (MIRABETE, 2010, p, 391).

Não se leva em conta os reais motivos que caracterizaram a prática do delito. Neste sentido, o que importa para o Direito Penal é o dolo, porque é

através dele que a prática do tipo penal incriminador o sujeito será punido e a vítima tutelada.

4.5 Consumação e Tentativa

O crime se consuma com a introdução do pênis na vagina, mesmo que não haja rompimento da membrana himenal. Ocorrida à prática acima, ainda que o agente não tenha ejaculado ou tenha tido orgasmo, tal fato é irrelevante para caracterização do delito.

É necessário certo discernimento sobre a classificação dos delitos penais e as características que os determinam, para saber o momento da consumação e se o delito se encaixa na modalidade tentada.

Na ótica de Cleber Masson (2019, p. 23), trata-se de crime material ou causal, pois sua consumação se dá com o resultado do ato libidinoso ou conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Referido autor discorda do posicionamento de Damásio E. Jesus que entende ser um crime de mera conduta, isto é, que não precisa ocorrer resultado, pois somente com a conduta do agente se perfaz o enquadramento do crime.

A tentativa é perfeitamente admissível quando o sujeito pratica atos direcionados ao estupro, e não consegue consumir o crime por circunstâncias alheias a sua vontade.

Todavia, convém frisar que o simples convite à prática de conjunção carnal ou ato libidinoso, não consiste em início de execução do crime. Essas condutas podem se encaixar em outros tipos penais, como assédio sexual previsto no artigo 216-A ou importunação ofensiva ao pudor artigo 61 da Lei das Contravenções Penais.

4.6 Da Pena e Ação Penal

A pena estabelecida para o delito de estupro é de seis a 10 anos de reclusão, sendo previsto no artigo 213 do Código Penal. Entretanto, se resultar lesão

corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de dezoito anos ou maior de catorze anos, a pena cominada ao delito é de oito a doze anos de reclusão. Porém, se resultar em morte, será de doze a trinta anos.

Recentemente, no ano de 2018, surgiu a Lei 13.718/18, alterando o parágrafo único do artigo 225 do Código Penal, estabelecendo que a ação penal será pública incondicionada se a vítima for menor de 18 anos.

No entanto, se houver uma violência real contra a vítima, a Súmula 608 STF prevê que a ação penal também será pública e incondicionada, independentemente da idade do ofendido.

5 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL COM O ADVENTO DA LEI 12.015/09

A redação do antigo tipo penal previa que, para a ocorrência do crime de estupro, havia necessidade de combinar o artigo 213 com o artigo 224, ambos do Código Penal, porque existia uma presunção de violência para quem cometesse ato sexual com o menor de 14 anos e deficiente mental, ou seja, era a chamada violência ficta.

Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena- reclusão, de 6 a 10 anos.

Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima :

a) não maior de 14 anos.

b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância.

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Havia, anteriormente, muitas discussões sobre o tema da presunção de violência. Com o surgimento da Lei 12.015/09, a presunção de violência deixou de existir, dando lugar à nomenclatura vulnerabilidade. As pessoas descritas na lei não estão preparadas para iniciar suas atividades sexuais ou não podem ser consideradas consentidas.

A respeito do tema ensina Nucci (2009, p. 34):

Certamente, a discussão acerca da qualidade da presunção de violência surgiu: se absoluta (não comportando prova em contrário) ou relativa (possibilitando a prova em contrário). Tal debate se dava, em particular, no contexto da idade, pois, quanto aos alienados em geral e pessoas com capacidade diminuída dependia-se, na maioria das vezes, de prova pericial.

Por seu turno Renato Marcão (2011, p. 186):

Com a definição desse tipo legal, o Código pretende encerrar a histórica polêmica acerca da presunção de violência, antes prevista no art. 224, quando o estupro e o atentado violento ao pudor fossem cometidos contra menores de quatorze anos ou contra alienados ou débeis mentais, ou ainda contra quem, por outro motivo, não pudesse oferecer resistência. Como a discussão gira em torno de se tratar de presunção absoluta ou relativa, a fórmula do novo art. 217-A, criando um tipo penal autônomo, do qual não consta o elemento *constranger*, aparentemente elimina a dúvida sobre ser necessário o dissenso do vulnerável: tendo conjunção carnal ou com ele praticando ato libidinoso, o agente estará cometendo essa modalidade de

estupro, aliás apenada mais severamente do que o estupro simples, previsto no art. 213.

A nova disposição legal, trazida pela Lei 12.015/09, construiu um tipo misto alternativo no artigo 217-A caput e § 1º, que extirpou a palavra presunção de inocência, ou seja, a partir da lei, a violência não é mais ficta, isto é, trata-se de uma violência real, de modo que, antes do advento da lei, o legislador precisava enquadrar o agente na pena contida no artigo 213.

Ao elaborar a referida Lei, o legislador tinha uma grande preocupação com o crescimento da exploração sexual infantil, pedofilia. Igualmente, a preocupação se dava com os abusos sexuais cometidos contra os menores de 14 anos, os enfermos e deficientes mentais. Ainda que tais pessoas possuíssem uma vida sexual ativa, sua personalidade estava em formação, razão pela qual não têm maturidade ou opinião consolidada. Sendo assim, o intuito foi reprimir esse tipo de conduta contra aqueles que se deixavam levar pela sua atração sexual.

Com a introdução do artigo 217-A, criou-se um tipo autônomo de delito, isto é, houve uma junção entre conjunção carnal e ato libidinoso, razão pela qual ambos configuram um crime único, o de estupro.

217-A. ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos;

Pena- Reclusão, de 8 a 15 anos.

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

§2º. (vetado)

§3º. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§4º. Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O crime pode ser praticado por pessoa do sexo masculino ou sexo feminino, porém, para praticar a conjunção carnal, o envolvimento tem que ser entre heterossexuais. Já o ato libidinoso poderá ser praticado por qualquer pessoa.

Ressalte-se que, conjunção carnal significa cópula vagínica, isto é, introdução do Pênis na vagina. Por sua vez, ato libidinoso é aquele que satisfaz a concupiscência do agente masculino ou feminino.

Neste sentido, Nelson Hungria afirma (2012, p.894):

Ato libidinoso é todo aquele que se apresenta como desafogo (completo ou incompleto) à concupiscência. Como elemento constitutivo do atentado violento ao pudor, porém não deve por fim a conjunção carnal (ato libidinoso por excelência), que, quando ilícita e obtida vi aut minis, constitui, como já vimos o crime de estupro, mais severamente punido.

Pelo viés de Estefan (2010, p. 65):

A conjunção carnal se traduz no ato libidinoso em que ocorre a introdução do pênis na vagina (cópula vaginal), ainda que parcialmente. Atos libidinosos (diversos da conjunção carnal) são aqueles que tenham natureza sexual, como a felação, o coito anal, o beijo em partes pudendas, as carícias íntimas etc. Em nosso sentir, basta a natureza objetiva do ato; a lei não exige que o autor do fato busque satisfazer sua lascívia.

Com o advento da Lei 12015/09, observa-se que nessa nova roupagem, o delito de estupro se traduz em um crime de múltipla ação, conforme a consumação se perfaz em apenas um único ou em vários atos. O legislador teve a intenção de proteger os indivíduos descritos no artigo 217-A do Código Penal, visando seu desenvolvimento infanto-juvenil, para que no futuro esses menores não carreguem consigo frustrações, traumas psicológicos ou sentimentos que atrapalhem o seu desenvolvimento emocional, comportamental, social, ou seja, para que sejam futuros adultos mentalmente saudáveis.

6 EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA

Essa Lei refere-se a uma obra clássica de William Shakespeare, em que dois jovens de 13 e 16 anos se apaixonaram. Com base nessa obra literária, alguns Estados Norte-Americanos elaboraram essa Lei, sob o argumento de que não existe presunção de violência quando a diferença de idade entre os menores for igual ou menor que 5 anos, isto é, deve-se analisar se a relação era consentida para fins de averiguação de prática criminosa.

Sobre o tema Cleber Masson destaca (2019, p. 67):

Com base nessa obra literária, alguns Estados norte-americanos desenvolveram as Romeo and Juliet Laws, normas pelas quais a vulnerabilidade dos menores de 14 anos pode ser relativizada em caso de pequena diferença de idade – até 5 anos – entre os envolvidos no ato de natureza sexual. Nesse contexto, estaria afastado o estupro de vulnerável quando o agente contasse com 18 anos – maior de idade e imputável, e a vítima com 13 anos de idade.

Contudo, o Brasil não adotou essa teoria, ou seja, se alguém maior de 14 anos mantiver, com alguém menor de 14 anos, conjunção carnal ou ato libidinoso, será enquadrado no dispositivo 217-A do Código Penal.

7 O BEM JURÍDICO TUTELADO

A tutela penal é voltada para dignidade sexual da pessoa vulnerável, pois, estando nessa condição de vulnerabilidade, não possuem compreensão para entender o caráter ilícito da conduta que estão praticando contra eles. A alteração legislativa que ocorreu, não foi somente em relação à ética, moral e bons costumes, mas sim, defender a dignidade sexual do ofendido.

Como menciona André Estefam (2010, p. 64):

Quando aos menores de 14 anos, sustenta um setor doutrinário que a tutela penal também se dirige à defesa da candura, da inocência e da falta de maturidade no que se refere à própria sexualidade.

A intenção do Legislador foi proteger o desenvolvimento sadio dos indivíduos descritos no artigo 217-A, de modo a preservar sua personalidade sexual, que é suscetível a várias mudanças até atingir a fase adulta. Esse tema tem gerado muita polêmica, porque entra em conflito com a autodeterminação do menor e do deficiente mental. O dispositivo é bem claro em sua redação, sem dar margem para discussão sobre liberdade sexual das pessoas tuteladas, visando que não sejam prejudicadas.

Em relação ao bem jurídico tutelado Renato Marcão e Plínio Gentil (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, à vítima é considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter sexual. Pode-se dizer que, especificamente, o bem tutelado é a própria vulnerabilidade, no campo sexual, das pessoas tidas por vítimas do delito.

Entretanto, defendeu-se a dignidade sexual do vulnerável sem pensar na liberdade sexual das pessoas mencionadas no dispositivo. De um lado, tem-se um direito tutelado que sofre interferência Estatal quando é violado e, do outro, um

direito que, se exercido nos moldes do consentimento exigido para os atos em geral, não tem a mínima importância para o Direito Penal.

No entanto, no que diz respeito a nossa juventude, ela passou por vastas mudanças ao longo dos anos. O pudor de hoje é muito mais liberal que o de alguns anos atrás. Os jovens de hoje iniciam prematuramente sua vida sexual, vez que se trata de uma característica da geração atual. Pode-se dizer que houve uma revolução sexual.

Quando ocorre a violação do artigo 217-A, esse cenário, para o Direito Penal, configura uma grave ofensa a um bem jurídico. Percebe-se, então, que não existe dignidade individual, mas sim, uma dignidade ampla, tutelada de maneira abrangente.

Ademais, a proteção ao bem jurídico tutelado é demasiadamente ampla, razão pela qual deveria ser imposta uma limitação à atuação do Estado e sua intervenção mínima, colaborando para o bom funcionamento do sistema jurídico penal e preservando a liberdade sexual dessas pessoas.

7.1 A Incompatibilidade do Código Penal e do Estatuto da Criança e Adolescente

É preciso fazer uma breve comparação acerca do tema em relação ao Estatuto da Criança e Adolescente. Compreendem-se adolescentes aqueles que possuem, desde os 12 até os 18 anos, e, para o Código Penal, os menores de 18 anos são considerados inimputáveis, ou seja, se alguma pessoa com idade igual ou menor de 18 infringir uma norma penal, será punido pelo Estatuto da Criança e Adolescente, a principal proteção é que seja afastado os efeitos do cárcere, sendo que ele não cometerá crime, mas sim, ato infracional e cumprirá uma medida sócio-educativa.

A seguir far-se-á uma comparação dos dispositivos do Código Penal e Estatuto da Criança e adolescente :

ECA-Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

ECA-Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

CP-Art. 27- Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

CP-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.

Sendo assim, nota-se que o mesmo ordenamento jurídico penal considera o menor de 18 anos inimputável, ou seja, não pode responder criminalmente pelos seus atos, será o mesmo que irá condená-lo se cometer ato sexual com um menor de 14 anos.

A idade 18 anos é um critério biológico que foi adotado, ao se analisar o art. 27, CP, mediante a afirmação de que o menor de 18 anos não entende o caráter ilícito de uma conduta praticada, cometerá ato infracional, e, se praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com alguém menor de 14 anos, sua conduta será enquadrada como estupro. Em um dispositivo afirma-se que ele não entende o caráter ilícito do ato praticado, e no outro dispositivo mesmo que se envolva sem saber que está violando uma norma penal, será considerado estupro, é assegurar que ele entende o caráter ilícito da conduta praticada. Evidente que há uma incongruência nessa afirmação.

Pelo entendimento do nosso sistema penal, será considerado estupro, mesmo que o sujeito ativo seja alguém com 15 anos e o sujeito passivo alguém com 13 anos, sendo irrelevante o consentimento da vítima que, para o Estado, é considerado um indivíduo inocente, ignorando seu consentimento ou mesmo sua precocidade sexual, levando em consideração sua vulnerabilidade.

Sobre o tema Luiz Flávio Gomes (2001, p. 320) sustentou que: “se a adolescente entendesse o caráter ilícito de um fato criminoso, também deveria compreender o caráter sexual de certos comportamentos, sob pena de se criar uma anomalia aporética” no ordenamento jurídico”.

O doutrinador refere-se ao fato de que, se um adolescente tem o discernimento para entender quando transgredir uma norma penal, também tem discernimento sobre seus atos sexuais. Mesmo sendo condutas diferentes, versa-se sobre a percepção, o entendimento do menor, para não causar uma confusão jurídica ao colocá-lo em uma posição absoluta de incapaz ao praticar ato sexual e uma posição de absoluta capacidade de entendimento ao praticar um ilícito penal.

Estabelecidas premissas, afirma-se que se trata de uma balbúrdia jurídica.

7.2 Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Convenção de Guatemala)

A Carta de Declaração de Direitos Humanos de 1948, já previa genericamente no seu artigo 2º, proteção a determinadas pessoas, quando, na última frase do artigo, citava a palavra: “qualquer outra condição”. A carta ensejava acabar com qualquer forma de discriminação, preservando os direitos fundamentais de todos os povos do mundo objetivando a justiça e a paz.

Antigamente, ser portador de deficiência não deveria ser tarefa fácil, nem para a pessoa que tinha que conviver com sua limitação e nem para família, justamente pela falta de acessibilidade, que os impediam de ir à escola, arrumar um trabalho ou realizar atividades de lazer que trouxessem bem-estar para aqueles indivíduos.

A discriminação por motivo de deficiência significa qualquer diferenciação, exclusão, baseada justamente na deficiência com o propósito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Começaram a surgir preocupações com os deficientes justamente por serem excluídos da sociedade. Por essa razão, em 28 de Maio 1999, os Estados-Partes assinaram a Convenção de Guatemala. Referido tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 198, de 13 de junho de 2001 e ratificada pelo Brasil Decreto n.º 3.956, de 08 de outubro de 2001.

Os Estados Partes que assinaram, se comprometeram a dizimar toda e qualquer discriminação contra o deficiente, pois, deveria gozar de prerrogativas inerentes a qualquer pessoa.

O preâmbulo da Convenção determina:

REAFIRMANDO que as pessoas portadoras de deficiência têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não ser submetidas a discriminação com base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são inerentes a todo ser humano; CONSIDERANDO que a Carta da Organização dos Estados Americanos, em seu artigo 3, j, estabelece como princípio que "a justiça e a segurança sociais são bases de uma paz duradoura"; PREOCUPADOS com a discriminação de que são objeto as

peças em razão de suas deficiências; [...] COMPROMETIDOS a eliminar a discriminação, em todas suas formas e manifestações, contra as pessoas portadoras de deficiência.

O objetivo do pacto era inserir os portadores de deficiência na sociedade, facilitando seu acesso a transporte, escola, meios de comunicação, lazer, cultura, habilitação, entre outros. A finalidade era a de facilitar a vida do deficiente extirpando todos os obstáculos existentes.

A primeira Constituição Federal a tratar dos direitos dos trabalhadores portadores de deficiência, foi a de 1988 que, em seu artigo 7º, inciso XXXI, prevê a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

Diante dessa iniciativa, o legislador passou a preocupar-se de maneira mais eficaz com o trabalhador deficiente, que sofria todo tipo de discriminação tanto no que diz respeito ao trabalho e às funções desempenhadas. Tornou-se, assim, um marco inicial para a inserção dos indivíduos portadores de qualquer tipo de deficiência, projetando tal entendimento não só para o trabalho, mas para o ensino escolar, transporte e todos os outros tipos de atividades que possuem maior dificuldade em realizar. Cristalizou-se, dessa forma, a previsão constitucional de igualdade entre os indivíduos.

7.3 O Portador de Deficiência na Ótica do Estatuto do Deficiente e o Tratamento Conferido pelo Direito Penal

A Magna Carta de 1988, em seu artigo 5º, trouxe prevista no caput a igualdade de todos perante a Lei. O objetivo do legislador foi garantir o Princípio da Isonomia, para que todos exerçam seus direitos sem qualquer tipo de discriminação. Como já é sabido, o deficiente durante anos foi considerado uma pessoa absolutamente incapaz, sem ter o devido reconhecimento de seus direitos civis e sexuais.

Durante muitos anos houve a exclusão social de pessoas portadoras de algum tipo de deficiência ou necessidade especial, sendo alvo de preconceito de uma sociedade arraigada em um pensamento arcaico, no qual se entendia que essas pessoas seriam consideradas incapazes de realizar certos tipos de tarefas que normalmente eram realizadas por indivíduos que não tem essa deficiência.

Encontravam todos tipos de barreiras para serem incluídos no mercado de trabalho ou ir à escola.

Este pensamento viola o Princípio da Dignidade Humana, que preserva a igualdade de todas as pessoas, sendo um direito fundamental previsto na Constituição Federal, artigo 1º, inciso III. Os deficientes ou enfermos mentais têm que ser integrados na sociedade para que possam exercer todos seus direitos.

Neste sentido de sua integração social, Romeu Sasaki (2006, p. 33):

Pois a integração social, afinal de contas, tem consistido no esforço de inserir na sociedade pessoas com deficiência que alcançaram um nível de competência compatível com os padrões sociais vigentes. A integração tinha e tem o mérito de inserir a pessoa com deficiência na sociedade, sim, mas desde que ela esteja de alguma forma capacitada a superar barreiras físicas, programáticas e atitudinais nela existentes. Sob a ótica dos dias de hoje, a integração constitui um esforço unilateral tão somente da pessoa com deficiência e seus aliados (a família, a instituição especializada e algumas pessoas da comunidade que abracem a causa da inserção social), sendo que estes tentam torná-la mais aceitável no seio social [...].

Foram anos de muitos debates e discussões acerca dos direitos dos deficientes, até que, no ano de 2015, foi sancionada a Lei 13.146/15 recebendo o nome de Estatuto do Deficiente que remodelou a teoria da incapacidade presente no Código Civil.

Nos termos do artigo 3º do dispositivo anterior do Código Civil, revogado pela Lei 13.146/15, os portadores de deficiência mental gozavam de uma presunção absoluta de incapacidade:

Art. 3º- São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
 II- os que, por enfermidade mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
 III- os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Hoje, esses incisos foram revogados, e os enfermos mentais não são mais vistos como absolutamente incapazes, mas sim, como relativamente incapazes.

Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
 (...)
 II- Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

A Lei 13.146/15 surgiu com intuito de derrubar barreiras e acabar com o preconceito que existia na sociedade, determinando que seja feita uma avaliação do grau de deficiência mental da pessoa, que será realizada por profissionais especializados para ver o grau de deficiência mental que o indivíduo possui. Essa determinação consta no artigo 2º, parágrafo 1º da lei:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará;

I – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II – os fatores socio ambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

Objetivando igualdade de condições com as demais pessoas, a Lei abarcou os mais diversos assuntos, inclusive, tem previsão para que esses indivíduos exerçam seus direitos sexuais, reprodutivos e também matrimoniais. Justamente nessas questões, que há um confronto com a legislação Penal em seu artigo 217-A.

A respeito da problemática analisada, observa Renato Marcão e Plínio Gentil (2011, p. 190):

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

Neste mesmo sentido Guilherme Nucci (2009, p. 39):

A única interpretação que nos parece lógica e justa é conceber a possibilidade de divisão entre enfermos mentais nesse campo. Há os que são completamente impossibilitados de apresentar consentimento válido no contexto sexual, de modo que a prática de qualquer ato libidinoso, em relação a eles, seria considerada violenta, logo ilícita, bem como existem os que apresentam deficiência mental, mas que não lhes retira o desejo sexual e a vontade de se unir a outra pessoa, buscando inclusive atenuar o seu sofrimento, procurando a cura.

A crítica do legislador foi em relação à capacidade de entendimento dessas pessoas, que deveria ser separado por grau de deficiência, entre os que são enfermos mentais, que não possuem discernimento nenhum para seus atos, os impossibilitando de apresentar consentimento que seja válido, e os deficientes mentais, que podem ter certo entendimento sobre seus atos. Sendo assim, podem apresentar um consentimento que deve ser levado em consideração.

Rogério Grecco (2015, p. 744-745) exara que:

É importante ressaltar que não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade mental ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido. O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

É importante ressaltar que a própria Lei 13.146/15, introduziu em seu artigo 6º, os direitos dos deficientes em relação a sua capacidade, para que pudessem gozar de direitos que são inerentes a uma pessoa normal, ainda que seja portadora de algum tipo de deficiência.

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
I - casar-se e constituir união estável;
II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Registre-se que, o legislador pátrio não se atentou para as mudanças trazidas na nova Lei, esquecendo-se, de atualizar o dispositivo do Código Penal e introduzir um tópico em relação à capacidade de discernimento dos deficientes mentais, que fosse separada pelo grau de deficiência mental e entendimento que eles possuem.

Portanto, se alguém mantiver relação sexual ou praticar ato libidinoso com um deficiente mental, estará violando a Lei e cometendo estupro de vulnerável.

Nota-se, que ambos os diplomas são conflitantes. Seria como afirmar que existe uma antinomia jurídica entre os dois dispositivos, pois, de um lado o

Estatuto do Deficiente, ensejando igualá-los com os mesmos direitos de todas as pessoas, dizimando toda forma de discriminação e, por outro viés, o Código Penal, que confere uma exacerbada proteção sem se preocupar com a liberdade sexual dessas pessoas.

8 A VULNERABILIDADE ABSOLUTA E RELATIVA

O Código Penal brasileiro é de 1940 e, acerca dos menores de 14 anos e deficientes mentais, há uma presunção absoluta de vulnerabilidade, que surgiu com a lei 12.015/2009. A nova nomenclatura trazida pela Lei mencionada se refere a indivíduos que não podem oferecer resistência a prática do ato sexual. Seria como dizer que, independente da vontade dessas pessoas, o ato sexual é considerado violento. Existem muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a vulnerabilidade, e na opinião de Nucci (2009) apud Rogério Grecco (2014, p, 741):

O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência, Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa posição que nos parece mais acertada.

Para o Estado, esses indivíduos não têm o discernimento necessário para o ato sexual e, às pessoas que cometerem conjunção carnal ou ato libidinoso com esses agentes, serão qualificados como estupradores e enquadrados no artigo 217-A do Código Penal.

Concluir pela vulnerabilidade absoluta é dizer que a pessoa não tem discernimento nenhum sobre seus atos. Afirmar um pensamento desses, nos dias de hoje, se torna algo complicado, principalmente com em relação à internet, que possui uma gama de informações e qualquer pessoa tem acesso, desde a criança até o idoso.

Quando se relativiza a vulnerabilidade, se esta diante do sujeito que tem noção do ato que está praticando, isto é, se é certo ou se é errado. Porém, deve-se levar em consideração que muitas pessoas desconhecem a Lei, ou seja, não sabem o caráter ilícito daquela determinada conduta, tampouco agem sem saber que estão ofendendo um bem jurídico tutelado pela Lei.

No nosso sistema Penal, a responsabilidade é subjetiva, ou seja, dolo e culpa tem que ser provados e, diante da leitura do artigo 217-A, quem praticar as condutas descritas incorre no crime. É como afirmar que a pessoa agiu com dolo, não admitindo culpa nesse caso, razão pela qual se afirma que o legislador foi bem rigoroso ao elaborar o dispositivo punindo severamente quem infringir a norma.

Diante da seguinte narrativa: ocorrendo um namoro entre dois adolescentes, um com 15 anos e o outro com 13 anos. Vislumbra-se uma problematização no que tange a idade. Seria o menor de 15 anos, um esturador?

Do ponto de vista de Fabio Agne Fayet (2011, p. 91):

Nessa hipótese, os agentes colocam-se mutuamente em uma situação de risco iminente ("estupro bilateral"), pois a conduta configura o tipo do art. 217-A do CP, e enquanto não vier à tona, perante autoridade policial, aos pais ou aos responsáveis, não interessará ao Direito.

Destarte, sopesando a mínima diferença de idade, encontra-se uma disparidade relevante no aspecto do enquadramento do crime. Supondo que esses adolescentes estejam namorando e, com o passar do tempo terminem esse relacionamento e, a adolescente de 13 anos inconformada com o término diga aos pais que foi estuprada pelo garoto de 15 anos, estes sem saber a real situação, tomados por um extremo sentimento de raiva e sede de justiça, procuram uma delegacia para registrar um boletim de ocorrência, realizando todos os procedimentos necessários que exige a Lei, iniciando o procedimento Estatal.

Ao analisar referido exemplo, que embora fictícia, porém cotidiana, mensura-se à proporção que esse problema causará.

De um lado o Estado fazendo seu minucioso trabalho, perdendo seu precioso tempo com algo que não ocorreu. Por outro lado, o adolescente que a essa altura das ocorrências está psicologicamente abalado e sem esteio Estatal. Caso seja condenado, sofrerá gravosas sanções.

O critério etário, quando não analisado criteriosamente, poderá causar muitas desigualdades em relação aos envolvidos, pois diante do Estatuto da Criança e Adolescente, o menor de 12 anos é considerado criança, sendo caso de aplicar uma vulnerabilidade absoluta de violência. Todavia, nos dias de hoje, pessoas acima dos 12 anos, já tem certa maturidade sexual, podendo relativizar em se tratando de maiores de 12 anos e menores de 14 anos.

Assim descreve Nucci (2011, p. 119):

Em nossa visão, a vulnerabilidade é relativa para essa faixa etária: 12 e 13 anos. É absoluta para as crianças: menores de 12 anos. Porém, essa fórmula é uma regra que, conforme o caso concreto, pode comportar exceções. Exemplo: embora seja absoluta a vulnerabilidade da criança, uma pessoa de 11 anos e 11 meses já é praticamente um adolescente e, dependendo da situação, assim deve ser considerado. O mesmo se diga de uma pessoa com 12 anos completos, mas integralmente ingênua, podendo equiparar-se a uma criança: deve-se considerá-la vulnerável, sem dúvida.

Todavia, existe uma urgência em ressaltar a importância do remodelamento dessa vulnerabilidade tida como absoluta, se preocupando com a análise do caso concreto, pois, se esta referindo à liberdade sexual de menores, que atualmente, tem maturidade de seu livre arbítrio para suas escolhas sexuais.

Nos dizeres de Renato Marcão e Plínio Gentil (2011, p. 190):

Menor de 14 anos que mantém vida conjugal, com o consentimento dos pais ou responsáveis, é vítima de estupro de vulnerável?" Trata-se de hipótese típica daquelas que costumam justificar suprimento judicial de idade para se casar, requerido no juízo civil e cuja decisão está sujeita a discricionariedade do juiz. No caso de um suprimento concedido judicialmente e tendo o menor de 14 anos se casado legalmente, não há como sustentar que, praticando ele os atos sexuais na constância do casamento, esteja sua mulher, ou seu marido, a cometer estupro de vulnerável.

Com os novos meios de comunicação, principalmente com o advento da internet e explosão das redes sociais, ficou mais evidente o comportamento sexual desses menores, como a exibição do corpo, da sua intimidade sexual, sem o mínimo de pudor ou preocupação com os prejuízos que essas condutas possam causar. Toda essa exposição trás uma enorme satisfação por sentirem-se inseridos em uma sociedade virtual.

Diante do Estado, esses indivíduos não têm o discernimento necessário para o ato sexual e, às pessoas que cometerem ato sexual com esses agentes, serão qualificadas como estupradores e enquadrados no artigo 217-A do Código Penal, do mesmo modo que as que praticarem o ato com um deficiente mental serão enquadradas no § 1º do mesmo dispositivo.

Ocorre que, para o Estado, é irrelevante se o ato sexual ocorreu entre um menor de 14 anos e um menor de 15 anos. Esse segundo será qualificado como sujeito ativo do crime de estupro, e o primeiro será sujeito passivo do crime, não

importando para o Estado a mínima diferença de idade ou a relevância do consentimento do menor de 14 anos.

Um grave equívoco legislativo que não se pode deixar de mencionar, trata-se da pena do estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A, em relação ao estupro na modalidade simples contida no artigo 213, na qual prevê pena de 6 a 10 anos de reclusão, enquanto à pena do artigo 217-A é de 8 a 15 anos de reclusão. No caso dessa pena ser aplicada a um menor de 18 anos, que manteve relações sexuais com um menor 14 anos, no curso de um relacionamento e, for condenado pela prática de estupro, é cometer uma injustiça.

De acordo com esse entendimento descreve André Estefan (2010, p. 66):

Em nosso sentir, a subsunção de um ato surpreende ao art. 217-A do CP fere o princípio da proporcionalidade. Repise-se que a pena mínima do estupro de vulnerável é superior à homicídio simples. Significa dizer que, numa interpretação puramente literal dos dispositivos, ou, por outro giro, numa análise estritamente formal da tipicidade das condutas, seria mais censurável para a Lei Penal brasileira apalpar lascivamente as nádegas de alguém (quando este estivesse distraído e não tivesse tempo para reagir) do que mata-lo.

Analisando um caso como esse, deveria relativizar a vulnerabilidade se ficasse comprovado que o menor de 14 anos já tem maturidade sexual, além de total discernimento dos seus atos.

Hoje, com todo meio de comunicação disponível ao alcance de todas as pessoas, principalmente dos jovens, fica difícil dizer que um menor não tenha noção de um ato sexual que ele praticou. Tratá-lo com uma presunção absoluta de vulnerabilidade, significa aplicar severamente a Lei penal para outro menor que tenha uma mínima diferença de idade em relação à dele.

Nas lições de Mirabete (2006, p. 478):

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

Alguns doutrinadores defendem a relativização do estupro, através de uma análise do concreto, isto é, se o menor já tiver certa maturidade sexual, não

deveria o fato ser considerado crime. Porém, a posição dominante no STJ e STF, é que a presunção de vulnerabilidade é absoluta e o consentimento da vítima se torna irrelevante. Tal entendimento se encontra em um Recurso Especial proferido em decisão do STJ, conforme transcreve-se:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (REsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010). 2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos. 3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitativa, para, somente a partir daí, julgar-se o réu. 4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – "beijos e abraços" – com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos. 5. O exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. 6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal. 7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psicologicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas

decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. 8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população. 9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.

Reforçando a teoria o STJ editou a Súmula 593 que ratifica:

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

No entanto, em um caso excepcional de um Recurso Especial, anterior à súmula e o posicionamento majoritário presente nas Supremas Cortes, o STJ decidiu diante da análise do caso em concreto aplicar a vulnerabilidade relativa:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO CONCRETA A AFASTAR A HIPÓTESE DELITIVA. RELACIONAMENTO ENTRE JOVENS IMPÚBERES. ATINGIMENTO DA MAIORIDADE. MANUTENÇÃO DO RELACIONAMENTO AMOROSO. Em recente decisão da Sexta Turma (HC 88.664/GO), restou afirmado que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, "a", do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de mera relação afetivo-sexual. No caso dos autos, não se era de esperar que, iniciado o relacionamento entre jovens impúberes, e adquirida a maioridade por um deles, as relações sexuais, a partir daí, passassem a configurar a violência presumida só porque prevista a conduta na norma incriminadora. Recurso especial do ministério público desprovido para manter a absolvição do Recorrido. (STJ, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 27/10/2009, T6 - SEXTA TURMA).

Contudo, em alguns Tribunais de Justiça tem-se o entendimento que poderia relativizar-se o critério etário diante da análise do caso em concreto. Esse posicionamento encontra-se em dissonância com o adotado pelas Supremas Cortes.

Reitere-se, portanto, mencionar que o legislador ainda não se atentou a toda essa evolução tecnológica e social, se mantendo inerte, diante dos novos costumes da sociedade. Deveria conferir tratamento adequado a esses menores no que diz respeito à vulnerabilidade, analisando o caso em concreto, para que não haja uma punição injusta por parte do Estado.

9 CONCLUSÃO

Através da exposição das alterações trazidas para o Código Penal brasileiro com o advento da Lei 12.015/09, mediante a descrição da historicidade do crime de estupro em outros países e no Brasil, bem como da evolução do Código Penal quanto o crime de estupro envolvendo os menores, concluiu-se:

O crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal Brasileiro, sofreu diversas alterações normativas, desde as ordenações.

As mudanças ocorridas com o advento da Lei 12.015/09, a nomenclatura vulnerável, a presunção de violência real contida no tipo penal, devem ser criticadas pelo seu conteúdo.

Demonstrou o evidente conflito existente entre o Código Penal e seus dispositivos 27, e, 217-A, com o Estatuto da Criança e Adolescente, haja vista que, o primeiro diploma, assevera no artigo 27, que os menores de 18 anos são inimputáveis, de forma que não cometem crime, mas sim, ato infracional, e infringindo a norma penal estariam sujeitos ao Estatuto da Criança e Adolescente. A legislação especial considera adolescente dos 12 até 18 anos, dando proteção a esses menores, que ao cometerem algum fato punível pelo Direito Penal, será afastado os efeitos carcerários, permanecendo procedimento previsto no ECA.

No entanto, o artigo 217-A do Código Penal, prevê que, o agente, ao praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com menores de 14 anos cometerá estupro de vulnerável, sendo irrelevante seu consentimento, ou maturidade sexual. Desta forma, ocorrendo relação sexual entre um menor de 18 anos e um menor de 14 anos, o primeiro será enquadrado como estuprador, sendo irrelevante para o Estado se a sua conduta não foi infringir o art.217-A.

A extrema relevância do Estatuto do Deficiente no ordenamento jurídico brasileiro, aniquilando todas as formas de discriminação do deficiente, realizando sua inclusão na sociedade, expondo as mudanças significativas que ocorreram no Código Civil, quanto a releitura da teoria das incapacidades, abolindo o antigo pensamento que deficiente mental tem incapacidade absoluta para seus atos, dando uma nova roupagem para o dispositivo.

Neste viés de entendimento sobre relativização da incapacidade que ocorreu no Código Civil, o legislador penal ignorou a nova legislação, não fazendo a devida atualização do artigo 217-A, § 1º, continuando a tratar os deficientes como vítimas absolutamente vulneráveis, e não como vítimas relativamente vulneráveis, deixando de considerar seu grau de enfermidade ou deficiência mental.

Ficou demonstrado, quanto ao “estupro de vulnerável, presunção absoluta ou relativa de vulnerabilidade” que a problematização que ocorre nos dias de hoje, assim como o tratamento penal que é atribuído no dispositivo 217-A, no que diz respeito a relacionamentos sexuais ocorridos entre menores de 18 anos e menores de 14 anos, é incompatível, uma vez que, para o Estado, lhes é conferido uma vulnerabilidade absoluta, por conseguinte irrelevante seu consentimento. Em relação ao menor de 18 anos a que venha transgredir o dispositivo 217-A, será enquadrado como sujeito ativo de estupro de vulnerável, perpetuando uma desigualdade Estatal, no que concerne a aplicação da pena, ao tratamento dos sujeitos ativos e passivo, e a nomenclatura utilizada para enquadrá-lo no tipo penal.

Por fim, como exposto no tema, concluiu-se, por conta de uma inércia legislativa penal, a atual sistemática legal não está de acordo com os costumes da sociedade, deixando de levar em consideração a maturidade precoce sexual dos menores e a necessidade de relativizar a vulnerabilidade contida no dispositivo 217-A, avaliando o caso em concreto quando envolva relacionamentos entre menores de 18 anos e menores de 14 anos, razão pela qual a análise de forma individual de cada caso levado ao conhecimento do Poder Judiciário, deveria ser a regra neste caso tão importante.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil-03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em 11 de Maio de 2019.

_____. **Código Criminal do Império-1830**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil-03/leis/lim-16-12-1.830.html. Acesso em 11 de Maio de 2019.

_____. **Código Criminal da República**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil-03/decreto/1851-1899/D847. Acesso em 11 de Maio de 2019.

_____. **CÓDIGO PENAL DE 1940**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil-03/decreto-lei/del2848. Acesso em 11 de Maio de 2019.

_____. **Decreto 3.956**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil-03/decreto-3.956, 16 de Out de 2019

_____. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13146.htm. Acesso em 11 de Maio de 2019.

_____. **Lei 13.415**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13415.htm. Acesso em 15 de Out de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 593**. “O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600-. Acesso em 17 de Out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 430615. Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 27/10/2009, T6 - SEXTA TURMA).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.660.559. Decisao-monocratica-451830791. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 26.04.2017.

CALÓN, Eugenio Cuello. **Derecho Penal**. v. 2. Editora Bosh: Casa Editorial, Urgel, 1963.

CAPEZ, Fernando; STELA, Prado. **Código Penal Comentado**. 5 ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2007.

DORIA Pedro. **Um estupro no Brasil colônia**. Disponível em: [medium.com/@PedroDoria / Um-estupro-no-brasil-col%C3%B4nia-91f2db82fb29](https://medium.com/@PedroDoria/Um-estupro-no-brasil-col%C3%B4nia-91f2db82fb29). 2016. Acesso em 11 de Abril de 2019.

DUARTE, Maércio Falcão. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL**. Disponível: [www.egov.ufsc.br/portal/conteudo /evolução histórica-do-direito-penal](http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolucao-historica-do-direito-penal). 2011. Acesso em 11 de Maio de 2019.

ÉSTEFAN, André. **Comentários à Lei 12.015/09: Crimes Sexuais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FAYET, Fábio Agne. **O Delito do Estupro**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011.

GRECCO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de Violência nos crimes sexuais**. Série As Ciências Criminais do Século XXI. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KOLLONTAI, Verinha. **A cultura do estupro da sua origem até a atualidade**. Disponível em: [www.geledes.org.br > questões de Gênero Violência Contra Mulher](http://www.geledes.org.br/questoes-de-genero-violencia-contra-mulher). 2016. Acesso em 11 de Maio de 2019.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra Dignidade Sexual**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MARQUES, Tawny Marteli. **Relativização da Vulnerabilidade no Crime de Estupro de Vulnerável**. nº. de folhas: 55. Monografia de conclusão de Curso de Direito Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente SP.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Especial (arts. 213 a 359-H)**. 9 ed. São Paulo: Editora Método, 2019.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRABETE, Julio Fabrini. MIRABETE, Renato N. Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. **Comentários ao Código Penal**. Leme: Editora JH Mizuno-2012

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. v. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra dignidade sexual: Comentários a Lei 12.015/09 de 07 de Agosto 2009**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão**: construindo uma sociedade para todos. 7 ed. Rio de Janeiro: WVA, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Bases Críticas Para a Reforma do Direito Penal Sexual**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.