

A LEGALIDADE DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA NO CRIME DE ESTUPRO COM RELAÇÃO AO MENOR DE 14 ANOS

Roseane França TOPAN¹
Jurandir José dos SANTOS²

RESUMO: O presente trabalho analisa brevemente o crime e seus aspectos, com enfoque no crime de estupro, em especial quando este é cometido contra pessoa menor de 14 anos, conceituado como “estupro de vulnerável”, abordando o que vem a ser esse delito e em quais hipóteses é possível que haja presunção de violência e, ainda, se esta é absoluta ou relativa, analisando quais os motivos e argumentos que os adeptos desse posicionamento se baseiam para saber em qual modalidade o crime se enquadra. Também analisa a questão do consentimento do menor de 14 anos, discutindo se esse consentimento é válido ou não.

Palavras-chave: Estupro. Vulnerável. Presunção de Violência. Absoluta. Relativa. Consentimento.

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisou o surgimento do crime em nossa sociedade, bem como a sua evolução e isto foi feito juntamente com a análise da história da pena e seu desenvolvimento.

Posteriormente, ao analisar os artigos do atual Código Penal, adentrou-se de forma exclusiva no crime de estupro, discorrendo sobre sua evolução histórica e todos os elementos e pressupostos que o compõem, sendo que sem seguida analisou-se o crime de estupro de vulnerável.

Após todas as explicações necessárias sobre tais delitos, adentrou-se na discussão central do presente artigo que corresponde a prática de ato sexual entre uma pessoa maior e uma menor de 14 anos. Promotor de Justiça, Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente

¹ Discente do **5º ano** do curso de direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail rosianeft@hotmail.com

² Promotor de Justiça, Docente do curso do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente, Mestrando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP. E-mail: jurandirjsts@hotmail.com

Prudente, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente, Mestrando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP. E-mail: jurandirjsts@hotmail.com

Foram analisados todos os argumentos sobre tal ato, sendo que há quem defenda se tratar do crime de estupro de vulnerável, porém há posicionamentos contrários, isto é, os que defendem que tal ato não poder ser considerado estupro, visto que atualmente há que ser rediscutido o que vem a ser uma pessoa vulnerável, pois com o desenvolvimento da tecnologia e o avanço das informações, há que ser revista a ideia de criança.

1 O CRIME E SEUS ELEMENTOS

A palavra crime está presente em nossa sociedade desde o início dos tempos, entretanto a mesma evoluiu com o passar dos anos, visto que de acordo com a época esta possuía um determinado significado e a pena, que nada mais é do que sua consequência, também se alterou conforme os tempos evoluíram.

Ao se analisar um dicionário e a etimologia das palavras, notamos que a palavra crime advém do latim “crimen” que significa “lesão”, “acusação”. Nesse sentido vale a pena citar a obra de Franz Von Liszt (1899, p. 183), para quem crime significa:

O injusto contra o qual o Estado comina pena e o injusto, quer se trata de delicto do direito civil, quer se trate do injusto criminal, isto é, do crime, á a ação culposa e contrária ao direito.

Com base na versão apresentada pela Bíblia, a primeira transgressão ocorreu quando Adão comeu a fruta da árvore proibida, fato que fez com que outros transgredissem a norma imposta, qual seja, não comer a maçã e a partir desse ato foi que se começou a pensar na ideia de descumprimento de uma regra, onde posteriormente se deu a este ato o nome de crime.

Com a evolução dos tempos, em cada época o crime era visto de uma forma diferente e, como exemplo, temos que na mitologia o crime era considerado um fenômeno sobrenatural, sendo associado à demologia.³

No momento em que começaram a surgir as sociedades, tal conceito foi mudando e passou-se a usar a autotutela, como sendo uma forma de se defender do crime, a qual era exercida com base na força humana, época marcada, por exemplo, pelo Código de Hamurabi que trazia em si vários códigos, sendo o mais conhecido a Lei de Talião, ou seja, olho por olho e dente por dente.

Posteriormente houve o surgimento do Código de Manu, seguido pela Lei das Doze Tábuas Romanas, dentre outros Códigos e leis, os quais visavam disciplinar o convívio social. Após esse período surgiram as monarquias, onde havia um governante, o qual disciplinava sobre os tipos de punições aceitas. E então surgiu a Idade Média que trouxe consigo a figura do Estado, onde cada sociedade possuía seu governante.

Por fim temos a atual sociedade, onde o Estado passou a disciplinar as regras de convívio social, bem como regular uma determinada punição para cada tipo de delito.

Após esse breve resumo histórico é possível extrair um conceito da palavra crime que corresponde a toda e qualquer ação ou omissão praticada contra uma norma que disciplina o convívio em sociedade, lesando ou expondo a perigo um bem jurídico tutelado pelo Estado.

O que se analisa na verdade é o mal que a conduta produziu, analisando-se então a relevância desta conduta frente aos interesses e valores tutelados pelo Estado, para que assim seja feito um juízo de reprovabilidade, o qual estabelecerá se esta ação ou omissão que afetou o bem jurídico deve ou não ser submetida a sanção penal.

Neste sentido a doutrina de Cleber Masson (2010, p. 91) que ao discorrer sobre o conceito de crime no Direito Penal traz a seguinte ideia:

O mero atendimento do princípio da reserva legal se mostra insuficiente, pois o crime somente se legitima quando a conduta proibida apresentar relevância jurídico-penal, mediante a provocação de dano ou ao menos

³ Crença que pregava a natureza e a influência dos demônios, onde todo aquele que praticava um crime assim o fazia devido a influência dos demônios, os quais eram espíritos malignos e por causa disso é que a pessoa praticava o delito.

exposição à situação de perigo em relação a bens jurídicos penalmente relevantes.

Este conceito de crime se enquadra no critério material, o qual analisa a conduta do agente, a relevância do bem tutelado e se esta conduta merece a tutela penal.

Entretanto há também o critério legal, para o qual o conceito de crime é descrito pelo legislador e, nesse sentido, o Decreto-Lei nº 3.914/41, em seu art. 1º, traz a seguinte conceituação:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou de ambas, alternativa ou cumulativamente.

Desta feita não há que ser analisado todos os aspectos que envolvem o ato praticado, visto que somente haverá ilícito penal se a conduta realizada estiver descrita na lei.

Há ainda o critério analítico, também chamado de formal ou dogmático, o qual se baseia na estrutura de determinada conduta para assim determinar se a mesma é ou não criminosa.

Neste aspecto tal conceito traz consigo três teorias. A primeira é a quadripartida que prega a existência de quatro elementos, fazendo-se imperiosa a configuração dos mesmos, para que assim uma conduta seja criminosa. São eles: fato típico, ilícito, culpável e punível.

A segunda teoria é a tripartida, seguida por Heleno Cláudio Fragoso, Edgar Magalhães Noronha, Nélon Hungria, dentre outros que estabelece somente três elementos, para caracterizar uma conduta como sendo criminosa ou não, quais sejam: fato típico, ilícito e culpável. Segundo os adeptos desta corrente a punibilidade deixa de existir pelo fato de que esta não é um elemento do crime, mas sim sua consequência.

Há ainda uma terceira corrente, chamada de bipartida, a qual diz haver somente dois elementos para definir se uma conduta é ou não criminosa, sendo eles o fato típico e a ilicitude, onde a culpabilidade deixa de existir por ser considerado um pressuposto para aplicação da sanção penal.

E é diante dos conceitos e teorias acima analisados que há quem diga que o atual Código Penal se filiou à corrente bipartida, pois inúmeros dispositivos penais (ex: artigo 23, 26 “caput”, 180, § 4º, etc.), trazem a exclusão da culpabilidade isentando o réu de pena.

Logo, podemos concluir que o conceito de crime se alterou e muito ao longo de toda a história e atualmente quem disciplina tal conduta são as leis penais incriminadoras, as quais trazem expressamente quais os tipos de condutas que podem ser punidas e em quais circunstâncias haverá ou não a punição.

2 ASPECTOS GERAIS DA PENA

Com base no exposto, deixamos o plano abstrato e podemos identificar o quem vem a ser o crime e quais os elementos que o compõem.

Desta feita temos que existem algumas condutas que não podem ser punidas, por não estarem presentes os elementos que compõem o crime e venham a autorizar a punição estatal; entretanto, no momento em que estão presentes os requisitos autorizadores da sanção penal, nada mais justo do que aplicar a pena a todo aquele que transgride uma norma e atenta contra o convívio social.

Ocorre que as penas, assim como o crime, sofreram uma grande alteração em seu conceito ao longo dos tempos.

Sobre o aspecto histórico da pena há uma grande divergência sobre o surgimento de tal palavra, onde alguns defendem que a mesma surgiu advinda do latim “*poena*” possuindo como significado castigo, suplício e “*pondus*” no sentido de peso, pesar, contrabalançar, no caso, equilibrar a balança da Justiça.

Analisando-se de forma superficial seu surgimento, há que se destacar a sua presença nas sociedades primitivas, as quais se valiam de suas próprias forças para defender o local em que viviam, bem como o seu povo, onde tal força visava repelir qualquer tipo de ameaça que colocasse em risco seu convívio pacífico e sua segurança. Neste sentido, as palavras de Enrico Ferrari (2003, p.21)

O homem, como todo ser vivo, tem três instintos fundamentais e imperiosos: a conservação individual, a reprodução da espécie, a defesa-ofensa. Contra

qualquer fato que venha agredir e pôr em perigo a conservação do indivíduo e da espécie, surge, inevitavelmente, a reação do instinto da defesa-ofensa.

Dentro desse período, inicialmente temos a pena como uma punição imposta com caráter de vingança, a qual poderia atingir o acusado, bem como sua família e raramente possuía limites. Posteriormente surgiu a vingança divina, a qual era vista como uma obrigação sagrada e religiosa, sendo a pena, imposta como uma retribuição pelo mal causado, onde sua aplicação reestabelecia o equilíbrio divino e a gravidade do delito era o parâmetro utilizado para se determinar a sanção e era através da sua aplicação que se alcançava o perdão divino.

Com relação a essa época, discorre Magalhães Noronha (1997, p. 21) que “o direito e o poder de punir emanavam de Júpiter, o criador e protetor do universo. Dele provinha o poder dos reis e em seu nome procedia ao julgamento do litígio e a imposição do castigo”.

É neste período que temos o Código de Hamurabi, onde a lei que mais se destacou foi a Lei de Talião (olho por olho, dente por dente). Não havia uma proporção entre o delito e a pena, mas sim uma reciprocidade. Após este período e com o desenvolvimento das sociedades e do Direito Penal, surgiu a vingança pública, onde a pena era aplicada pelas autoridades governantes, porém mesmo assim as penas aplicadas geralmente eram cruéis e desproporcionais ao delito praticado.

Em um segundo momento dentro da fase primitiva houve o período da intimidação e da expiação, onde a pena possuía esse caráter e tal período durou desde o Direito Germânico até à Revolução Francesa. Entre o final do século XVIII e começo do século XIX surgiu a fase humanitária, a qual teve origem com a Escola Clássica, onde se pregava uma mudança no sentido da pena, a qual deveria possuir um caráter intimidativo e regenerador, visando a retribuição jurídica.

Neste período há que se destacar Beccaria que pregava uma reforma no Direito Penal, principalmente com relação às penas de tortura e de morte, defendendo a proporcionalidade entre a pena e o delito.

Vale citar dois trechos de sua obra, o primeiro (1999, p. 37) sobre a proporção e o segundo (1999, p. 39), explica o motivo de se adotar a proporcionalidade na aplicação da sanção.

Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.

Se o prazer e a dor são a força motriz dos seres sensíveis, se entre os motivos que impelem os homens para ações mais sublimes foram colocados, pelo invisível legislador, o prêmio e o castigo, a distribuição inexata destes produzirá a contradição, tanto menos observada, quanto mais comum, de que as penas castigam os delitos a que deram origem. Se a pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontraram nenhum obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar maior vantagem.

Há quem defenda uma terceira fase da pena, entretanto a maioria dos doutrinadores considera que atualmente estamos vivendo a quarta fase que surgiu após o final do século XIX. Tal confusão se dá pelo fato de que ambos os períodos são muito parecidos e pregam basicamente a mesma ideia, qual seja, de que a aplicação da sanção penal deve observar os aspectos sociais e psicológicos, onde se analisa os motivos que levaram o agente a delinquir, bem como, busca analisar a pena não somente como uma punição, mas como uma forma de prevenção social e defesa da sociedade. A punição deve se basear no fato e na personalidade do sujeito.

No Direito brasileiro a pena surgiu em 1643, com a vinda de D. João IV, após a independência do Brasil, tendo como base as Ordenações Filipinas que vigoravam em Portugal, porém estas não se preocupavam com a proporcionalidade entre pena e delito e serviram como uma espécie de Código durante todo o Período Colonial, sendo revogadas em 1830 com o surgimento do Código Criminal do Império.

Durante muitos anos as penas utilizadas eram cruéis e não respeitavam a proporcionalidade, sendo que somente com o desenvolvimento da sociedade e uma grande pressão por parte dos cidadãos e doutrinadores, em busca de um Estado Democrático de Direito, é que houve a proclamação da República em 1890, porém este logo sofreu inúmeras críticas por não se adequar as novas ideias filosóficas da época.

Finalmente em 1940 foi criado o atual Código Penal, trazendo todos os tipos de penas que atualmente integram nosso ordenamento (pena de reclusão, detenção, medida de segurança, sistema de progressão e suspensão e livramento condicional).

Sobre pena, Fernando Capez (2006, p.358), ensina que:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Temos então que com a evolução dos tempos e o desenvolvimento da sociedade, a qual fez com que surgisse a figura do Estado, visto que não mais bastava um governante, mas sim vários atuando em prol de toda a sociedade, a pena também precisou evoluir a fim de punir proporcionalmente e de forma adequada todo aquele que transgredir uma norma, culminando para a desordem social.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO NO BRASIL

Antigamente o Brasil não possuía um Código Penal e este se valia das leis estrangeiras para regular as situações não previstas em nosso ordenamento. Durante o período colonial brasileiro utilizava-se as Ordenações Filipinas como forma de regular o convívio social e estabelecer regras capazes de nortear o comportamento dos cidadãos. Em tais ordenações já havia uma previsão sobre o crime de estupro, entretanto este possuía outra nomenclatura, isto é, era chamado de praticar conjunção carnal “per força”, sendo punido com pena de morte, mesmo quando o autor do crime se casasse com a vítima.

Após a proclamação da Independência e com o surgimento da Constituição de 1824, esta determinou que fosse elaborado imediatamente um Código Criminal, o qual deveria ser fundado na justiça e equidade.

Desta feita em 1830 foi criado o Código Criminal do Império do Brasil, sendo a primeira a adotar a nomenclatura “estupro” para determinar o crime de conjunção carnal exercido mediante violência; ocorre que num primeiro momento somente a “mulher honesta” estava ao amparo legal, visto que quando se tratava de mulher da vida, chamada de prostituta, a pena era mínima (1 mês a 2 anos).

Diante da evolução social e de grande clamor, visto que muitos almejavam a proclamação da República, em 1890 foi criado o Código Penal da República, o qual adotou de forma terminativa a expressão estupro e o enquadrou no título da violência carnal, podendo tal crime ser praticado contra mulher virgem ou não, mas acima de tudo deveria esta ser honesta.

Na ortografia original havia a seguinte disposição:

Da violencia carnal.

(...)

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena – de prisão cellualar por um a seis annos.

§ 1.º Se a estuprada fôr mulher publica ou prostituta:

Pena – de prisão cellualar por seis meses a dois annos.

§ 2.º Se o crime fôr praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa, com violencia, de uma mulher, seja virgem ou não. Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral, os anesthesicos e narcoticos

Mais uma vez o Código apenas dava ampla proteção a “mulher honesta”, sendo que nos casos em que o estupro era praticado contra prostituta a mesma não possuía o devido amparo legal. Há ainda outro detalhe, o estupro exigia que houvesse conjunção carnal e somente a mulher poderia ser a vítima.

Em razão de este Código ser alvo de várias críticas e frente a alteração de vários dispositivos, visando completá-lo, em 1932 houve a Consolidação das Leis Penais, entretanto a mesma não alterou o crime de estupro, apenas fez algumas atualizações ortográficas.

Por fim houve o surgimento de vários projetos de reforma penal, culminando com o Código Penal de 1940, atualmente em vigor e passou a prever o crime de estupro no Título VI, Capítulo I, contendo a seguinte disposição: “Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de três a oito anos”.

A primeira alteração no crime de estupro ocorreu no ano de 1990 e foi feita pela Lei Federal nº 8.069 – ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), inserindo um parágrafo único em tal artigo, o qual aumentava a pena se a vítima fosse menor de 14 anos.

Ocorre que ainda em 1990, com a Lei Federal nº 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos) o crime de estupro teve sua redação alterada e tal delito passou a ser considerado hediondo, eis a nova redação: “Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de seis a doze anos”. Porém, tal crime fora novamente modificado, sendo que a redação de seu “caput” continuou a mesma, mas seu parágrafo único deixou de existir, sendo revogado pela Lei Federal nº 9.821/96.

Insta salientar que o Código Penal previa em seu artigo 224 a presunção de violência nos crimes sexuais e possuía ainda o artigo 214 que previa o crime de atentado violento ao pudor que consistia em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela fosse praticado ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

3.1 O Atual Conceito de Estupro e Outras Considerações

Com base na historicidade descrita é importante ressaltar que antes da alteração da Lei 12.015/09, o Código Penal previa o crime de atentado violento ao pudor no artigo 214 e o crime de estupro no artigo 213, sendo que este englobava apenas a conjunção carnal contra a mulher; entretanto, houve uma conjunção destes dois tipos penais, onde o estupro passou a compreender não somente a conjunção carnal como também o ato libidinoso, revogando-se assim o artigo 214.

Neste sentido não há que se falar em *abolitio criminis*, mas sim no fenômeno da continuidade normativo-típica, visto que, embora o dispositivo tenha sido revogado, seu conteúdo não deixou de existir, apenas migrou para outra norma, completando sua tipificação.

Assim ficou a atual redação do crime de estupro:

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

Caput com redação dada pela Lei n. 12.015, de 07.08.2009.

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

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

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

§2º Se da conduta resulta morte:
Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O crime de estupro era previsto entre os crimes contra os costumes e a intenção do legislador era proteger os bons costumes e os valores morais, mas a Lei nº 12.015/09 o reinsereu no título dos crimes contra a dignidade sexual da pessoa humana.

Há quem defenda que tal crime deveria ter sido inserido entre os crimes contra a pessoa, visto que se trata de liberdade sexual visando-se a proteção da autodeterminação sexual, que nada mais é do que uma vertente da dignidade humana, neste sentido temos David Teixeira de Azevedo, Costa Machado, dentre outros.

Segundo João Paulo O. Martinelli (2004, p.321) com relação à redação acerca do estupro temos a seguinte citação:

O constrangimento pode ser exercido por meio de violência (*vis corporalis*) ou grave ameaça (*vis compulsiva*), desde que diminua a capacidade de resistência da pessoa agredida. Se houver relação sexual consentida (leia-se, com consentimento válido), não há crime, pois o constrangimento é elemento do tipo, e sua ausência torna o fato atípico.

Logo temos que para que o delito seja configurado como estupro a relação sexual em nenhum momento deve ser consentida e caso haja violência a mesma deve ser corporal e a grave ameaça deve reduzir a capacidade de resistência da vítima.

Ainda sobre o consentimento da vítima, assim pondera Victor Eduardo Rios Gonçalves (2011, p. 515):

No crime de estupro, a vítima é coagida, obrigada a realizar o ato sexual. Premissa do crime, portanto, é o dissenso da vítima, isto é, que o ato seja realizado contra a sua vontade. Deve, ademais, ser um **dissenso sério**, que indique não ter a vítima aderido à conduta do agente.

Assim, temos que se em algum momento a vítima consentir com a prática do ato sexual, não se falar em estupro.

Com relação à tipificação de tal delito, no que tange ao ato libidinoso, Rogério Sanches Cunha (2014, p.467) pontua:

Pune-se o *ato de libidinagem* violento, coagido, obrigado, forçado, buscando o agente constranger a vítima à conjunção carnal, (conjunção normal entre sexos opostos) ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Logo temos que mesmo não havendo a conjunção carnal, o ato libidinoso deve ser feito através da violência ou da grave ameaça que pode se dar por violência moral, direta, justa ou injusta. De acordo com a maioria da doutrina, não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima, cometendo o crime o agente que, para satisfazer a sua lascívia, ordena que vítima explore seu próprio corpo (masturbando-se), somente para contemplação (tampouco há que se imaginar a vítima desnuda para a caracterização do crime – RT 429/380).

Tal ideia do estupro se concretiza com as seguintes palavras de Mirabete (2006, p.409): “A vontade de constranger, obrigar, forçar a mulher é o dolo do delito de estupro. Exige-se, porém, o elemento subjetivo do injusto (dolo específico) que é o intuito de manter conjunção carnal”.

Logo temos que com relação a tal delito, este somente admite a modalidade dolosa, visto que o objetivo do agente é constranger a vítima, mediante a violência ou a grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso.

Seguindo o posicionamento acerca do núcleo do tipo da conduta do agente, Cleber Masson (2014, p. 823) assevera que:

A coação da vítima se destina a uma finalidade específica, representada pela conjunção carnal ou ato libidinoso. Para viabilizar o constrangimento, o sujeito de vale de violência ou grave ameaça, legalmente previstos como **meios de execução** do estupro.

Ocorre que há posicionamentos contrários, defendendo não ser necessária nenhuma finalidade específica para configuração do crime de estupro e, neste sentido, a lição Fernando Capez (2004, p.6-7):

Entendemos que não é exigida nenhuma finalidade especial, sendo suficiente a vontade de submeter a vítima à prática de relações sexuais completas. O que pode causar certa dúvida é o fato de que tal crime exige a finalidade de satisfação da lascívia para a sua caracterização. Ocorre que se trata de um delito de tendência, em que tal intenção se encontra ínsita no dolo, ou seja, na vontade de praticar a conjunção carnal. Deste modo, o agente que constrange mulher mediante o emprego de violência ou grave ameaça, à prática de cópula vaginal não age com nenhuma finalidade

específica, apenas atua com a consciência e vontade de realizar a ação típica e com isso satisfazer sua libido (O até então chamado dolo genérico).

Vale lembrar que a prostituta também pode ser vítima de estupro, visto que esta teve sua dignidade violada, levando-se em conta o seu direito de autodeterminação sexual, bem como, a mulher casada também pode se valer deste mesmo posicionamento e sofrer o crime de estupro, praticado pelo marido.

Temos ainda que crime de estupro pode ser qualificado, verificando quando ocorrer também a lesão corporal, sendo indispensável que haja nexos de causalidade entre esta e o estupro. Além desta qualificadora, a Lei nº 12.015/09, trouxe outra relacionada à idade da vítima, sendo que quando for menor de 18 anos e maior de 14 anos, independentemente de gênero, haverá estupro qualificado.

Segundo a Doutrina, a idade da vítima não precisa ser exata, basta que inicialmente a mesma apresente a possibilidade de se saber que ela está numa das faixas etárias de grande fragilidade.

Há qualificadora também quando ocorrer a morte da vítima; entretanto, deve haver dolo com relação ao estupro e culpa com relação à morte, tratando-se de crime preterdoloso.

Com relação aos sujeitos do crime antes da Lei 12.015/09 tal delito era “bipróprio”, onde necessariamente o sujeito ativo deveria ser homem e o sujeito passivo a mulher, porém, após a mudança legislativa, passou a ser “bicomum”, visto que tanto o homem quanto a mulher podem ser o sujeito ativo ou passivo do delito, sendo admissível a coautoria e a participação.

O estupro também pode se configurar na modalidade omissiva, como por exemplo, quando a mãe sabe que seu companheiro mantém relações sexuais com seu filho ou filha e nada faz a respeito, sendo que a mesma possui o dever de proteger a prole e, caso se omita, responderá juntamente com o agressor.

Por fim temos que o estupro é um delito de tipo misto alternativo, pois o sujeito pode realizar uma ou mais condutas descritas no *caput* e em seus artigos; porém, se não houver o desmembramento de um resultado mais grave, o agente responderá somente uma vez pelo crime de estupro.

3.2 Do Estupro de Vulnerável

Feitas essas considerações, passemos a tratar do estupro com relação àqueles que a lei considera como sendo vulneráveis, conforme redação do Código Penal:

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

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

Nomen juris, caput e pena acrescentados pela Lei n. 12.015, de 07.08.2009.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou doença 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.

Tal crime antes descrito no revogado artigo 224, do Código Penal que tratava das hipóteses de violência presumida, isto porque antes da Lei 12.015/09, não existia um tipo específico, sendo que para sua configuração era preciso a junção dos artigos 213, 214 e 224, onde este último ao tratar da presunção de violência, considerava que a mesma era ficta ou presumida, isto por se tratar de relação sexual contra menor de 14 anos, visto que a lei não considera o consentimento dos mesmos como válido.

Com a nova redação dada pela lei, tal presunção deixou de ser relativa e passou a ser absoluta, tipificando a relação sexual com menores de 14 anos como crime autônomo. Nesse sentido, as ponderações de João Paulo O. Martinelli (2014, p. 326), com relação ao consentimento do ato sexual pelo menor de 14 anos:

A nova figura justifica-se pela fragilidade das vítimas envolvidas. Entende o legislador que o menor de 14 anos não possui maturidade suficiente para discernir sobre suas escolhas, especialmente quando houver envolvimento sexual. O consentimento da vítima abaixo dos 14 anos é inválido. O agente, por isso, merece a punição por se aproveitar de sua condição vulnerável.

Com base nesse ponto de vista, o autor entende que a pena se dá em razão da fragilidade da vítima, não sendo esta capaz de fazer escolhas, em face de sua idade, a qual não lhe permite o discernimento necessário para se manifestar em

alguns atos de sua vida, logo o legislador decidiu proteger a dignidade sexual do vulnerável, onde sua vulnerabilidade implica na invalidez de seu consentimento.

Insta salientar que com relação a este tipo penal, o legislador apenas trouxe a ideia da conjunção carnal ou do ato libidinoso, não tratando entretanto, da hipótese em que o crime é praticado com violência ou grave ameaça; porém a pena do agente será fixada com base não somente na idade da vítima, mas a forma como o crime foi praticado e é aqui que entra a figura da ameaça ou violência.

Sendo a idade da vítima uma elementar do tipo penal quando o sujeito pratica o ato sexual com menor de 14 anos, deve aquele ter plena e total consciência a respeito da idade.

Quando o agente acredita cegamente que o adolescente em questão é maior de 14 anos, não há que se falar em estupro, mas sim, em erro de tipo, o qual pode se evitável ou inevitável, não podendo ser confundido com a presunção relativa.

Em se tratando de pessoas com enfermidade ou doença mental ou qualquer vítima que não possa oferecer resistência, o estupro incide em sua modalidade qualificada, sendo que a lesão corporal de natureza grave e a morte da vítima também qualificam o delito, porém este tema não será aprofundado por não ser o foco do presente artigo que visa falar do ato sexual praticado contra menor de 14 anos e mentalmente capaz.

Insta salientar que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e o sujeito passivo é a pessoa vulnerável e a consumação pode ocorrer tanto com a prática do ato sexual, como pela realização de qualquer ato libidinoso, sendo admitida a forma tentada e com relação ao elemento subjetivo, somente é admitido o crime quando praticado de forma dolosa, não se admitindo a modalidade culposa.

4 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Atualmente muito se fala na evolução do século XXI, sendo que se compararmos os dias atuais com um período de 50 anos atrás, temos que tal evolução é enorme.

Segundo Rodrigo da Cunha (2003, p.12) a evolução da família possui três fases históricas:

No estado selvagem, os homens apropriam-se dos produtos da natureza prontos para serem utilizados. Aparece o arco e a flecha e, conseqüentemente, a caça. É aí que a linguagem começa a ser articulada. Na barbárie, introduz-se a cerâmica, a domesticação de animais, agricultura e aprende-se a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano; na civilização o homem continua aprendendo a elaborar os produtos da natureza: é o período da indústria e da arte.

Após a última fase, a família começou a se desenvolver e ao invés de andarem em bandos esta começou a se individualizar e a desenvolver relações afetivas entre os membros. Neste sentido, discorre Philippe Ariés (1978, p. 10-1):

Essa família antiga tinha por missão - sentida por todos - a conservação dos bens, a prática comum de um ofício, a ajuda mútua quotidiana num mundo em que um homem, e mais ainda uma mulher isolados não podiam sobreviver, e ainda nos casos de crise, a proteção da honra e das vidas. Ela não tinha função afetiva. [...] o sentimento entre os cônjuges, entre os pais e filhos, não era necessário à existência nem ao equilíbrio da família: se ele existisse, tanto melhor.

Com a evolução dos tempos a antiguidade e a contemporaneidade passaram a dar lugar ao surgimento do Direito Romano, no qual, a família passou a ter como base a figura masculina, chamado de *Pater famílias*, sendo que o mesmo detinha o poder de autoridade sobre toda a família, dando início então a expressão conhecido como “pátrio poder” que corresponde ao atual Poder Familiar.

O casamento era a origem da família, sendo que somente era tido como filho aquele gerado entre o homem e sua esposa, cabendo à mulher a criação dos filhos e os afazeres domésticos. Posteriormente houve o surgimento do Direito Canônico que introduziu a religião nas famílias e, sem seguida, veio a fase pós-modernidade, a qual passou a buscar não somente os deveres conjugais, mas a felicidade e o respeito entre os membros, desenvolvendo-se uma relação de amor entre estes, posteriormente chamada de “relação sócio afetiva”.

A família passou a ser regulada pela atual Constituição que em seu artigo 226 dispõe que a família é a base da sociedade.

Com relação à educação dos filhos, antigamente temos que inexistia qualquer preocupação com o desenvolvimento social e moral da criança, sendo que raramente a mesma estudava e quase sempre era posta para trabalhar desde a tenra idade.

Desenvolveu-se então a ideia de que aos pais cabia a proteção, o amparo aos seus filhos, fornecendo-lhes educação, amor, saúde, moradia, lazer, dentre outros direitos. Com relação a educação dos filhos, competia a mãe ensinar-lhe todos os valores sociais e morais.

Com o passar dos tempos e a evolução das cidades, começou-se a se criar o pensamento de que não bastava que a criança fosse educada somente pelos pais, mas que esta deveria ter uma formação complementar, a qual era fornecida pela escola, visto que esta se preocupava com o desenvolvimento psicológico da criança, ensinando-lhe não somente as matérias, mas também como se comportar durante toda a vida.

Deve haver então uma continuidade da educação, visto que a escola ensina além das matérias, os valores morais, os quais são ensinados nas aulas de sociologia, filosofia, estudos gerais, religião, sexologia, dentre outras matérias educativas e cabe aos pais dar continuidade nesta educação em casa, corrigindo comportamentos falhos das crianças.

Assim temos que não basta ensinar, mas sim, corrigir, visto que a criança quando começa a desenvolver sua vida escolar, está em um período de grandes transições e adaptações, logo esta deve ser sempre supervisionada, afim de que de fato siga as regras que lhe estão sendo traçadas.

4.1 A Educação Sexual da Criança

Há uma grande dúvida sobre quando os pais, durante a fase de desenvolvimento psicológico da criança, devem começar a tratar sobre o tema da sexualidade.

Tal tipo de educação vem sendo abordado em muitas escolas, a fim de que as crianças tomem consciência de que este é um assunto sério. Esta educação já vem sendo ensinada há alguns anos, em face da evolução tecnológica, a qual fez com que muitas crianças se desenvolvessem prematuramente.

Atualmente, uma garota com dez anos de idade não mais brinca com bonecas, como antigamente, normalmente ela quer celulares, *tablets*, para ter acesso às redes sócias, quer ir ao salão de beleza com a mãe, fazer as unhas, sair

para passear sozinha com as amigas. Isso nada mais é do que a consequência da era digital, abreviando a fase de “inocência” de uma criança. Adolescentes atualmente já passam maquiagens fortes, querem fazer cirurgias plásticas, muitas já namoram, almejam a tão sonhada festa de 15 anos.

Logo surge a dúvida a partir de qual idade devem os pais desenvolver a educação sexual dos filhos, frente a esta era tão evolucionista. Muitos pais não abordam a temática sexual com medo de que seus filhos comecem a praticar sexo, porém, o que é um grande erro, pois as crianças visando suprir suas curiosidades buscam na Internet todos os tipos de respostas e muitas vezes de forma inadequada ou deturpada.

Nos últimos dez anos a evolução tecnológica se espalhou de forma absurda, sendo que há trinta anos, tudo era muito diferente e pelo fato de muitos pais não terem tido a grande diversidade de coisas que existem voltadas para as crianças dos dias atuais, isto dificulta uma possível conversa com os filhos porque muitos pais não tiveram tal tipo de conversa no seu âmbito familiar, frente ao grande tabu sexual que existia antigamente.

Em uma matéria divulgada pelo portal G1, a sexóloga Laura Muller defende a seguinte ideia:

A casa deve ser um complemento da escola, um porto seguro, e os pais precisam estar abertos ao diálogo, apoiar uma educação sexual de qualidade, conversar sobre prática, prazer, afeto e diversidade.

Sexo é diferente de sexualidade. Sexo é o ato em si, já sexualidade é o jeito de cada um ser no mundo, homem ou mulher, de se relacionar com as emoções, os sentimentos e o mundo ao redor. O sexo é apenas um aspecto da sexualidade – que existe desde a infância

Ainda de acordo com a sexóloga, entre os 9 aos 16 anos, ocorre a primeira menstruação e a primeira ejaculação, sendo que tal fato geralmente ocorre aos 12 anos.

Segundo a psicóloga Adriana Caetano, em uma matéria virtual, divulgada pelo Site Máxima, a mesma tece o seguinte comentário:

Se eles não tiverem informação vão encontrá-la de qualquer maneira. E pode não ser a mais adequada. Quando começam a surgir as primeiras alterações físicas, há livros que podem ajudar. É importante também os pais mostrarem abertura para falar do tema. E mostrar abertura não é querer saber tudo o que se passa

A partir dos 12 anos, mais ou menos, é bom que já tenham lido livros orientados pelos pais e saibam onde podem consultar informação fiável. É bom também que já tenham feito perguntas e que pais e filhos tenham conversado sobre estes temas

Logo temos que a idade mais correta para abordar a questão da sexualidade é por volta dos 12 anos, ou antes disso, dependendo da forma como o adolescente se comunica com seus pais.

4.1.1 O consentimento do menor de 14 anos na prática do ato sexual

Diante da evolução tecnológica, não mais se prega a ideia de castidade e com isso muitos adolescentes começam a iniciar a sua vida sexual de forma antecipada, visto que descobrem a sensação de prazer que seus órgãos genitais possuem e frente á este prazer decidem explora-lo cada vez mais, até por fim realizarem o ato sexual.

É inegável que muitas meninas de 14 anos, não aparentam tal idade, visto que a forma como elas crescem e se desenvolvem, física e moralmente, é completamente diferente da forma como os adolescentes foram criadas há algumas décadas.

Sendo assim não mais se pode imaginar que tais adolescentes não sabem o que estão fazendo ao realizar o ato sexual, pelo contrário, diante da vasta gama de informações que as cercam e a facilidade que as mesmas são expostas, visto que não somente a *Internet* trata de tal tema, mas a escola, os pais, os amigos, é inegável e inaceitável que se defenda a ideia de que antes de completar 14 anos a pessoa seja tratada como vulnerável.

Muitas meninas começam a se interessar por rapazes desde os 8 anos de idade, sendo que aos 10 geralmente costumam dar o “primeiro beijo” e por volta dos 11 ou 12 anos já estão namorando.

Segundo dados divulgados no portal R7, em pesquisa feita pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) no ano de 2013, o PeNSE (Pesquisa Nacional de Saúde Escolar), 28,7% dos estudantes na faixa etária de 13 a 15 anos já tiveram relação sexual, sendo que foram entrevistados mais de 110 mil alunos.

Logo temos que a prática de sexo entre menores de 14 anos, sejam estes meninos ou meninas, é muito mais comum do que se imagina, isto porque tal pesquisa ouviu somente uma pequena parcela dessa população, a qual é muito maior e, se a pesquisa tivesse sido realizada em todo o Brasil, os dados seriam maiores.

Neste ponto, vale ressaltar que há uma diferença entre criança e adolescente, sendo que este último é aquele que já deu início a transição para a vida adulta, visto que já conhece todos os valores morais e sociais e sabe o que pode e o que não pode ser feito e até os 18 anos estará em processo de formação de caráter, o qual irá guiá-lo em sua vida adulta.

Para o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), em seu art. 2º, considera-se como criança a pessoa com até 12 anos incompletos e adolescente aquele que possui entre 12 e 18 anos de idade, dispendo o seu art. 241-D que aliciar, assediar, instigar ou constranger **criança**, com o fim de com ela praticar ato libidinoso, constitui crime.

Ora, se o próprio ECA dispõe que criança é a pessoa com até 12 anos, o qual está em processo de formação psicológica e moral, o mínimo que se pode defender é que pessoa vulnerável é aquele que compreende de 0 até 12 anos e não 14 anos, como está no Código Penal.

Sobre esse tema, Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 37-38), traz o seguinte posicionamento:

Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato 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? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção ao menor de 14 anos continua rígida. Creemos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer,

do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos).

Diante disso, podemos concluir que deve o legislador se adequar ao ECA e à evolução dos tempos, visto que este se encontra estagnado no cenário do Brasil antigo, não sendo mais possível aceitar a ideia de que todo aquele menor de 14 anos é vulnerável, mesmo quando este possui completo discernimento sobre o que é o ato sexual e já o pratica.

Defendendo tal posicionamento existem inúmeros julgados de nossos Tribunais, para os quais a presunção é relativa, visto que quando o adolescente pratica o ato por livre e espontânea vontade, com total consentimento sobre a prática sexual, não há que se falar em estupro de vulnerável e muito menos na existência de crime.

No ano de 2013, a juíza Adriana Costa de Oliveira, da 3ª Vara Criminal de Vila Velha, nos autos do processo 035100950522, ao julgar uma ação proposta pelo Ministério Público, absolveu um homem que estava sendo acusado do crime de estupro de vulnerável, por ter este praticado ato sexual com uma menina menor de 13 anos de idade. Segundo consta a menor já tinha um filho com o acusado, sendo que esta fora abandonada por seus pais e vivia com seus avós.

O Ministério Público apelou e o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, por sua 2ª Câmara Criminal manteve a absolvição, em decisão relatada pelo Desembargador Adalto Dias Tristão, tendo os Desembargadores Fernando Estevam Bravin Ruy e Telêmaco Antunes, seguido seu voto.

De acordo com tal decisão, desde que haja consentimento válido, não há crime praticar ato sexual com menor de 14 anos.

Nítido se faz esclarecer que o presente artigo não visa a impunidade e muito menos que tal posicionamento seja aceito quando alguém pratica sexo com qualquer pessoa de qualquer idade abaixo de 14 anos. O que se busca aqui é a razoabilidade, sendo que há que se analisar o contexto em que a suposta vítima foi criada e quais as informações que esta possui sobre sexo, onde por volta dos 12 anos é completamente possível que um adolescente possa praticar o ato sexual, sem que seu parceiro seja tido como esturador.

Não podemos, entretanto alegar que uma pessoa que pratica o ato sexual com uma criança de 8 anos não esteja abusando de sua vulnerabilidade,

logo, se trata de crime de estupro de vulnerável, mesmo que esta consinta com o ato, pois é sabido por todos que tal idade não permite tal conhecimento acerca da prática de sexo.

Deve-se buscar sempre a razoabilidade onde, no máximo, podemos alegar que após os 10 ou 12 anos, é perfeitamente aceitável que o adolescente deseja praticar ato sexual, pois é nessa idade que começa a se manifestar os desejos sexuais e a descoberta do próprio corpo.

Mesmo antes da edição da Lei nº 12.015/09 há que se discutir sobre a questão da violência presumida ser absoluta, pois quando há consentimento não há que se falar sequer na existência de violência, porém o foco do presente artigo é com relação à junção do crime de atentado violento ao pudor com o crime de estupro, quando se tratar de vítima menor de 14 anos.

Outro caso que merece destaque é o acórdão julgado pela 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo que absolveu o acusado de ter praticado estupro de vulnerável contra menor de 13 anos, o qual teve como presidente o desembargador Pedro Menin, seguido pelos desembargadores Souza Nucci e Alberto Mariz de Oliveira, de cuja apelação criminal com pedido de revisão nº 0003506-55, se extrai a seguinte ementa:

Atentado violento ao pudor Vítima Robson menor de 14 anos à época dos fatos – Violência presumida Caráter absoluto – Não ocorrência. Ofendido que demonstra possuir discernimento do ato praticado. Circunstâncias comprovadas pelas declarações da própria vítima e pela prova testemunhal. Tipo penal não configurado Absolvição mantida Admissibilidade. Crime Contra Criança e Adolescente – Artigo 24-A da Lei 8.069/90 Condenação Não cabimento – Réus que não submeteram as vítimas a exploração sexual, pois manter relação sexual não significa explorar – Absolvição mantida – Apelação ministerial improvida.

Outro caso emblemático, foi julgado pelo juiz de direito Lucas Gajardoni Fernandes, onde o réu era acusado da prática de crime de estupro de vulnerável contra três meninos, os quais eram seus alunos, em razão penal movida pelo Ministério Público.

Ao decidir, o magistrado absolveu o acusado da prática de tal crime. Uma das supostas vítimas possuía na data dos fatos 13 anos de idade e ao ser ouvido contou com riqueza de detalhes todos os fatos e alegou que fora ele quem foi até a residência do acusado, sendo que o mesmo foi quem manifestou o desejo de praticar o ato sexual e também contou que seu irmão já havia praticado ato sexual

com o mesmo, sendo que este ao saber de tal fato decidiu procurar o então acusado. Confessou ainda que além deste, também praticou ato sexual com outra pessoa.

Vale a pena destacar um trecho da decisão:

Com efeito, existe a previsão legal da violência presumida quando o ofendido contar com menos de 14 anos de idade, porém essa presunção de violência absoluta deve ser relativizada, analisando-se cada caso individualmente, considerando suas peculiaridades.

Ora, se o próprio Tribunal de Justiça, o qual julga diariamente diversos casos, entende que a presunção de violência deve ser relativizada, nada mais justo do que a Lei se adequar a tal posicionamento, visto que este trabalha diariamente com situações fáticas e concretas do cotidiano, enquanto a Lei apenas se destina a regular situações hipotéticas, a qual não possui certa sensibilidade ao caso concreto, devendo esta se adequar aos posicionamentos postos na prática, para assim tentar regular e punir de forma efetiva, quem de fato merece punição.

Neste sentido já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

É relativa a presunção de violência pela idade prevista no art. 24, 'a' do CP, pois fundada no grau de inocência de cada vítima quanto à vida sexual. Desta forma, se a ofendida, embora contasse com menos de 14 anos à época dos fatos, mostrava-se aparentemente informada sobre práticas sexuais, revelando capacidade de autodeterminar-se no terreno da sexualidade, não há se falar em crime de estupro, pois em tal hipótese, inexistente a presunção de violência" (RT 823/583)

Seguindo este posicionamento há que se destacar outro caso, o qual não pode ter seu número revelado por tramitar sob sigilo judicial, no qual a Terceira Turma do Eg. Superior Tribunal de Justiça, absolveu um homem que estava sendo acusado de praticar estupro de vulnerável, por ter praticado sexo com três adolescentes de 12 anos.

De acordo com a Ministra Relatora, Maria Thereza de Assis Moura, o fato das garotas já se prostituírem a tempos, faz com que o bem jurídico tutelado (no caso a liberdade sexual) deixe de existir, logo se o ato não viola um bem jurídico não pode ser considerado crime.

Na época dos fatos a presunção de violência era considerada absoluta e mesmo diante desse fato o Juízo de 1ª Instância decidiu pela inocência do

acusado, decisão esta que também fora confirmada no Tribunal de Justiça de São Paulo, visto que as menores já se dedicavam à prática do ato sexual há certo tempo, fato que fora confirmado pela mãe de umas das menores.

Segundo ficou provado, as menores não eram ingênuas, inocentes e muito menos desconheciam informações acerca da prática do ato sexual; logo, não há que se falar em crime de estupro.

Quando o recurso foi levado ao STJ a Quinta Turma decidiu por condenar o acusado, entendendo tratar-se de presunção absoluta de violência e com isto a defesa apresentou embargos de divergência para a Terceira Turma que, por sua vez, alterou a decisão reanalisando o caso concreto, ressaltando que a presunção de violência deve ser relativizada e, dessa forma, no reexame decidiu-se pela relativização da violência no crime de estupro.

Segundo as palavras da relatora não se pode ignorar o fato concreto, mesmo quando se trate da proteção do desfavorecido, isto porque há que se analisar se a situação fática se enquadra no tipo penal, onde se deve verificar se a conduta da suposta vítima culminou com o afastamento do tipo penal.

Há que se analisar o seguinte trecho do julgado:

O direito não é estatístico, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais.

Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado a liberdade sexual, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo.

Ora, diante de tais palavras, justo se considerar que o Direito não deve ser estatístico e jamais se estagnar, devendo ser sensível ao caso concreto para que assim possa atender a todos eles.

Além dos casos acima citados existem inúmeros julgados de diferentes Tribunais que se manifestaram no mesmo sentido, entendendo que a lei encontra-se ultrapassada pela realidade social fática cabendo, portanto, aos julgadores, como interpretes da lei, adequá-la ao caso concreto, para que assim se evitem injustiças e julgamentos errôneos.

CONCLUSÃO

É fato que as informações acerca do sexual estão presentes em todos os lugares e de diversas formas, fazendo com que cada dia mais não se possa alegar inocência ou desconhecimento por parte daquele que decide praticar o ato sexual, sendo assim, independentemente de idade, há que se analisar a situação fática, pois nem sempre o ato sexual praticado por menor de 14 anos pode ser considerado estupro.

Diante dos casos apresentados e de tudo o que fora exposto, nada mais justo que tal entendimento passe a ser mais utilizado na prática, visto que a presunção de violência deve sempre ser relativizada, onde o julgador ao analisar o caso concreto, deve verificar as circunstâncias fáticas, para que assim, ao julgar possa fazer isto da melhor maneira possível.

Quando existir consentimento e vontade, não há que se falar em crime, e sim em uma mera conduta, a qual não possui tipicidade, visto que é comum a prática do sexo, sendo algo inerente ao ser humano e toda pessoa que se desenvolve, passa conseqüentemente, a ter seus instintos aflorados, fazendo com que tal sentimento seja exteriorizado com a realização do ato sexual.

É justamente na idade entre 10 e 14 anos que tais instintos começam a aflorar e devido ao fato do sexo ser considerado um ato normal, visto que o tabu que existia antigamente hoje em dia não mais persiste, é natural que o adolescente busque a sua satisfação pessoal, a qual ocorre através do ato sexual.

Devemos considerar que os tempos evoluíram e o sexo, quando realizado consensualmente, por pessoas que já possuam idade para ter o necessário entendimento sobre tal ato, não pode ser considerado crime.

Concluimos então que há que se analisar a situação fática, deixando-se de lado a questão da violência presumida e passando a considerar válido o consentimento do menor de 14 anos, pois nem sempre tratar-se-á de pessoa inocente e desinformada. Assim, devem o legislador e o magistrado evoluir com o tempo e, diante de falha, omissão ou incoerência da Lei que não acompanha a evolução da sociedade, cabe ao julgador se adequar aos tempos modernos e decidir de acordo com o caso concreto, para assim julgar de forma válida e sem erro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA Brasil. **Saúde**. Pesquisa aponta que 28% dos adolescentes entre 13 e 15 anos já tiveram relação sexual. Disponível em: <
<http://noticias.r7.com/saude/pesquisa-aponta-que-28-dos-adolescentes-entre-13-e-15-anos-ja-tiveram-relacao-sexualnbsp-19062013>> Acesso em 12.09.2014

ARIÉS, Philippe. **História social da criança e da família**. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª Ed. Editora RT.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15.ed.rev, atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2004, v.2 (4 ed.); v.3 (2 ed.).

CÓDIGO Penal e Código de Processo Penal.IN: VadeMecum. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSME, Antônio. Assessoria de comunicação do TJES. **Decisão excepcional absolve acusado de estupro**. Disponível em: <
http://www.tjes.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7553:decisao-excepcional-mantem-absolvicao-de-acusado-de-estupro&catid=3:ultimasnoticias>
Acesso em: 12.09.2014

CONSTITUIÇÃO Federal de 1988 IN: VadeMecum. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

CUNHA, Rodrigo da cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**. 6ª.ed. Editora Jus Podivm. 2014.

D'ALAMA, Luna. **Saiba como falar sobre sexo em cada idade na faixa de 0 a 17 anos**. Disponível em: <
<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2013/06/livro-mostra-como-falar-de-sexo-em-cada-idade-na-faixa-de-0-17-anos.html>> Acesso em 11.09.2014

DILL, Michele Amaral e Thanabi Bellenzier Calderan. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. Disponível em: <
http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>
Acesso em 11.09.2014

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. Campinas: Russell, 2003.

FIGUEIREDO, Mariza. **Sexualidade dos nossos filhos**. Disponível em: <http://www.maxima.xl.pt/artigos-familia/14908-sexualidade-dos-nossos-filhos.html?showall=1&limitstart=>> Acesso em 11.09.2014

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão (em português)**. 36ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

FREITAS, Lauro de. **Evolução das penas no direito penal, sobre a origem das penas**. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=760> Acesso em 13.10.2013 Acesso em 29.08.2014

GABRIEL, Caetano Bastos. **A Evolução Histórica da Criminologia e a Acepção Moderna de Crime**. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-historica-da-criminologia-e-a-acepcao-moderna-de-crime,32015.html>> Acesso em 01.09.2014

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**/Victor Eduardo Rios Gonçalves – São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Elementos do direito penal**. 3ª.ed. São Paulo, 2001.

Lei de Execuções Penais. nº7.210/1984 IN: VadeMecum. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Costa (organizador), David Teixeira de Azevedo (coordenador). **Código penal interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 4. ed. – Barueri, SP: Manole, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal parte geral (arts. 1º ao 120)** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO 2010.

MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 2. ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO 2014.

MARTINS, José Renato. **O delito de estupro após o advento da Lei 12.015/09 questões controvertidas em face das garantias constitucionais**. Disponível em: < <http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>> Acesso em 05.09.2014

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial**. São Paulo: Atlas. v. 2 (24. ed., 2006); v. 3 (21. ed., 2006)

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: RT, 2009

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

PODER JUDICIÁRIO. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Acórdão. Apelação nº 0003506-55.2008.8.26.0696. Disponível em:
<<http://s.conjur.com.br/dl/estupro-vulneravel.pdf>> Acesso em 12.09.2014

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – parte geral, arts. 1º a 120**. V. 1. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa**. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3067891/presuncao-de-violencia-contra-menor-de-14-anos-em-estupro-e-relativa>> Acesso em 13.09.2014

WIKIPEDIA .**O que é crime**. Disponível em
<<http://pt.wikipedia.org/wiki/Crime>> Acesso em 01.09.2014

XADAI. Breve história da pena. Disponível em
<<http://xadai2.blogspot.com.br/2008/11/breve-histria-da-pena.html>> Acesso em 02.09.2014.