

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL – UEMS

UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAIBA

Eduardo de Assis Maia

**RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE: Uma análise do estupro de vulnerável
com enfoque no Princípio da Presunção de Inocência e no ECA**

**Paranaíba/MS
2015**

Eduardo de Assis Maia

**RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE: Uma análise do estupro de vulnerável
com enfoque no Princípio da Presunção de Inocência e no ECA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
– UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba,
como Exigência parcial para bacharelado do
curso de Direito.

Orientação: Prof. Esp. Roberto Carlos Alves de
Oliveira Junior

**Paranaíba/MS
2015**

M185r Maia, Eduardo de Assis

Relativização da vulnerabilidade: uma análise do estupro de vulnerável com enfoque no princípio da presunção de inocência e no ECA/ Eduardo de Assis Maia. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2015.

61f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Esp. Roberto Carlos Alves de Oliveira Junior.

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Estupro de Vulnerável. 2. Vulnerabilidade. 3. Consentimento. 4. Presunção de Inocência. I. Maia, Eduardo de Assis. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 345

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

EDUARDO DE ASSIS MAIA

**RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE: Uma análise do estupro de vulnerável
com enfoque no Princípio da Presunção de Inocência e no ECA**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba.

Aprovado em ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Orientador:

Prof. Esp. Roberto Carlos Alves de Oliveira Junior
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof^a. Esp. Marília Rulli Stefanini
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof^a. Me. Ana Carla Sanches Lopes Ferraz
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem Ele nada em nossas vidas seria possível. Dedico também à minha família: minha base, meu alicerce, meu porto seguro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todos os dons e bênçãos, pela vida, pela saúde, por não me deixar perder a fé nos momentos difíceis, por sempre Se mostrar presente em minha vida e na vida de meus familiares, cuidando de cada um. Agradeço à família, que sempre que me apoiou e sempre me deu suporte em tudo que fiz em minha vida, mesmo que para eles representasse um fardo deveras pesado. Agradeço especialmente ao meu irmão pela motivação em todos os meus projetos, agradeço à minha mãe, o anjo que o Senhor colocou em minha vida, por toda preocupação excessiva, pelas inúmeras ligações, todos os dias, mesmo morando comigo, e, principalmente, agradeço por gastar algum tempo dos seus dias para pedir a Deus por mim.

Agradeço ao orientador e amigo, Robertinho, sim, Robertinho, afinal, ele não ficaria muito contente se eu tornasse público, neste trabalho, que o nome dele é Roberto Carlos, pela compreensão, paciência, por acreditar em mim quando eu não quis acreditar e por estar sempre disponível, inda que de madrugada, para me auxiliar, mesmo com um ano corrido e difícil, tanto para mim quanto para ele.

Agradeço ao refluxo, por não conseguir cantar durante quase 06 meses, pela ansiedade, pela depressão, pelos 05 kg a menos, pelo único fio de cabelo branco que brotou em minha frente no ano corrente, o qual não retirei por receio que nascessem outros três. Agradeço por ter vencido tudo isso e voltar a cantar e agradeço à música, por me fazer enfrentar a timidez e tantos outros problemas, por me tornar mais seguro, mais confiante.

Agradeço aos 182 km que tive que enfrentar todos os dias de Cassilândia a Paranaíba e por passar 3h do meu dia dentro de um ônibus, durante 05 anos. Agradeço às aulas excelentes que tive nesses 05 anos e às que não foram tão excelentes assim, agradeço à turma do 5º ano noturno, agradeço às matadas de aula e às ficadas nos cantos da universidade.

Agradeço pela oportunidade de estagiar em escritório de advocacia, no Fórum da comarca de Cassilândia, mas, sobretudo, por estagiar durante um ano no Ministério Público Estadual, pois foi neste estágio, em debate com o Promotor de Justiça, Dr. Adriano Lobo, que escolhi o tema do presente trabalho.

Por fim, agradeço pela experiência adquirida, por estar vivo e cheio de sonhos e por saber que, de agora em diante, o futuro nos espera, com perdão do clichê.

*“Vê-se, todos os dias a sociedade reformar a lei;
nunca se viu a lei reformar a sociedade.”*

Jean Cruet

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo realizar um estudo sobre o crime de estupro de vulnerável, inserido pela Lei nº 12.015/09, no Código Penal brasileiro, tipificado no artigo 217-A, e contrapor a vulnerabilidade absoluta ao Princípio da Presunção de Inocência, estabelecido na Constituição Federal. Para tanto, aborda a evolução do Direito Penal pátrio em matéria de crimes sexuais, desde o período imperial até à Lei nº 12.015/09, com a individualização das generalidades do tipo penal disposto no artigo 217-A, do Código Penal, e um estudo pormenorizado do Princípio da Presunção de Inocência. Traz-se, ainda, a elucidação dos conceitos de adolescente e criança estabelecidos no ECA, assim como o reconhecimento de seu discernimento e capacidade volitiva perante o mesmo diploma. Para que se evidencie a divergência de entendimento dos tribunais, o presente trabalho destaca jurisprudências atuais. Neste intuito, utiliza-se de pesquisas bibliográficas e autores que versam sobre a temática exposta, além de revistas especializadas, acesso à rede mundial de computadores e outros, se atendo a uma metodologia indutivo-dedutiva.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável, Vulnerabilidade, Consentimento, Presunção de Inocência

ABSTRACT

This course conclusion research is scope to conduct a study on the crime of indecent assault of vulnerable, inserted by Law No. 12,015 / 09 in the Brazilian Penal Code, typified on the article 217-A, and counteract the absolute vulnerability to the Principle of Presumption of Innocence, established in the Federal Constitution. It thus, explores the evolution of Brazilian criminal law relating to sexual crimes, since the imperial period until Law No. 12,015 / 09, with the individualization of the generalities of the criminal offense provisions on article 217-A of the Criminal Code, and detailed study of the Principle of Presumption of Innocence. It brings also the elucidation of the concepts of adolescent and child established in the ECA, as well as the recognition of their recognition and volitional capacity before the same degree. For that evidences the divergence of understanding of the courts, this research contrast current jurisprudence. In this order, uses bibliographical searches and authors who deal with the themes exposed, besides specialized magazines, access to the worldwide network of computers and other, sticking to an inductive-deductive methodology.

Keywords: Indecent Assault of Vulnerable, Vulnerability, Consent, Presumption of Innocence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: DO DIGESTO À TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CP)	10
1.1 Influência do Direito Romano e origem da presunção de violência	10
1.2 A presunção de violência no Direito Penal Brasileiro	12
1.3 A Lei nº 12.015/2009 e seus reflexos na esfera Penal	20
2 GENERALIDADES DO ARTIGO 217-A CP	23
2.1 Conceito	23
2.2 Núcleo do Tipo	23
2.3 Elementos Normativos	23
2.4 Elemento Subjetivo	24
2.5 Sujeito Ativo e Sujeito Passivo	25
2.6 Consumação e Tentativa	26
2.7 Qualificadoras	26
2.8 Causas de Aumento de Pena	26
2.9 Pena e Ação Penal	27
2.10 Segredo de Justiça	28
2.11 Bem Jurídico	29
3 A VULNERABILIDADE SOB O ENFOQUE PRINCIPIOLÓGICO	33
3.1 Da Presunção do Estado de Inocência	33
3.2 A capacidade de discernimento e consentimento do adolescente para o ECA	40
3.3 Levantamento Jurisprudencial	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	52
APÊNDICES	55
APÊNDICE A – QUESTIONÁRIO – PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE	57
APÊNDICE B – RESPOSTA DO QUESTIONÁRIO SOBRE PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE	59

INTRODUÇÃO

A lei nº 12.015/2009 tipificou o crime de “Estupro de Vulnerável” ao inserir o artigo 217-A no Código Penal Brasileiro com a seguinte redação “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” (Código Penal Brasileiro, Lei nº 2.848/1940, artigo 217-A, caput)”.

Referido artigo, embora tenha suprimido a menção expressa, traz em seu bojo resquícios da “presunção absoluta de violência”, ao evidenciar a “vulnerabilidade absoluta”, para qualquer ato libidinoso praticado com pessoa menor de 14 (catorze) anos. Assim sendo, independentemente de consentimento, aquele que praticar a ação descrita no tipo acima deverá ser punido com pena de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Estabelecer um critério estritamente objetivo ao se tratar de um crime tão complexo é um risco alto, pois, o Direito Penal põe em xeque pontos preciosos, como a liberdade, garantia fundamental de todo e qualquer indivíduo e o efeito devastador que a pecha de criminoso, ainda mais em se tratando de crimes contra a dignidade sexual, traz para a vida social do indivíduo.

O primeiro capítulo trata da contextualização histórica dos crimes sexuais, até à Lei nº 12.015/09, com intuito de mostrar a evolução do Direito, em se tratando da proteção da dignidade sexual.

O segundo capítulo busca fazer uma individualização do crime de estupro de vulnerável, disposto no art. 217-A do Código Penal, analisando suas características e seus desdobramentos.

O terceiro capítulo traz a problemática em si, com foco no princípio da presunção de inocência, contrapondo, ainda, o critério etário mantido no art. 217-A, CP, ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O mesmo capítulo também colaciona jurisprudências atuais dos tribunais superiores e de alguns dos principais tribunais de justiça do país.

Para alcançar os objetivos traçados, a pesquisa realizada tem como base pesquisas bibliográficas e autores que versam sobre a temática exposta, além de revistas especializadas, acesso à rede mundial de computadores e outros, se atendo a uma metodologia indutivo-dedutiva, sob o prisma do Princípio da Presunção de Inocência.

Neste sentido é relevante frisar que o presente Trabalho de Conclusão de Curso não tem por finalidade precípua esgotar o tema proposto, mas discutir o assunto de forma ampla com base na doutrina atual. A pretensão é desenvolver a temática apresentada e abordar outros princípios relacionados em trabalhos futuros.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: DO DIGESTO À TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CP)

1.1 Influência do Direito Romano e origem da presunção de violência

Antes que se aprofunde nos temas “presunção de violência” e “vulnerabilidade”, é necessário compreender o contexto histórico em que estão inseridos, quando, como e porquê surgiram, assim como a intencionalidade de quem assim legislou.

Nas legislações mundiais sempre se buscou dizer o que é moralmente aceito no âmbito de cada sociedade. Sobretudo no caso do Direito Penal, em se tratando de crimes sexuais, há uma real necessidade de tutela do Estado em prol do menor, que proteja sua dignidade e lhe garanta a liberdade de seu comportamento sexual.

A concepção da ideia de presunção de violência, do modo como fora aplicada no Direito Penal brasileiro atual, tem sua origem no Direito Romano, embasada no Digesto, promulgado em 15 de dezembro de 523, a mando de Justiniano I, reunindo fragmentos de obras de mais de 40 juristas do período clássico. O Digesto, ou Pandectas, que conforme Silva (2014, p. 10), “trata-se de uma espécie de repositório oficial de jurisprudência do Império Romano” e representava a mais relevante compilação jurídica da época.

Prático do período medieval, Carpsovio, em sua obra intitulada *Practica Nova Rerum Criminalium*, influenciado por passagens de Pompônio (*os dementes e os interditos tem vontade nula*) e Celso (*o pupilo nem quer, nem deixa de querer*) contidas no Digesto, criou o princípio *Qui velle non potuit, ergo nolui*, que, trocando em miúdos, quer dizer “Quem não pode querer, não quer, quem não pode consentir, dissente” e foi adotado em muitos países, com critérios etários distintos em relação à idade mínima para se tornar válido o consentimento da menor no ato sexual. (PIERANGELI, 1999)

Fragoso (apud PRADO, 2002, p. 268) apresenta o raciocínio utilizado por Carpsovio e incorporado por legislações em todo o mundo:

Nessa época, Carpsovio, com base em duas passagens do Digesto, um de Pompônio, que dizia que os dementes e interditos têm vontade nula, e outra de Celso, que afirmava que o pupilo nem quer, nem deixa de querer, estabeleceu o postulado segundo o qual quem não quer nem pode querer, dissente; logo, os atos libidinosos praticados contra os menores e doentes mentais têm caráter violento, o que motivou a inserção dessa presunção em várias legislações penais.

Há que se ressaltar que o princípio elaborado por Carpsovio foi contestado por alguns autores, como Hommel e Leysel, os quais afirmavam que o incapaz de querer também é incapaz de não querer, não havendo razão para se presumir o dissenso. (FRAGOSO, 1981)

Hungria (1956) não descarta a possibilidade de o menor ou deficiente mental consentir, no entanto, afirma que tal consentimento, dentro do âmbito jurídico, não tem validade. Assim, vejamos:

Fora do ponto de vista jurídico, não se pode dizer que os impúberes ou dementes são necessariamente incapazes de querer ou de consentir. Nem sempre estão impossibilitados de manifestar sua vontade ou consentimento, embora não lhes possa dar valor jurídico. (HUNGRIA, 1956, p. 234).

Na contramão dos ensinamentos carpsovianos, surgiu na Alemanha o *stuprum nec voluntarium nec violentum*, conhecido por *Schändung*, denominação utilizada para caracterizar a conjunção carnal, sem violência, com mulher alienada, embriagada, ou adormecida, ou com uma impúbere. A doutrina da época fazia distinção entre violência real e ficta, que deveria ser analisada de forma mais branda, por se tratar de sedução presumida e não violência presumida.

Atualmente, as legislações alemã e italiana, neste caso tanto nos códigos de Zanardelli quanto de Rocco, se utilizam do sistema de equiparação, pelo qual a falta de consentimento válido ou a impossibilidade de resistência são equiparadas à violência.

O douto jurista Francesco Carrara critica o sistema acima, em sua obra *Programa de derecho criminal*:

Por esto, si el incapaz de consentir debe considerarse como renuente, pues qui velle non potuit noluit [El que no puede querer no quiere]; si el causarle perjuicio a una persona demente o impuber debe tenerse como un acto acompañado de violencia inductiva, y si esta violencia inductiva equivale, en cuanto a sus efectos juridicos, a la violencia verdadera, yo pregunto: ¿ por qué no se castiga como reo de *hurto* con violencia al que le roba una joya de una niña o a una demente, aunque estas, por falta razón no se le resistan? Yo quería que los defensores de la equiparación respondiesen a esta pregunta. Y además ¿ por qué el hurto recibe de la violencia una calificante tan grave? ¿Y por qué el estupro es tan gravemente calificado por ella? Evidentemente, porque en la violencia empleada como *medio* para llegar a un fin, sea de liviandad o de avidez, se manifiesta la violación de un derecho precioso, como lo es el de la libertad individual. (CARRARA, 1986, p. 206).¹

¹Portanto, se o incapaz de consentir deve ser visto como relutante, pois qui velle qui non potuit noluit [o que não pode querer não quer]; causar dano a uma pessoa demente ou impúbere deve ser tido como um ato acompanhada de violência indutiva, e se essa violência indutiva equivale, em termos de seus efeitos jurídicos, à violência real, eu pergunto, por que não é punido como culpado de roubo com violência aquele que rouba uma jóia de uma criança ou de um doente mental, ainda que estes não resistam? Eu queria defensores da equiparação respondessem a esta questão. E também, porque o furto recebe uma qualificadora tão grave da violência? E por que o estupro é tão gravemente calificado por ela? Obviamente, porque na violência usada como um meio para

Como se vê, no posicionamento do referido autor, a violência geralmente é utilizada como agravante de um crime, sendo prevista à parte, o que torna a equiparação da ausência de consentimento válido ou resistência à violência um excesso, vez que se presume uma violência que de fato pode não ter ocorrido.

Entretanto, a presunção de violência sempre teve, por seus defensores, a justificativa de que o menor, dentro de um critério etário estabelecido, e o alienado não possuem capacidade para manifestar consentimento válido, havendo necessidade de se presumir que os atos sexuais praticados com eles, ainda que consentidos, devem ser presumidamente violentos, posto que não há, para estas pessoas, discernimento do que realmente significa o ato sexual e quais as suas consequências.

1.2 A presunção de violência no Direito Penal Brasileiro

Durante o período colonial brasileiro vigorava nas terras descobertas o Direito Lusitano, oriundo da Coroa portuguesa, e, ainda que não houvesse uma menção clara à presunção de violência no tocante aos crimes sexuais, era possível percebê-la nos meandros legais.

O Livro V das Ordenações Filipinas regulava o direito penal da época e assim previa o delito “Dos que dormem com mulheres órfãs, ou menores que estão a seu cargo”:

E se algum Tutor, ou Curador, ou outra qualquer pessoa, que tiver órfã, ou menor de vinte e cinco anos em sua caza em guarda, ou por soldada, postoque órfã não seja, stando em fama de virgem postoque virgem não seja, com ella dormir, será constringido pagar à dita órfã, ou menor, o casamento em dobro, que ella merecer, segundo a qualidade de sua pessoa. E além disso será preso e degradado por oito anos para África.²

O legislador do mencionado período se utilizou de espécie de presunção de violência, mesmo que não tenha sido de forma clara, ao estabelecer que tutor, curador, ou qualquer pessoa que tivesse relações sexuais com menor de 25 anos que estivesse sob sua guarda ou em sua casa, independentemente de consentimento, havendo violência real ou não, sofreria sanção. Inclusive, denota-se desde então o estabelecimento de um critério etário, apoiado por

um fim, seja por leviandade ou a ganância, se manifesta a violação de um direito precioso como a liberdade individual. (Tradução nossa)

² Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1172.htm>>. Acesso em: 15.06.15

uma parte e rejeitado por outra, que passaria a estar presente na legislação acerca dos crimes sexuais.

Já no período imperial, após a proclamação da Independência, a “Constituição Política do Império do Brasil”³ foi outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. A primeira constituição brasileira previu a elaboração de um Código Criminal, sob a luz dos preceitos de justiça e equidade, no inciso XVIII do artigo 179:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases de Justiça e Equidade.

Surge então, em 1830, o “Código Criminal do Império do Brasil”. Nosso primeiro e único Código Criminal, nos demais a nomenclatura utilizada foi Código Penal, foi o primeiro Código Independente da América Latina e influenciou legislações de outras nações mais desenvolvidas, como o Código Penal Espanhol de 1848 e o Código Penal Português de 1852.

O Código Criminal brasileiro trouxe em seu bojo um capítulo somente para tratar dos “Crimes Contra a Segurança da Honra”. Este capítulo, na Seção I, previa o delito de estupro, em seu artigo 219, com a seguinte redação:

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.⁴

Pela previsão legal supracitada, aquele que tivesse relação sexual com menor de 17 anos, o texto não absolve o consentimento, incorreria nas penas cominadas, a menos que o autor viesse a se casar com a vítima. Percebe-se a presunção de violência contida na interpretação decorrente, assim como a manutenção de um critério etário para determinar a validade consensual.

Cumprido mencionar que havia, naqueles tempos, conforme o aviso n.º 512 de 05.11.1862, o entendimento de que o defloramento de menor em tenra idade, da qual não se pudesse supor consentimento, era sempre cópula carnal por meio de violência, e por esta

³Art. 179, inciso XVIII, da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 20.06.15.

⁴ Art. 219 do Código Criminal do Império do Brasil, de 1830. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 20.06.15.

razão deveria ser utilizada a interpretação do artigo 222 do Códex, ou seja, “estupro clássico”, com pena muito mais severa.

O artigo 222 do Código Criminal tinha a seguinte previsão:

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.⁵

Após a Abolição da Escravatura, em 1888, e a Proclamação da República, em 1889, antes, no entanto, da Constituição de 1891, entrou em vigor, em 1890, o “Código Penal dos Estados Unidos do Brazil”, nosso primeiro Código Penal, que acentuou a discussão acerca da presunção de violência nos delitos sexuais praticados contra menores e da presunção de inocência do menor ofendido.

O texto legal trouxe, pela primeira vez, a presunção de violência de forma expressa, em seu artigo 272, nos seguintes termos:

Art. 272. Presume-se commettido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos.⁶

Passa-se, então a questionar a interpretação correta da norma, qual a natureza de tal presunção, se absoluta (*Iuris et de iure*), não admitindo prova em contrário, ou relativa (*Iuris tantum*), admitindo análise de elemento probatório em sentido contrário.

Outro ponto a ser abordado é o fator etário, que passa a ter natureza de elementar dos crimes sexuais violentos praticados contra menor, por se tornar elemento integrante da tipicidade penal. Consoante Carvalho (2002, p. 19) o critério etário é bastante criticado:

[...] sob o argumento de que a conquista da liberdade sexual é um processo dinâmico que pode, sem dúvida, perfazer-se bem antes de qualquer limiar etário fixado por legislador, até porque os diversos fatores pessoais, culturais, éticos e mesológicos determinam variações relevantes. Através do precitado critério, todavia, fixa-se que, em um dado, momento, ao alcançar certa idade, determinada por lei, a pessoa adquire capacidade para decidir, com liberdade, sua vida sexual, tornando-se válido o seu consentimento à prática do ato sexual, e, por conseguinte, afastando, no caso do Direito Penal brasileiro, a incidência da previsão de violência configuradora do abuso da incapacidade de resistência do menor por parte do maior que com ele teve relações sexuais.

⁵ Idem, art. 222. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 20.06.15.

⁶ Art. 272 do Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em < <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 20.06.15.

Na mesma direção caminham os ensinamentos de Bártoli (1992, p. 411), que leciona:

Essa postura de rigidez atrita contra a lógica e o bom senso, porque não pode existir uma passagem brusca da privação da liberdade sexual para o exercício pleno dessa liberdade.

Contudo, pela falta de um critério científico padrão, que identifique com precisão e segurança um parâmetro para se aferir o grau de maturidade sexual, a maioria das legislações pelo mundo tende a aplicar o critério etário para fixar o início do consentimento válido. Carvalho (2002, p. 20) identifica um padrão, que geralmente varia entre 12 e 14 anos:

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

A fixação de um limite etário segue a tendência da maioria dos pesquisadores e estudiosos da área da saúde e das ciências humanas, para os quais a puberdade e a maturação sexual ocorre após os 14 anos. Independentemente da idade em que se considere o menor capaz de consentir de forma válida, abaixo do limite estabelecido por lei, o ato sexual praticado com menor passa a ser presumidamente violento. Destarte, a maior discussão continuou sendo, por muito tempo, a aplicação da presunção, se de modo absoluto, ou relativamente, cabendo ao juiz, na análise do caso em concreto estabelecer se a vítima possuiu ou não autodeterminação volitiva.

No início da vigência do Código Penal de 1890, a maioria absoluta dos doutrinadores entendeu que não caberia discussão acerca da presunção de violência, em virtude de a lei considerar o menor de 16 anos imaturo e ingênuo em relação à prática sexual, portanto incapaz de manifestar sua vontade de forma livre e válida.

Muito se critica referido Código republicano, que foi publicado antes da Constituição de 1891 e não acompanhou os avanços doutrinários de então, necessitando de leis extravagantes para sanar suas deficiências. Essas leis foram reunidas na Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, promulgada em 1932.

Durante o Estado Novo, principalmente após a Constituição de 1937, os questionamentos quanto à presunção de violência aumentaram e no ano seguinte foi elaborado o anteprojeto do Código Penal, por Alcântara Machado, revisado por uma Comissão formada

por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lira. Deve-se anotar que a presunção de violência e o critério etário continuaram presentes.

O artigo 293 do anteprojeto Alcântara Machado fora assim redigido:

Art. 293. Presumir-se-á a violência, **não se admitindo prova em contrário**, quando a vítima de qualquer dos crimes definidos nos dois capítulos precedentes: I – for menor de 16 anos; II – tiver de 16 anos e menos de 18, e for descendente ou tutelada do agente ou estiver sujeita à autoridade, guarda, cuidado ou vigilância dele, por motivo de educação, tratamento, emprego ou custódia; III – encontra-se em estado de alienação mental, ou de inocência, ou de inferioridade física ou psíquica, provocada ou não pelo agente, que lhe impossibilite ou enfraqueça a resistência. § único – Não haverá, todavia, presunção absoluta de violência; I – nos casos dos números I e II do § 1.º, se a vítima fôr mulher pública; II – no caso do número III, se o agente não conhecer, nem tiver motivo para conhecer o estado da vítima. (OLIVEIRA, 1938, p. 229-230)

Observe-se que, no intuito de sanar a dúvida do legislador, o anteprojeto trouxe, pela primeira vez de forma expressa a presunção de violência absoluta, mantendo o limite etário de 16 anos. Inéditas, também, foram as excludentes de ilicitude nos casos em que a vítima se tratava de “mulher pública” (prostituta), e nos casos em que o autor desconhecia o estado da vítima, erro de tipo.

Sabe-se que o texto sofreu inúmeras modificações antes de ser inserido no novo Código Penal, aprovado e publicado em 31 de dezembro de 1940. Uma das mudanças que merecem destaque é justamente a supressão da expressão “não se admitindo prova em contrário”, contida no anteprojeto original.

Sobre a mencionada supressão, Nelson Hungria, membro da comissão revisora, assim explicou:

A supressão propositada da cláusula “não se admitindo prova em contrário”, do art. 293 (posteriormente 275) do Projeto Alcântara (que se inspirava no art. 539 do Código italiano), visou justamente abolir a inexorabilidade da presunção. Há também a ilação da exegese sistemática: o Código não transige em caso algum com a responsabilidade objetiva. *Nulla poena sine culpa*. (HUNGRIA, 1983, p. 240)

Após as devidas alterações, a redação definitiva do Código Penal brasileiro de 1940 previu a presunção de violência no artigo 224, no rol de Crimes Contra os Costumes, deste modo:

Art. 224. Presume-se violência se a vítima:
a) não é maior de quatorze anos;
b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

c) não pode por qualquer outra causa, oferecer resistência;⁷

O item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal apresentou especial posicionamento do legislador acerca da necessidade de se adequar o direito à realidade social e um fator que à época já era observado, o conhecimento da temática sexual e amadurecimento precoce dos jovens. Vejamos:

70. Entre os crimes contra a liberdade sexual, de par com as figuras clássicas do estupro e do atentado violento ao pudor, são incluídas a "posse sexual mediante fraude" e o "atentado ao pudor mediante fraude". Estas duas entidades criminais, na amplitude com que as conceitua o projeto, são estranhas à lei atual. Perante esta, a fraude é um dos meios morais do crime de defloração, de que só a mulher menor de 21 (vinte e um) anos e maior de 16 (dezesesseis) pode ser sujeito passivo. Segundo o projeto, entretanto, existe crime sempre que, sendo a vítima mulher honesta, haja emprego de meio fraudulento (v.g.: simular casamento, substituir-se ao marido na escuridão da alcova). Não importa, para a existência do crime, que a ofendida seja, ou não, maior ou virgo intacta. Se da cópula resulta o desvirginamento da ofendida, e esta é menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze), a pena é especialmente aumentada.

Na identificação dos crimes contra a liberdade sexual é presumida a violência (artigo 224) quando a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos; b) é alienada ou débil mental, conhecendo o agente esta circunstância; ou c) acha-se em estado de inconsciência (provocado, ou não, pelo agente), ou, por doença ou outra causa, impossibilitada de oferecer resistência. Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz, para o efeito de presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso único de ser a vítima menor de dezesseis anos). Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem. Estendendo a presunção de violência aos casos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*.

Por outro lado, se a incapacidade de consentimento faz presumir a violência, com maioria de razão deve ter o mesmo efeito o estado de inconsciência da vítima ou sua incapacidade de resistência, seja esta resultante de causas mórbidas (enfermidade, grande debilidade orgânica, paralisia, etc.), ou de especiais condições físicas (como quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se encontra acidentalmente tolhido de movimentos).⁸

Mister se faz destacar a evolução do pensamento no que tange o espectro da presunção absoluta de violência. Em 1890, quando da vigência do Código republicano, a concepção de

⁷ Art. 224, do Código Penal Brasileiro (redação original). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art232>. Acesso em 23.06.2015.

⁸ Item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal Brasileiro de 1940. Disponível em <<http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em 23.06.15.

uma presunção absoluta foi abraçada pela quase unanimidade doutrinária da época. Após o Código Penal de 1940, por outro lado, passou-se a questionar os possíveis excessos da presunção absolutista, que praticamente anulava as possibilidades de defesa, pouco importando o caso concreto e as demais circunstâncias que o envolvessem, dando ênfase precipuamente ao fator etário, atrelado a um ideal considerado por alguns como retrógrado, patriarcal e machista. Assim é o entendimento de Carvalho, em sua tese de mestrado, defendida pela Universidade Federal do Pernambuco (2002, p. 21):

Tal posicionamento, inclusive, mostrava-se coerente com a ideologia patriarcal da época, fundada nas relações de dominação do homem sobre a mulher, e que, em matéria sexual, se expressava através do controle da sexualidade feminina, com a previsão de tipos penais com vitimização exclusiva da mulher, utilização dos elementos normativos “mulher honesta” e “mulher virgem”, diferenciação legal acentuada entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, dentre outros. Em nome da moralidade, da moral pública sexual, bens jurídicos tutelados pelos delitos sexuais, proibia-se simplesmente a manutenção de relação sexual com qualquer pessoa que não tivesse completado 14 anos.

Sobretudo a partir da constituinte de 1988, com a constitucionalização do Direito Penal e com a nova tendência de harmonização com os Direitos Humanos, após as atrocidades praticadas no país no período ditatorial, anterior à nova Carta Magna, os preceitos trazidos por princípios como o da Isonomia, o da Presunção de Inocência, do Contraditório e da Ampla Defesa, dentre outros, passaram a ser ainda mais defendidos.

De fato, a dúvida acerca da natureza da presunção de inocência ainda havia, afinal, o entendimento majoritário era o de seu caráter absoluto, até porque na própria Exposição de Motivos do Código Penal, o legislador afirma que o menor de 14 anos não possui capacidade para manifestar consentimento válido. Todavia, o próprio Nelson Hungria se pronunciou no sentido de que a intenção do Código foi abolir a inexorabilidade da presunção, como restou demonstrado linhas atrás.

A tutela da moral e dos bons costumes do menor de 14 anos se dava pela adequação típica mediata do artigo 213 (estupro) e artigo 214 (atentado violento ao pudor) c.c o artigo 224, a, todos do Código Penal. Em pouco tempo percebeu-se que a presunção de violência trazia decisões judiciais injustas, com base numa interpretação distorcida, destoada da realidade social. Isto porque, em determinados casos, alguns menores de 14 anos apresentavam-se desenvolvidos física e psicologicamente, com plena ciência quanto ao ato sexual e seus desdobramentos.

Helena Cláudio Fragoso (1983, p. 42) defende que “[...] a presunção de violência deve desaparecer da lei, pois dá lugar a decisões injustas, não tendo correspondência na realidade”.

Na mesma linha de raciocínio, Magalhães (1961, p. 300) questiona sobre a incapacidade volitiva: “Como se falar em incapacidade de apreciação de um ato em quem habitualmente, cotidianamente o pratica?”

Não obstante, outro argumento levantado por aqueles que rejeitaram a presunção absoluta de violência foi o de que as demais alíneas, “b” e “c”, do art. 224, CP, tratavam de presunção relativa, assim, a exclusão da alínea “a” deste rol dava maior proteção ao menor do que ao deficiente mental, além de ser sido retirada a menção expressa da presunção absoluta. Houve, então, clara divisão entre a doutrina, que passou em sua maioria a aceitar o caráter relativo da presunção de violência, e a jurisprudência, que petreamente manteve o posicionamento de que a natureza da presunção era absoluta.

Passou-se, então, a aceitar a relativização em dois casos pontuais, erro de tipo e prostituição da vítima. O primeiro caso se trata da ausência de conhecimento por parte do agente acerca da idade da vítima, em virtude desta apresentar desenvolvimento físico e intelectual. O erro de tipo, inclusive, está previsto no artigo 20 do Código Penal. A outra situação faz referência aos casos em que a menor de 14 anos é prostituta “de porta aberta” e, desta maneira não faz jus à proteção legal.

O HC n.º 73.662-9 MG, julgado pela 2ª Seção do Supremo Tribunal Federal, em 21.05.1996, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio de Mello, foi, sem sombra de dúvidas, um marco na maior abrangência da aceitação dos Tribunais Superiores no que se refere à relativização da presunção de violência:

Estupro-Configuração-Violência Presumida-Idade da Vítima-Natureza. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça – art. 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher exurgindo dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração sobre o tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, al. “a”, do Código Penal.

No caso exposto, embora contasse com apenas 12 anos, a menor apresentava mais de 14 anos, tanto física quanto psicologicamente e afirmou que consentiu com a relação sexual porque “pintara vontade”, além de não ser mais virgem na ocasião. O entendimento que prevaleceu foi o de que a interpretação da norma deve se moldar à realidade social, como forma de adequação do direito à sociedade da qual emerge. A partir de então, relativizou-se também nos casos de experiência sexual anterior da vítima.

Por outro lado, as razões pelas quais se defendia a relatividade nunca eram unânimes, ora por erro de tipo, ora pela prostituição da vítima, e após referido julgado, pelo comportamento anterior reprovável da menor. O ponto crucial da questão foi deixado de lado – a capacidade volitiva da vítima. Ademais, nem doutrina nem jurisprudência eram unânimes, os mesmos Tribunais que relativizavam em determinados casos, em outros consideravam absoluta presunção.

Neste prisma se posiciona Carvalho (2002) ao criticar a interpretação sob a perspectiva da vida pregressa da vítima, o que causa inversão de papéis entre autor e ofendido. Para ela, o cerne está na análise do consentimento da vítima para o ato sexual:

Mesmo a jurisprudência existente em torno da relativização com base no comportamento sexual da vítima mostra-se equivocada, embora avançada se comparada com aquela adepta do absolutismo, uma vez que os antecedentes sexuais da vítima são irrelevantes para aferir-se a prática da violência, não sendo a ingenuidade, a inocência e a virgindade circunstâncias elementares do crime de estupro. Percebe-se que o intérprete foi muito além do esperado, acrescentando ao tipo penal um elemento não escrito, relacionado ao comportamento da vítima, apenas por razões de moralidade, enquanto o verdadeiro bem objeto de tutela, da livre autodeterminação sexual, foi relegado. (CARVALHO, 2002, p. 31)

No intuito de sanar as dúvidas e por fim à insegurança que havia se instaurado e à celeuma jurídica sobre o tema, o Legislador editou o Projeto de Lei n° 253/2004⁹, que, posteriormente, culminaria na Lei n° 12.015/2009.

O projeto foi fortemente influenciado pelo texto da CPMI sobre “a violência e as redes de exploração sexual de crianças e adolescentes”. Uma análise das justificativas trazidas pela proposta de alteração contida no projeto permite identificar o intuito de caminhar ao lado dos preceitos preconizados pela CPMI, principalmente em torno do combate à exploração sexual da criança e do adolescente. Deste modo o projeto apresenta a figura do vulnerável, sob o prisma de uma “objetividade fática”, objetivando dificultar interpretações dissonantes que pudessem perpetuar a impunidade dos agentes do tipo em questão.

Em decorrência, surge a tipificação do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, introduzido no Código Penal brasileiro pela Lei n° 12.015/2009.

1.3 A Lei n° 12.015/2009 e seus reflexos na esfera Penal

⁹ Projeto de Lei n° 253/2004. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=36730&tp=1%3E.>>. Acesso em 27.06.2015.

No dia 07 de agosto de 2009 foi sancionada a Lei nº 12.015, que, como se sabe, foi um desdobramento do Projeto de Lei nº 253/2004, o qual acompanhou as diretrizes da CPMI sobre a violência e as redes de exploração de crianças e adolescentes, na direção de combater a exploração sexual de crianças e adolescentes.

A Lei 12.015/2009 trouxe profundas alterações na legislação penal pátria, a começar pela estrutura do Título VI da Parte Especial do Código Penal, que não mais trataria dos “Crimes Contra os Costumes”, mas sim dos “Crimes Contra a Dignidade Sexual”. Tal modificação foi aplaudida pela doutrina, uma vez que rompe com a ultrapassada ideia de vincular a criminalização à “moral pública sexual”.

Outra modificação promovida pela mencionada lei foi a criação de um novo capítulo (II) no Código Penal vigente (de 1940), para tipificação dos “Crimes Sexuais Contra Vulnerável”, onde foi inserido o artigo 217-A, com a redação que se segue:

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.¹⁰

Destarte, o artigo 217-A não apenas revogou o artigo 224 do mesmo Códex, como também modificou a ideia de tutela a um costume sexual aceito, passando a tutelar o bem jurídico da Dignidade Sexual e inserindo neste contexto a figura do vulnerável, que, consoante à intenção do Legislador, requer maior proteção.

As alterações ainda romperam com a questão da natureza da presunção de violência, uma vez que o texto legal não trata da referida presunção, mas delimita um grupo específico de indivíduos considerados vulneráveis, com os quais a norma proíbe a manutenção de relação sexual. A crítica encontra-se no fato de que, segundo parte da doutrina e da jurisprudência, apenas transferiu-se o debate acerca da natureza da presunção de violência para natureza da vulnerabilidade, já que, em determinados casos pondera-se a possibilidade de afastar a tutela penal.

Este é o entendimento de Nucci (2009, p. 829):

¹⁰ Lei nº 12.015/2009. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em 27.06.2015.

Trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir.

O artigo 217-A foi introduzido no Código Penal brasileiro para por fim a uma discussão que se arrastava por décadas, mas, aparentemente, não foi suficiente para encerrar o debate. Isto porque a existência do grupo de indivíduos considerados vulneráveis tem a mesma justificativa que a presunção de violência, ou seja, que menores de 14 anos, alienados ou aqueles que não puderem, por qualquer razão, oferecer resistência, não são capazes de consentir com o ato sexual de forma válida. Assim sendo, diante do caso em concreto, a dúvida paira se em determinadas situações é possível relativizar a vulnerabilidade, admitindo-se conjunto probatório que a exclua, ou se dita vulnerabilidade deve ser entendida em caráter absoluto, não importando quais as circunstâncias.

2 GENERALIDADES DO ARTIGO 217-A

2.1 Conceito

O delito de estupro de vulnerável, após as modificações trazidas pela Lei nº 12.015/09, foi inserido no Código Penal brasileiro no Título VI, que passou a tratar Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual, mais precisamente no Capítulo II, Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável, no artigo 217-A e constitui no ato de ter relação sexual ou praticar qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos, com doentes mentais ou com aqueles que, por qualquer outra razão, não possam oferecer resistência.

2.2 Núcleo do tipo

A previsão legal do crime de estupro de vulnerável abarca dois verbos nucleares, “ter”, relativamente à conjunção carnal, e “praticar”, que está relacionado ao ato libidinoso.

Necessário se faz, antes de qualquer coisa, a diferenciação dos dois verbos. O verbo ter, dentre outros, significa possuir, usufruir, desfrutar, conseguir, experienciar, enquanto o verbo praticar, a seu turno, equivale a levar a efeito, fazer, realizar, cometer, executar.

Ambos os verbos e suas significâncias próximas remetem à ideia de que a violência é prescindível, uma vez que não é feita qualquer menção à mesma, pelo contrário, o *caput* do artigo 217-A deixa claro que, não apenas o ato sexual, mas a prática de qualquer ato libidinoso com vulnerável configura o crime. Contrariamente ao estupro clássico, cujo verbo nuclear, qual seja: constranger, está relacionado à ideia de obrigar a vítima à realização de algo que não deseja.

Destarte, infere-se dos verbos nucleares que o consentimento não valida o ato, sendo a realização, por si só, da conjunção carnal ou ato libidinoso, considerada crime.

2.3 Elementos normativos

As elementares normativas contidas no artigo 217-A são duas: conjunção carnal e ato libidinoso.

A conjunção carnal é a prática heterossexual que consiste na introdução do pênis na vagina, já o ato libidinoso caracteriza-se pelo sexo anal, oral ou qualquer outro tipo de ação ou contato que vise à estimulação sexual e satisfação da lascívia.

Luis Regis Prado (2011, p. 673-674) traz o significado das expressões:

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

Como se verá adiante, a inclusão do ato libidinoso na previsão legal do tipo elimina discussão acerca do sujeito ativo.

2.4 Elemento subjetivo

Se os elementos objetivos são conjunção carnal e ato libidinoso, o elemento subjetivo é o dolo, ou seja, a consciente, livre e manifesta vontade de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com vulnerável. É preciso, ainda, que o agente tenha ciência da idade da vítima, ou que esta aparente ser menor de 14 anos, caso contrário, estar-se-á falando de caso de erro de tipo essencial, o que torna a conduta atípica e exclui o dolo.

Não há previsão da modalidade culposa do crime de estupro de vulnerável no texto legal. Há, no entanto, casos em que o autor se depare com adolescente cuja aparência gere dúvida acerca de sua idade e mesmo assim assumo o risco de ter relação sexual ou praticar ato libidinoso com a mesma. Nesta hipótese, não há que se falar em culpa, mas em dolo eventual, pois o que se exige do homem médio é que, na dúvida se irá ou não incorrer no tipo penal, prefira não correr o risco de praticar o ato típico e antijurídico.

Alguns doutrinadores, como Prado (2014), defendem a existência de um último elemento subjetivo, o “injusto”, que se definiria ação do sujeito ativo em envolver a vítima em uma situação para satisfazer sua lascívia.

Faz-se mister frisar que o tipo penal em questão não pede um resultado específico, para que o crime ocorra basta tão somente a prática de qualquer ato libidinoso com vulnerável, uma vez que o autor não busca outro fim senão a satisfação sexual.

Conforme Damásio de Jesus (2011, p. 161), o agente “[...] subjetivamente, deve ter por finalidade a satisfação de um impulso de luxúria, de lascívia”.

2.5 Sujeito ativo e sujeito passivo

No que se diz respeito ao sujeito ativo, o delito em questão é classificado como crime comum, uma vez que qualquer indivíduo, maior de 18 anos, de ambos os sexos, pode praticá-lo.

A inclusão do ato libidinoso como elementar normativa e a interpretação que dele decorre não dá margem para se discutir sobre a possibilidade de ser um tipo praticado exclusivamente por homens contra vítimas do sexo feminino, já que os atos libidinosos podem ser praticados tanto por homens quanto por mulheres, contra vítimas tanto do sexo masculino quanto do feminino.

O sujeito passivo, por sua vez, tem que se adequar à previsão legal, o que torna o delito de estupro de vulnerável, relativamente à vítima, um crime próprio. Assim sendo, no polo passivo da ação do crime em tela estão os vulneráveis, pessoas de ambos os sexos, menores de 14 anos, ou deficientes mentais e ainda aqueles que, por qualquer motivo não puderem oferecer resistência.

O limite de 14 anos estabelecido pelo Legislador é um critério puramente etário, também chamado de critério biológico. Saliente-se que referido critério levanta muitas discussões e críticas, já mencionadas neste trabalho, por não haver um estudo científico que comprove objetivamente o marco do início da maturidade sexual e da capacidade de consentir validamente para o ato sexual.

Em todo caso, o Legislador considerou o menor de 14 anos vulnerável por ser incapaz de compreender o ato sexual e de consentir com o mesmo.

O enfermo ou deficiente mental é aquele que tem alguma doença mental que comprometa sua capacidade cognitiva e o torne igualmente incapaz de compreender e consentir com a relação sexual ou ato libidinoso.

Já a inclusão daquele que por qualquer razão não possa oferecer resistência, tutela casos eventuais, como consumo excessivo de álcool ou entorpecentes, por exemplo, que momentaneamente deturpam a consciência do indivíduo e privam-lhe a capacidade volitiva.

Cabe salientar que este trabalho possui enfoque naqueles considerados vulneráveis pelo critério etário.

2.6 Consumação e Tentativa

O estupro de vulnerável se consuma com a conjunção carnal ou com a prática de qualquer outro ato libidinoso, conforme preceitua o *caput*. De forma retórica ao que fora outrora exposto, o estupro de vulnerável consumir-se-á com a introdução do pênis na vagina, com o efetivo sexo anal, oral, lingual ou ainda com qualquer toque ou estímulo sexual do autor no corpo da vítima ou da vítima no corpo do autor.

A tentativa é de difícil visualização, uma vez que aquele que tenta ter conjunção carnal com a vítima e não consegue, pratica ato libidinoso e, portanto, incorre no tipo retratado.

2.7 Qualificadoras

O Código Penal pátrio prevê, nos parágrafos 3º e 4º do artigo 217-A, que o estupro de vulnerável se qualifica caso a prática da conjunção carnal ou do ato libidinoso resulte em lesão corporal de natureza grave ou morte, respectivamente.

Nas duas hipóteses, o autor não deve visar o resultado, o dolo deve estar apenas na conjunção carnal ou ato libidinoso, sendo a lesão corporal grave ou a morte ocasionadas por culpa. Assim, qualifica-se o crime preterdolosamente, pelo resultado, que não pretendido pelo autor.

Contudo, se o sujeito passivo objetivou o resultado da lesão corporal grave ou da morte da vítima, ou se assumiu o risco de produzi-lo, há concurso material entre o estupro de vulnerável e a lesão corporal grave ou homicídio.

2.8 Causas de aumento de pena

O Capítulo IV do Título IV do Código Penal, no artigo 226, trata das causas de aumento de pena para os crimes sexuais, com a seguinte redação:

Aumento de pena

Art. 226. A pena é aumentada:

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

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;¹¹

¹¹ Art. 226 do Código Penal Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm>. Acesso em 30.07.2015.

Depreende-se dos incisos expostos do artigo supramencionado, que há aumento de pena quando o crime é praticado por duas ou mais pessoas e quando há relação de parentesco ou autoridade do agente para com a vítima.

2.9 Pena e Ação Penal

A pena prevista pelo Legislador no *caput* artigo 217-A é de reclusão de 08 (oito) a 15 (quinze) anos. No parágrafo 3º, para a qualificadora de lesão corporal de natureza grave, a previsão é de reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. O parágrafo 4º do mesmo artigo, que contém a qualificadora em caso de morte da vítima, prevê pena de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

No que tangencia a ação penal, em consonância com o disposto no artigo 225 do Código Penal, após as alterações promovidas pela Lei nº 12.015/09:

Ação penal

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.¹²

A regra é que ação penal, nos crimes definidos nos capítulos I e II do Título VI, se proceda mediante ação penal pública condicionada à representação da vítima. Merece destaque o parágrafo único, segundo o qual no caso de vítima menor de 18 anos ou de pessoa vulnerável, a ação é pública incondicionada. Louvável avanço trazido pela Lei nº 12.015/09 que visa diminuir a impunidade dos criminosos sexuais, tendo em vista que, em grande parte dos casos, a vítima de crime sexual não quer se expor, seja por vergonha ou medo do autor.

Com a possibilidade de ação penal pública incondicionada, não é necessária a manifestação de interesse da parte passiva, basta a notícia do fato criminoso para que o Estado possa ingressar com a ação penal, o que confere maior proteção aos vulneráveis.

Outra alteração trazida pela referida lei foi a inclusão do estupro de vulnerável no inciso V da Lei nº 8.072/90, no rol dos crimes hediondos.

O artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, em consonância com o disposto do artigo 5º, XLIII, da Magna Carta, traz uma série de prejuízos acerca da pena, regime de cumprimento, progressão, dentre outros:

¹² Art. 225 do Código Penal Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm>. Acesso em 30.07.2015.

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.¹³

Desta forma, o autor do estupro de vulnerável não tem direito a anistia, graça e indulto, nem fiança. Além disso, o regime inicial de cumprimento de pena é fechado e a progressão se dá após o cumprimento de 2/5 da pena, se for réu primário, e 3/5, se reincidente específico. Não obstante, a prisão temporária tem prazo de 30 (trinta) dias, podendo ser revogada por igual período, e o juiz decide se o réu pode ou não apelar em liberdade.

2.10 Segredo de Justiça

Em regra, vigora nos processos brasileiros o Princípio da publicidade, previsto no artigo 5º, LX, e artigo 93, ambos da Constituição Federal, além dos artigos 792, § 1º, do Código de Processo Penal. Segundo tal Princípio, os processos serão públicos, porém, em casos específicos, este Princípio pode ser mitigado. É o que prevê o artigo 234 – B do Código Penal – que os processos em que se apurem crimes definidos no Título VI correrão em segredo de justiça.

A medida se justifica pela preservação da privacidade das vítimas dos crimes sexuais, evitando exposições e escândalos. Como se pode extrair da leitura do artigo 201, § 6º, do Código de Processo Penal:

Art. 201, § 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.¹⁴

¹³ Art. 2º da Lei nº 8.072/1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em 30.07.2015.

¹⁴ Art. 201, § 6º, do Código de Processo Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em 30.07.2015.

Os processos que correm em segredo de justiça tem audiências realizadas de portas fechadas, das quais podem participar somente as partes, os juízes e auxiliares de justiça. Ainda, o acesso aos autos fica restrito às partes e seus advogados.

2.11 Bem jurídico

A questão do bem jurídico tutelado pelo tipo 217-A traz consigo interessante debate acerca de qual o intuito do Legislador ao introduzi-lo no códex penal, em outras palavras, qual o cerne da tutela almejada a partir da colocação do referido artigo na legislação penal brasileira.

Cumprе ressaltar que o raciocínio tomado na identificação do conteúdo influi diretamente na aceitação ou não da relativização da vulnerabilidade.

Antes da reforma ocorrida em 2009, o Título VI do Código Penal versava sobre “Crimes Contra Os Costumes”, expressão da qual se denotava o forte conceito de moral pública sexual, retrógrado para a época, uma vez que remetia à sociedade extremamente patriarcal e machista de 1940, ano em que referido código passou a vigorar. A partir deste título, a ideia que se tinha era a de que o Legislador de 1940 teve a intenção de proteger a moral sexual aceita pela sociedade de então, e, com base na *innocentia consilli* do menor, defendeu-se a figura da presunção absoluta de violência.

Contudo, como outrora exposto neste mesmo trabalho, no lapso entre 1940 e 2009, percebeu-se mudanças ocorridas dentro da própria moral pública sexual, defendida no código, e no comportamento sexual dos menores de 14 anos, tendo em vista que alguns se apresentavam física e psicologicamente maduros para a idade, sendo capazes, portanto, de consentir com a prática sexual. A partir desta observação, passou-se a questionar a tutela conferida pelo Código Penal de 1940 e as decisões injustas que a interpretação da lei penal com fulcro na presunção absolutista de violência poderia trazer.

O debate culminou com a Lei nº 12.015/09 e a consequente reforma do Código Penal. Desde então o Título VI passou a tutelar a “Dignidade Sexual”, sendo que o artigo 217-A foi incluso no Capítulo II, “Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável”.

Por meio de uma interpretação lógica, conclui-se que o Legislador se desvinculou do ultrapassado conceito de moral pública sexual para tutelar a dignidade sexual do vulnerável, com enfoque na liberdade sexual, vez que o estupro, por si só, tutela a liberdade sexual.

É certo que houve uma evolução em relação ao objeto jurídico protegido pela norma penal, tendo em vista que a questão moral deu lugar à noção de dignidade e liberdade sexual. No entanto, conforme Silva (2014, p. 25), “muitos operadores do direito continuaram a refletir uma postura proibitiva e de natureza moral sobre a sexualidade infanto-juvenil”.

Caminham na mesma direção os ensinamentos do professor Bitencourt (2011), para o qual não há que se falar em liberdade sexual dos vulneráveis, pois estes não possuem capacidade para manifestar sua vontade e exercer sua liberdade sexual plena:

Na realidade, na hipótese de crime sexual contra vulnerável, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua vulnerabilidade. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual. (BITENCOURT, 2011, p. 93)

Os juristas que defendem ser o desenvolvimento sexual do menor o bem jurídico tutelado pela norma continuam a se utilizar, ainda que indiretamente, do já ultrapassado conceito de moral sexual permitida socialmente, adotando a *innocentia concilli* do menor como justificativa de uma vulnerabilidade absoluta.

Esta interpretação do artigo 217-A, todavia, não reconhece grandes mudanças na prática, já que apenas deixou-se de utilizar da presunção absoluta de violência, com base na *innocentia concilli* do menor, para se utilizar da vulnerabilidade absoluta, com a mesma justificativa de que o menor de 14 anos, em hipótese alguma pode ter seu consentimento validado, pois não possui capacidade para compreender a complexidade da relação sexual e suas consequências.

Inda assim, alguns defensores do desenvolvimento sexual do menor como bem jurídico tutelado pela norma reconhecem a relativização da vulnerabilidade, porém, sob o pretexto de “evolução da moral pública”, não se dissociando desta ideia retrógrada de moralidade, que, na prática, pode gerar distorções, pois se relativiza com base em um julgamento do comportamento sexual pretérito da vítima, deixando de lado sua capacidade volitiva.

Neste sentido, entende a professora Adelina de Cácia Bastos Oliveira Carvalho (2005, p. 36):

Por outro lado, mesmo a corrente doutrinária mais recente, que pugna pelo afastamento da presunção quando a vítima possui capacidade de autodeterminação

sexual não consegue desvencilhar-se do apego excessivo à lei, permitindo a ingerência a ingerência da moral no Direito e a confusão entre moralidade e liberdade sexual, uma vez que parte de concepção claramente moralista, seja, a presunção de violência.

De fato, não se pode confundir o conhecimento do ato sexual em si com a compreensão de sua complexidade e de suas possíveis consequências. Neste diapasão é o pensamento de Silva (2014, p. 27):

Se de um lado é bem verdade que a temática da sexualidade é particularmente sensível a uma noção de moralidade de uma dada sociedade, por outro, não se pode confundir conhecimento da atividade sexual, em seu sentido mecanizado, com efetiva madureza psicoética ou com real desenvolvimento psíquico no campo das atividades sexuais apto a conferir ao jovem a sua autodeterminação neste campo.

É inegável que a moral e os costumes sociais influenciem o Direito Penal, mas não devem sobrepor o bem jurídico realmente tutelado, pois a sociedade está em constante mutação, o que certamente repercute nos costumes e valores morais. Tutelar uma moralidade de cerca de sete décadas atrás pode gerar distorções e causar verdadeiro entrave entre a evolução social e o Direito.

No caso do artigo 217-A, o bem jurídico tutelado é a dignidade e liberdade sexual do vulnerável, como claramente exposto no Título VI do Código Penal, e no Capítulo II do mesmo título.

Sobre o tema, assim se posicionou Grecco (2015):

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual. A dignidade sexual é uma das espécies do gênero dignidade da pessoa humana.¹⁵

Com a reforma trazida pela Lei 12.015/09, o bem jurídico tutelado pela norma penal passa a ser, então a dignidade sexual do vulnerável. Dignidade esta que pressupõe a liberdade sexual. Liberdade que, por sua vez, deve ser “entendida como a faculdade de toda pessoa humana de determinar-se autônoma e livremente quanto ao exercício de sua sexualidade”. (ANTON, et. al, 2010, p. 223).

Aqueles que possuem este entendimento, em sua maioria, tendem a relativizar dita vulnerabilidade, a partir da premissa de que, em certos casos, o menor de 14 anos possui

¹⁵Disponível em < <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1031>>. Acesso em 10.08.2015.

desenvolvimento físico e intelectual que lhe permitam consentir de forma válida com a relação sexual, sem prejuízo físico ou psicológico. Este debate, no entanto, é tema para os próximos capítulos.

3 A VULNERABILIDADE SOB O ENFOQUE PRINCIPIOLÓGICO

Após a contextualização do processo evolutivo da norma incriminadora até o artigo 217-A do Código Penal e depois de analisadas as suas particularidades, faz-se mister a observação do tipo em tela sob o prisma de um dos princípios constitucionais básicos do ordenamento jurídico brasileiro. Viu-se, linhas atrás, que mesmo após a Lei nº 12.015/09 e as alterações por ela promovidas, a discussão acerca do tema não se exauriu, apenas ganhou novos contornos e, como se demonstrará em momento oportuno, o tema atualmente divide a jurisprudência dos Tribunais de Justiça do país. Como a Magna Carta é a Premissa Maior no Estado Brasileiro, qualquer argumentação jurídica necessita de seu enfoque.

3.1 Da Presunção do Estado de Inocência

A Constituição Federal de 1988, seguindo o caminho trilhado por outras constituições que priorizam os Direitos Humanos, prevê princípios de natureza penal e princípios de matéria penal. Conforme Cácia (2002, p. 36) “os primeiros, condicionando de forma restritiva a intervenção penal do Estado e, assim, visando à proteção dos direitos individuais, e os últimos ampliando a área de proteção do direito penal, na defesa de bens coletivos, com fins de tutela de bens de relevância social”.

No mesmo sentido, leciona Luisi (1991, p. 11) que quase em sua totalidade, “os princípios constitucionais especificamente penais, são princípios garantidores, que assinalam a presença das normativas características do Rechtsstaats”, Estado Liberal. Por outro lado, os princípios atinentes à matéria penal correspondem a “exigências de criminalização para proteção de bens coletivos, episodicamente podendo ser concernentes aos aspectos gerais do direito penal. Tais princípios são informados pelas exigências do Sozialstaats, isto é, Estado Social”. (LUISI, 1991, p. 11).

Cabe ressaltar que tais princípios devem ser observados por todos os juristas, ou seja, tanto pelo legislador na elaboração das normas quanto pelo magistrado em sua aplicação.

Com efeito, o novo modelo de Estado Social e Democrático de Direito adotado pela carta de 1988 possui uma série de princípios próprios, ordenadores, fundamentadores ou limitadores do sistema penal, que devem ser observados tanto pelo legislador, na construção da norma, quanto pelo julgador, em sua aplicação. Alguns estão expressamente previstos na Constituição Federal, outros são considerados como implícitos”. (CARVALHO, 2005, p. 36)

Carvalho (2005, p. 37) elenca quais os princípios expressamente previstos no texto constitucional:

Os princípios especificamente penais, embaixadores da ordem jurídica penal, já amplamente reconhecidos em Constituições passadas, tiveram sua chancela reforçada e coroada pela Carta vigente, especialmente de relação às garantias de liberdade pessoal, de ir, vir e ficar. No Título II da lei maior, referente aos direitos e garantias fundamentais, capítulo I, artigo 5º, nos incisos, XLVI, LIV, LV, LXI, LXVI, e LVII foram consagrados, respectivamente, o princípio da individualização dos gravames penais, o da obrigatoriedade do devido processo legal para a privação da liberdade, o do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, o da prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, o da fruição da liberdade provisória que a lei admitir, com ou sem fiança e, por fim, o princípio do estado (presunção) de inocência.

Completando o sentido de seu raciocínio, a doutrinadora ressalta a importância do princípio do Estado de Inocência:

Pela primeira vez, o princípio da presunção de inocência do acusado, um dos maiores vetores da liberdade individual, foi estabelecido, de forma expressa, em texto constitucional, através da afirmação de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Há tempos, entretanto, já era tido como princípio geral do direito, implícito em nossa Constituição Federal, informador da atividade jurisdicional, decorrente do axioma jurídico *in dubio pro reo*. (CARVALHO, 2005, p. 37)

Costa (1997, p. 19-20) ensina que o princípio da presunção do estado de inocência deve ser guardado em todos os países, pois

[...] embora não venha reproduzido de modo literal, nas constituições de todos os países civilizados e democráticos, encontra-se, todavia, consagrado virtualmente na consciência jurídica de todos os Estados de Direito, gozando de franca aplicação e de religioso respeito.

O entendimento não poderia ser diverso, partindo da premissa de que

[...] seria injusto e arbítrio estatal que a pessoa acusada da prática de um delito se visse obrigada a comprovar sua inocência para se ver livre da qualificação de culpado. A regra é, antes, que ninguém pode ser de início inculcado, gozando da presunção de inocência até que surjam provas suficientes do contrário. (CARVALHO, 2005, p. 38)

Acerca da abrangência deste princípio no ordenamento pátrio, Carvalho (2005, p. 40) assim se posiciona:

Com efeito, cremos que o dispositivo previsto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal brasileira consagra o princípio da presunção da inocência na sua mais ampla acepção, com forte carga liberal, democrática, limitadora e garantista. Primeiro, porque esta a tendência dos textos constitucionais mais recentes em vigor nos Estados Democráticos, seja, a maximização de seu conteúdo (...) Segundo porque a primeira vez que inserido tal princípio em nossa Carta Magna, Carta esta considerada das mais avançadas em termos de proclamação de direitos e garantias individuais e que tem como um dos pilares a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e a garantia da liberdade pessoal, decorrendo daí que qualquer medida de constrição dessa liberdade só possa ser considerada excepcional, em razão de comprovada necessidade legalmente aferida. Terceiro porque o país ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, n. 2), através do decreto 678, de 06.11.1992, que possui a regra da presunção de inocência inscrita de forma expressa, possuindo este dispositivo normativo internacional status constitucional vez que explicitativo de norma constitucional. Quarto, porque tratando-se de um postulado político com raízes históricas bem definidas não deve sofrer restrições desta ou daquela fórmula utilizada pelo legislador.

Há o questionamento da expressão “presunção de inocência” no que tange referido princípio, contudo, de acordo com Bastos (2002, p. 41) o termo “presunção” “[...] não é empregado em sentido técnico-processual, nem pertence à categoria das presunções judiciais ou legais”. Isto se dá porque – *“nos modernos textos constitucionais e nas declarações internacionais de direitos humanos do pós-guerra, o princípio vem expresso algumas vezes em termos de presunção, enquanto em outras se prefere a referência ao status do acusado durante o processo (estado de inocência ou de não culpabilidade)”*. (GOMES FILHO, 1994, p. 30)

Adelina de Cácia (2002), analisa a natureza jurídica do dito princípio extrinsecamente e intrinsecamente:

Do ponto de vista formal (extrínseco), o princípio da presunção de inocência configura um direito constitucional fundamental, eis que inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais. Como direito fundamental proclamado pela Carta Magna, temos que o princípio é de aplicação imediata e direta, obrigando a todos, poderes públicos e particulares indistintamente, de ampla interpretação e restrição limitada, esta só admitida em casos excepcionais, legalmente previstos, e, por fim, protegido através da garantia de acesso à jurisdição na hipótese de sua violação. Do ponto de vista substancial (intrínseco), é um direito predominantemente processual penal, com repercussões no campo probatório, das garantias e do tratamento do acusado e, por fim, trata-se de uma presunção juris tantum, seja, que admite prova em contrário. (CÁCIA, 2002, p. 42)

O fato de este princípio ter sido esculpido expressamente no rol das garantias e direitos fundamentais da Constituição traz consequências para todo o ordenamento jurídico, nas normas infraconstitucionais, para o legislador, ao elaborá-las, e aos juristas, ao se relacionarem com elas.

A outrora citada professora, por seu relevante trabalho acerca da presunção de vulnerabilidade, sobretudo com enfoque principiológico, define os principais reflexos da constitucionalização do princípio da presunção do estado de inocência.

a) a primazia da norma constitucional da presunção do estado de inocência, conforme a qual devem ser interpretadas todas as normas que compõem o ordenamento jurídico, b) a indisponibilidade de seu conteúdo, que deve ser respeitado em qualquer caso pelo legislador, c) tutela do direito de presunção de inocência pelos juízos e tribunais integrantes do poder judiciário no caso de sua violação, d) a interpretação do direito à presunção em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e demais tratados e acordos internacionais ratificados pelo Estado, e) a aplicação imediata e vinculação de todos os poderes públicos e particulares do princípio. (CARVALHO, 2005, p. 42-43)

Como se vê, o princípio em tela está intimamente relacionado à efetivação dos Direitos Humanos e à noção de Estado Democrático de Direito. Estes direitos servem tanto para proteger os indivíduos de possíveis abusos do Estado, quanto para regular as atividades deste último, pois

[...] os direitos fundamentais apresentam duplo caráter, tanto como direitos que os sujeitos gozam perante o Estado, sendo, portanto, direitos públicos subjetivos, quanto como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar, daí a figura do status apresentar-se como mais adequada de que a do direito subjetivo para caracterizá-los. (CARVALHO, 2005, p. 48).

Neste aspecto, também ensina o português Canotilho (1998, p. 373), para quem

[...] a função dos direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

A doutrina costuma dividir os direitos fundamentais em gerações, cronologicamente: os de primeira geração compreendem direitos e garantias individuais e políticos clássicos, de cunho formal e negativo, surgidos em resposta aos exageros do Estado Absolutista. Os de segunda geração, também denominados coletivos, sociais, econômicos e culturais, de cunho positivo e concreto. Os de terceira geração, por sua vez, são transindividuais, de cunho positivo e titularidade coletiva (GUERRA FILHO, 1977). Em outras palavras, “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”

(FERREIRA FILHO, 1995, p. 57). Existem ainda aqueles que, assim como o doutrinador português Jorge Miranda (2000), reconhecem uma quarta geração de direitos, correspondentes à bioética, à engenharia genética, informática, etc.

Há que se mencionar, também, as garantias fundamentais, que, conforme Cácia (2002, p. 49), são

[...] disposições constitucionais de natureza assecuratória que se destinam à efetivação daqueles primeiros” – direitos fundamentais, e que se tratam de – “meios de defesa dos direitos, que agem sobre o poder estatal, limitando-o, seja atribuindo aos indivíduos o direito de exigir das autoridades públicas a proteção dos seus direitos, seja estabelecendo meios processuais adequados a essa finalidade.

A professora continua, no mesmo texto, a destacar a importância dos direitos fundamentais, que são irrenunciáveis, imprescritíveis, indivisíveis e devem coexistir de forma harmônica, sendo necessário sopesar em caso de conflito entre os mesmos, sem, no entanto, abrir mão por completo de nenhum. Assim, vejamos:

Trata-se ainda, de direitos irrenunciáveis por parte de seus destinatários que poderão, tão somente, optar por não exercê-los, mas jamais deles abrir mão, sendo inclusive imprescritíveis, quanto ao seu exercício e indivisíveis. De sua indivisibilidade decorre a impossibilidade de se cindir o conteúdo de algum direito, ou, ainda, de se efetivar apenas alguns dos direitos fundamentais reconhecidos. É de serem respeitados e aplicados todos os direitos fundamentais, sejam os clássicos, de proteção, como os de prestação estatal. Por outro lado, o conteúdo de alguns direitos fundamentais vincula-se ao de outros, seja através de uma complementação, explicitação, seja sob a forma de desdobramentos, daí sua dependência e influência recíprocas, sua interação, devendo, por isso, serem sopesados no caso de colisão entre os mesmos, num esforço de harmonização, não podendo, de forma alguma, ocorrer o sacrifício definitivo de algum deles. (CARVALHO, 2005, p. 51)

Ainda consoante Carvalho (2005, p. 51) “[...] a interpretação dos direitos fundamentais deve ser ampliativa, buscando a leitura mais favorável que deles se possa fazer” e sua aplicação é imediata, cabendo à Constituição garantir os meios necessários à sua aplicação. A jurista completa que

Apenas normas constitucionais podem restringir direitos fundamentais – e, ainda – “a “restrição” pela atividade normativa infraconstitucional dos direitos fundamentais é sempre excepcional somente possível quando exista “reserva de Constituição” ou decorrente da interação com outras disposições constitucionais, não podendo jamais atingir a extensão e o alcance do conteúdo essencial do direito. (CARVALHO, 2005, p. 51)

Deste modo, conclui: “enquanto a interpretação dos direitos fundamentais deve ser sempre ampliativa, a interpretação das restrições deve ser limitativa, inadmitindo-se cláusulas genéricas de restrição”. (CARVALHO, 2005, p.51)

O princípio fundamental da presunção de inocência é de extrema relevância ao processo penal como um todo, vez que o processo penal no Estado Democrático de Direito é construído em torno deste princípio. Em consonância com os ensinamentos de Montañés Pardo (1999, p. 38) “el concepto fundamental en torno al cual se construye el modelo de proceso penal, concretamente el proceso penal de corte liberal, en el que establecen garantías para el imputado”.

Em decorrência de tal princípio, tem-se que o ônus da prova recai sobre o Estado, por meio de um ente legitimado, o Ministério Público, que tem a incumbência de levantar a matéria concernente à prova de culpabilidade do imputado, sob o risco de absolvição do mesmo por falta de provas. Na mesma direção são os ensinamentos de Cretella Júnior (1988, p. 536), para quem a culpabilidade é “[...] a situação do agente que deve responder pela violação da lei penal”. O autor ainda diz “[...] o nexo subjetivo que une o autor ao crime, revestindo-se, no direito penal brasileiro, das formas de dolo e culpa” (CRETELLA JÚNIOR, 1988, p. 536) e acrescenta: “Conforme disse Francisco Campos, na exposição de motivos do Código Penal de 1940, sem o pressuposto do dolo e da culpa, strictu sensu, nenhuma pena será aplicada”. (CRETELLA JÚNIOR, 1988, p. 536)

Para Carvalho (2002, p. 55) “Cabe, portanto, ao órgão acusatório, a comprovação dos fatos que se ajustam a uma figura típica e da concorrência do imputado para os mesmos, a título de dolo ou culpa. Em nenhum caso deve ser admitida a presunção de culpa”.

A presunção de inocência é passível de prova em contrário, *iuris tantum*, é relativa e pode ser afastada, ao contrário do que atualmente defende o Superior Tribunal de Justiça acerca da vulnerabilidade, ou seja, que esta é absoluta, não cabendo prova em contrário, como se demonstrará no levantamento jurisprudencial. Ora, parece no mínimo contraditório que um Estado reconheça a mitigação de um direito fundamental, garantido expressamente na Constituição e em tratados internacionais, e a vulnerabilidade seja absoluta, não se admitindo prova em contrário.

O princípio da presunção de inocência traz outras implicações para o processo penal

Como regra probatória, a exemplo da necessidade de se verificar a existência dos fatos imputados, realizando-se uma atividade probatória que não se limite à ratificação dos elementos de prova colhidos no curso de inquérito policial e nem objetive a demonstração da fragilidade das desculpas apresentadas pelo acusado e,

por fim, que seja assegurado ao acusado o direito ao silêncio, vedada qualquer medida de coerção visando a obrigá-lo a produzir provas contra si. (CARVALHO, 2005, p. 56).

Além disso, devem ser observadas outras regras garantidas ao acusado, como contraditório e ampla defesa, publicidade, juiz natural, razoável duração do processo, sob pena de nulidade. Enfim “[...] a exigência de submissão dos procedimentos probatórios a certas regras – lógicas, psicológicas, éticas, jurídicas, etc. -, cuja inobservância acarretaria uma inevitável fratura entre o julgamento e a sociedade no seio da qual o mesmo é realizado”. (GOMES FILHO, 1995, p. 90)

A presunção de inocência também reflete na maneira como o acusado deve ser tratado pelo Estado durante o processo penal, preservando sua dignidade e seu direito fundamental à liberdade, evitando-se julgamentos e valorações antecipados, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, respeitando contraditório e ampla defesa. Como ensina Weber Martins Batista (1990, p. 05), estes cuidados devem ser tomados no intuito de que o acusado “[...] não seja tratado como mero objeto de investigações, mas como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo as garantias de plena defesa”.

Imperioso destacar que, consoante Cácia (2002), este princípio não deve ser interpretado de forma literal, com rigor formal, afinal, não se pode criar entraves às investigações e à função estatal. É aceitável que se ocorram suspeições no decorrer do processo, sobretudo sobre aqueles que se demonstrem envolvidos com o fato apurado. Como a própria professora enfatiza:

[...] aquela franquia individual há de ser recepcionada e acatada com a devida prudência, de modo a não contrariar os interesses da justiça e da sociedade. Que não se pode aplicar ao acusado as consequências que a lei prevê apenas como decorrência da sanção punitiva não resta dúvidas, outra coisa, no entanto, é a inadmissão de qualquer constrangimento ao imputado enquanto não transitado o decreto condenatório, em nome do estado de inocência. Nem mesmo na época de seu surgimento, perseguia o princípio tal desiderato. (CÁCIA, 2002, p. 59)

Vale lembrar que a presunção de inocência, ou do estado de inocência, não é absoluta, podendo ser elidida por prova em contrário:

A própria Declaração de Direitos Francesa de 1879, na parte final de seu art. 9º, admitia a relatividade da presunção de inocência, conforme se extrai de seu texto literal, anteriormente visto (...) no caso concreto de colisão entre o princípio do estado de inocência e o dever-poder do Estado de realizar a justiça, a verificação da realidade e circunstâncias, avaliando-se da necessidade imperativa de adoção de medidas restritivas dos direitos fundamentais, em prol da segurança social. É preciso

buscar-se o equilíbrio entre os abusos oriundos do liberalismo radical e a alegação infundada de defesa da sociedade como meio de sufocamento das conquistas de direitos e liberdades do indivíduo. Afinal, os direitos humanos existem para o aperfeiçoamento da vida social, não devendo ser entendidos como liberdades equivalentes a uma total ausência de coerção ou desvinculação do indivíduo de relações e laços, mas como meios para alcançar a realização de objetivos de interesse individual e social. (CARVALHO, 2005, p. 60-61)

De fato, como restou demonstrado, o que se busca é o equilíbrio entre a preservação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, que deve ser presumidamente reconhecido como inocente, e o interesse social e bem comum, que devem ser tutelados pelo Estado. Neste aspecto que se amolda perfeitamente a relatividade da presunção de inocência e a possibilidade de prova em contrário, ônus estatal, e não do acusado. O que se critica, aqui, é a não relativização da vulnerabilidade, presumidamente absoluta, não se admitindo prova em contrário em hipótese alguma, quando, por outro lado, o direito fundamental da presunção de inocência, um bem infinitamente maior, pois ligado à liberdade individual, é relativizado.

3.2 A capacidade de discernimento e consentimento do adolescente para o ECA

A vigência da Lei nº 12.015/09, ao contrário do que se preconizava, não encerrou os debates sobre os crimes sexuais praticados contra menores, uma vez que excluiu a figura da presunção de violência e inseriu a do vulnerável e, conseqüentemente, a da vulnerabilidade absoluta, ao instituir que todo e qualquer ato sexual ou ato libidinoso praticado com menor de 14 anos configura o tipo penal descrito no art. 217-A, do Código Penal. Reitere-se que o foco deste trabalho é a vulnerabilidade estabelecida por critério etário.

A justificativa para tal critério, puramente objetivo, sem se levar em conta fatores psicológicos etc., é a *innocentia concilli* do menor de 14 anos e sua falta de capacidade em anuir validamente para com a prática do ato sexual.

Desde então, a vulnerabilidade absoluta permeou os debates entre juristas de todo o país, não sendo unanimidade na doutrina nem na jurisprudência, dividindo opiniões acerca do início da capacidade volitiva e do critério objetivo adotado pelo legislador.

Consoante o que leciona Carvalho (2006, p. 98):

No âmbito normativo penal, o juízo de reprovação sobre a pessoa só é possível uma vez instalada sua capacidade de culpabilidade, entendida esta como o momento em que ela é capaz de alcançar a exata representação de sua conduta e agir com plena liberdade de entendimento e vontade. É a denominada imputabilidade que, na história do Direito Penal, sempre esteve vinculada à norma e quase sempre à idade.

Ainda neste contexto a professora lembra que “sempre houve variação, no tempo e no espaço, quanto à idade legal determinante da imputabilidade”. (CARVALHO, 2006, p. 98)

Procurando preservar esta variabilidade de desenvolvimento dos adolescentes, à luz dos preceitos trazidos pela Constituição Federal de 1988, foi editado, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, com vistas em garantir a “proteção integral” a esses jurisdicionados.

Esta proteção integral, da qual fala o artigo 1º do ECA está prevista no artigo 227 da Constituinte, que preceitua ser

[...] dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A doutrina da proteção integral visa “[...] garantir à criança e ao adolescente um crescimento saudável, para que cheguem à idade adulta em pleno equilíbrio moral, espiritual, intelectual, físico e socialmente adaptado”. (ISHIDA, 2010, p. 01).

Em seu artigo 2º, o mesmo Códex faz distinção entre a criança e o adolescente ao determinar que “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa com até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade”.

Tal distinção reflete no tratamento que o ECA dispensa à criança e ao adolescente, de forma diversa. É por esta razão que, quando se trata do procedimento de inserção do menor em família substituta, por adoção, guarda ou tutela, é exigida a manifestação de vontade do menor em audiência, quando este for maior de 12 anos, ou seja, adolescente. Urge aqui salientar a importância dada à manifestação de vontade do menor, inda que não possua 14 anos.

O mesmo diploma também reconhece certa capacidade de discernimento dos menores, entre 12 e 18, havendo possibilidade de responder por ato infracional. É neste sentido que ocorre mais uma diferenciação de tratamento entre adolescentes, menores entre 12 e 18 anos, e crianças, até 12 anos incompletos. Consoante os ensinamentos de Adelina de Cácia (2006, p. 101), neste diapasão, o Estatuto da Criança e do Adolescente

Criou clara distinção entre criança (pessoa até 12 anos incompletos) e adolescente (pessoa entre 12 e 18 anos incompletos), prevendo que ambos podem ser autores de crimes ou contravenções (ato infracional), estando, todavia, sujeitos, ao invés de pena, a primeira, a medidas de proteção, e o segundo, a medidas socioeducativas.

Assim, veja-se:

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

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

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.¹⁶

Para atos infracionais praticados por crianças, serão aplicadas as medidas de proteção, descritas no artigo 101 do referido estatuto, quais sejam:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - acolhimento institucional;

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX - colocação em família substituta.¹⁷

No que diz respeito aos adolescentes, menores entre 12 e 18 anos, o mesmo diploma legal prevê responsabilização por atos infracionais mais severa, cabendo, inclusive, medida de internação:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Nesta direção é o entendimento de Luiz Flávio Gomes (2001, p. 39), que ensina:

¹⁶ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em 05/10/2015.

¹⁷ Idem

O reconhecimento legal de que o adolescente (entre 12 e 18 anos) está sujeito a medidas socioeducativas (são medidas educativas só “formalmente”, como se sabe, porque substancialmente não são diferentes das sanções penais), que não se confundem com as aplicáveis à criança (medidas de proteção), é a prova mais que suficiente de que o legislador agora nele (adolescente) entreviu certa capacidade de discernimento, de compreensão.

O legislador pátrio, desde 1990, confere aos menores entre 12 e 18 anos a capacidade de discernimento do que é certo e errado, com previsão até mesmo de privação de liberdade conforme o caso, valida a capacidade de consentimento do mesmo adolescente quando se trata de inserção em família substituta, e em 2009, no século XXI, vai na contramão do que fora por ele outrora preconizado, ao não garantir ao menor de 14 anos validade de consentimento em relação à prática sexual sob o pretexto de que o mesmo não possui discernimento necessário para compreender a complexidade do ato sexual e seus desdobramentos.

Em igual tom, completa Gomes (2001, p. 40), ao afirmar que

Se o adolescente conta então com capacidade de decisão e, sobretudo, de sujeitar-se a medidas socioeducativas por ato infracional, emerge inconciliavelmente aporética, nos dias atuais, a presunção (...) de que o menor de 14 anos não tem capacidade ética de entender o ato sexual ou não tem capacidade de manifestar validamente sua vontade.

No mesmo trecho, conclui o autor:

Para se sujeitar às medidas punitivas do ECA, a manifestação de vontade do adolescente é válida. Para anuir a um ato sexual não seria? Que diferença fundamental existiria entre compreender o caráter ilícito do fato criminoso (dentro de certas limitações, é verdade) e compreender o caráter sexual de certos comportamentos, ainda mais quando se considera que esta última (compreensão), em geral, surge antes daquela? (GOMES, 2001, p. 40)

Ainda sobre a incoerência do Código Penal em relação ao ECA, Gomes (2001, p. 40) cita, no mesmo texto, a seguinte possibilidade:

Se um adolescente de treze anos pratica relação sexual com uma adolescente da mesma idade, aquele é *punido* porque (consoante o ECA) entende (ainda que relativamente) o caráter ilícito do fato, é dizer, o sentido ético da atividade sexual; ao mesmo tempo, absurdamente, é punido justamente porque a vítima, da mesma idade, (em razão de uma presunção do legislador de 1940), não entende o sentido ético do ato.

Evidentemente, há distinções entre responsabilidade penal e compreensão do ato sexual. Neste aspecto, se posiciona Adelina de Cácia (2006, p. 151-152):

Embora a responsabilidade penal e a compreensão sobre a atividade sexual sejam coisas distintas, possuem íntima relação em matéria de crimes sexuais, impondo-se uma lógica na fixação do momento de suas aquisições, sob pena do absurdo de, segundo o Código vigente, numa hipótese de dois menores de 13 anos de idade praticarem ato libidinoso um com o outro, ambos serem processados por ato infracional por terem certa capacidade de compreensão sobre seu ato e determinação, e, ao mesmo tempo, por terem praticado ato sexual com menor sem capacidade de consentimento válido para o ato sexual.

É inegável que a temática sexual tenha, há anos, deixado de ser tabu, fazendo parte do cotidiano de crianças e adolescentes no Brasil até mesmo nas escolas, devido à necessidade de se alertar aos jovens sobre os riscos de uma gravidez não programada e da transmissão de doenças. Nos meios de comunicação, na música, na televisão, cada vez mais está presente a temática sexual, seja nas letras das músicas, nos videoclipes, nas performances de artistas idolatrados pelo público adolescente, telenovelas, com cenas cada vez mais intensas de sexo, ou programas de TV com bailarinas e assistentes de palco em trajes íntimos. Isso sem mencionar a internet, campo absolutamente amplo para o acesso a conteúdos sexuais. Todos esses fatores contribuem, e muito, para o despertar precoce da sexualidade nos adolescentes, e esta evolução sexual, positiva ou negativa, não pode simplesmente ser ignorada, afinal, o adolescente de hoje não é o mesmo de 1940 e, embora a Lei 12.015/09 tenha dado fim à presunção de violência, incorporou ao Código Penal de 1940 o conceito de vulnerabilidade absoluta, com base no mesmo critério etário de 1940, como se nada tivesse mudado em relação ao desenvolvimento sexual dos adolescentes em 69 anos.

Carvalho (2006, p. 101), assim escreveu sobre o tema:

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

No mesmo sentido estão os ensinamentos de Gomes (2001, p. 43), que doutrina sobre a evolução do comportamento sexual dos jovens, e afirma que

Não se pode, por isso, de forma alguma, comparar um adolescente da década de 40 com um do terceiro milênio: há um abismo profundo entre eles (particularmente, agora, com a internet e o apogeu da era informacional, está cada vez mais evidente esse abismo). E se existe um abismo profundo entre duas realidades, não pode o

juiz, nessa era digital, continuar com as mesmas crenças (e pensamentos) da era analógica.

Ante o que fora exposto, fica clara a modificação ocorrida no comportamento sexual dos jovens e adolescentes, reflexo de uma mudança no padrão social. Cabe, deste modo, ao legislador pátrio e aos juristas perceberem tais alterações no seio da sociedade, sob pena de promoverem decisões injustas.

3.3 Levantamento Jurisprudencial

Restou evidenciado, acima, que as inovações trazidas pela Lei n° 12.015/09 não foram suficientes para encerrar o debate que tangencia os crimes sexuais praticados contra menores. Nos últimos anos, o que se vê é a não unanimidade tanto doutrinária quanto jurisprudencial, com enfoque na vulnerabilidade do menor de 14 anos de idade. Parte se posicionando favorável à relativização e outra permanecendo com o entender absolutista.

Como em outros temas que dividiram a opinião jurídica, é possível perceber a evolução do pensamento em linha vertical crescente, com grande parte dos magistrados e dos principais tribunais de justiça do país reconhecendo em suas decisões a relativização da vulnerabilidade, enquanto os tribunais superiores continuam conservadores, atentos à movimentação das outras instâncias, talvez à espera de uma maioria absoluta para que modifique o seu entendimento.

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal é irredutível no que diz respeito à vulnerabilidade:

EMENTA HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. CONSENTIMENTO E EXPERIÊNCIA ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM DENEGADA. 1. Para a configuração do estupro ou do atentado violento ao pudor com violência presumida (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009), é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência a que se refere a redação anterior da alínea a do art. 224 do Código Penal é de caráter absoluto. Precedentes (HC 94.818, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 15/8/08). 2. Ordem denegada. (HC 97052, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-176 DIVULG 13-09-2011 PUBLIC 14-09-2011 EMENT VOL-02586-01 PP-00012)¹⁸

¹⁸ Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179099&base=baseAcordaos>> Acesso em 08.09.2015)

Em igual posição, encontra-se o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REEXAME DE PROVAS. DESRESPEITO. SÚMULA 7/STJ. INEXISTÊNCIA. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO JÁ DECIDIDO. REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE. RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE. CÓDIGO PENAL MILITAR. INOVAÇÃO DE TESE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. PREMISSE EQUIVOCADA. DIVERGÊNCIA INTERNA. VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. DISCUSSÃO. VIA INADEQUADA.

PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA. QUESTÃO PREJUDICADA.

1. Inexistiu desrespeito ao comando da Súmula 7/STJ, uma vez que a decisão agravada apenas atribuiu adequada qualificação jurídica aos fatos, na forma como narrados no acórdão recorrido, o que não constitui reexame de provas.

2. Não havia necessidade de suspensão do processo em razão da existência de recurso especial repetitivo pendente de julgamento, uma vez que o tema debatido possuía jurisprudência pacificada neste Tribunal. Ademais, o aludido repetitivo (REsp n. 1.480.881/PI) foi provido, por unanimidade, na sessão de 26/8/2015, pela Terceira Seção desta Corte, para reafirmar que o consentimento da vítima, a existência de relacionamento amoroso ou a sua experiência sexual anterior não afastam a configuração do crime do art. 217-A do Código Penal.

3. A existência de repercussão geral em recurso extraordinário não torna obrigatório o sobrestamento de recurso especial, tendo em vista que, ao contrário do que ocorre no primeiro, a controvérsia, nesse último, é debatida apenas sobre o enfoque infraconstitucional.

4. A alegação de que deveria haver a relativização da presunção de vulnerabilidade, em razão do disposto no art. 236, I, do Código Penal Militar, porque este constituiria legislação mais moderna do que o Código Penal comum, constitui inovação de tese, pois não constou das contrarrazões oferecidas pela defesa ao recurso especial acusatório e, ainda, não foi objeto de debate no acórdão recorrido, carecendo de prequestionamento, nos termos da Súmula 282/STF.

5. Embora o Código Penal militar seja mais recente que o Código Penal comum, o delito de que cuida os presentes autos é decorrente da alteração introduzida nesse último pela Lei n. 12.015/2009, que modificou a maior parte das disposições referentes aos crimes sexuais, sendo, portanto, mais atual que o Código Penal Militar.

Premissa equivocada do argumento formulado.

6. Há recurso próprio para discutir possível divergência entre julgados proferidos pelos diversos Colegiados que integram este Tribunal Superior. Sendo inviável, portanto, resolver-se o eventual dissenso existente no âmbito deste agravo regimental em recurso especial, mesmo porque não compete à Sexta Turma tal função uniformizadora específica.

7. É inviável a análise da tese de que a atribuição de caráter absoluto à presunção de vulnerabilidade ofenderia o disposto no art.

5º, II, da Constituição da República, pois não cabe a este Tribunal, em recurso especial, debater questões constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento.

8. Levado o presente agravo regimental a julgamento perante a Sexta Turma, fica prejudicada a arguição de nulidade da decisão agravada por ofensa ao princípio da colegialidade.

9. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1439120/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 29/09/2015)¹⁹

¹⁹ Disponível em

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=estupro+de+vulner%El+vel+consentimento&&=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em 29.07.2015.

Em contrapartida, alguns tribunais de justiça tem reconhecido a relativização da vulnerabilidade. É o caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA COM 13 ANOS DE IDADE. VULNERABILIDADE NÃO EVIDENCIADA. HIPÓTESE DE REFORMA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

Embora a redação do art. 217-A, caput, do Código Penal seja clara ao estabelecer que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos caracteriza estupro de vulnerável, a realidade social permite relativizar a situação de vulnerabilidade, de modo que seja examinada casuisticamente para verificação da presença, ou não, dos elementos do tipo penal no caso em julgamento. Na atualidade, os conhecimentos são disseminados rapidamente entre os jovens, cada vez mais precoces e que apresentam vertiginoso desenvolvimento intelectual e cognitivo, de modo que há situações em que se evidencia que a Lei possa estar, caso a caso, em descompasso com a realidade social.

Hipótese em que o réu e a suposta vítima mantêm relacionamento marital, com o consentimento da família, passando a residir juntos antes mesmo do nascimento do filho comum, apesar da idade da ofendida – 13 anos. Aliado a isso, inexistem evidências indicando que a vítima não tinha discernimento das consequências de seus atos, de modo que a absolvição do réu se mostra a solução mais adequada para o caso. Sentença condenatória reformada.

APELAÇÃO PROVIDA. (Apl. Crim. nº 70063810196 [nº CNJ: 0066397-12.2015.8.21.7000] 5ª Câmara Criminal – TJRS. Rel. Des. André Luiz Planella Vilarinho. j. 10/06/2015)²⁰

Neste sentido, é o posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO PRETENDIDA. PLEITO NÃO ACOLHIDO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE IMPÕE A RELATIVIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DE VULNERÁVEL. CONSENTIMENTO ESPONTÂNEO DA MENOR PARA O ATO SEXUAL. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

Recurso improvido. (Apl. Crim. nº 0070174-93.2014.8.26.0050 – TJSP – 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL. Rel. Des. Paulo Antônio Rossi. j. 29.07.2015)²¹

Acompanhando a tendência de reconhecimento à relativização da

²⁰ Disponível em

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=estupro+de+vulner%C3%A1vel+consentimento&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris> Acesso em 29.07.2015.

²¹ Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=8672652&cdForo=0>> Acesso em 29.07.2015.

vulnerabilidade está o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – SUBTRAÇÃO DE INCAPAZ – VÍTIMA QUE CONSENTIU COM ATO SEXUAL – CONVIVÊNCIA MARITAL – ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA – INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO – RECURSO PROVIDO. (Emb. Infr. e de Nul. nº 0000005-27.8.12.0034/50000 – Glória de Dourados. TJMS – Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. j. 29.04.2015)²²

²² Disponível em: <

<http://www.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=E6BBAF34B781BD415BEBDF7A030EBB63.cjsg2?cdAcordao=516632&cdForo=0&v1Captcha=xtaru>> Acesso em 29.07.2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a promulgação do Código Penal de 1940, os debates acerca dos crimes sexuais contra menores ganharam destaque na esfera penal. A princípio, a discussão existente estava no tocante à presunção de violência nos atos sexuais praticados com menores de 14 anos de idade, prevista no art. 224 do diploma e o entendimento majoritário de seu absolutismo. Absolutismo este justificado a partir do critério etário puramente objetivo, segundo o qual os menores de 14 anos não seriam capazes de compreender a complexidade do ato sexual, razão pela qual o seu consentimento para tal não teria validade.

A celeuma jurídica dividiu opiniões e permaneceu por 69 anos, quando o legislador, por meio da Lei nº 12.015/09, inseriu no Código Penal de 1940 o art. 217-A e com ele a figura do vulnerável - menores de 14 anos; doentes ou deficientes mentais e aqueles que por qualquer razão não possam oferecer resistência – reitera-se que o presente estudo possui enfoque no vulnerável por critério etário.

Contudo, ao contrário do que se esperava, o art. 217-A não pôs fim ao debate, uma vez que retirou a presunção de violência, mas colocou em seu lugar a vulnerabilidade absoluta, com base no mesmo critério etário estabelecido há,então, quase sete décadas.

Neste meio tempo, em 1990, o legislador elaborou o Estatuto da Criança e do Adolescente. No referido diploma, o legislador reconhece como adolescentes aqueles entre 12 anos e 18 anos e confere a estes adolescentes a validade de consentimento em casos de adoção, guarda e tutela. Inobstante, foi reconhecida certa capacidade de discernimento ao se estabelecer que os mesmos adolescentes possam responder por ato infracional, inclusive, possibilitando a privação de sua liberdade por meio da internação.

Ora, como é possível o mesmo legislador, em um diploma jurídico determinar quem são os adolescentes de um país, reconhecer seu consentimento para determinados assuntos e responsabilizá-los pela prática de atos infracionais, e em outro diploma não reconhecer essa mesma capacidade volitiva e discernimento a uma parte destes mesmos adolescentes, com base em critério etário anterior ao estabelecido na década de 90 (ECA)?

Há que se ressaltar, ainda, que o Código de 1940, pela obriedade da data de sua promulgação, não tem como norte a Constituição Federal de 1988, ao contrário do ECA, que data de 1990. Trocando em miúdos, os critérios estabelecidos no ECA se amoldam a todos os princípios e garantias fundamentais preceituados na atual Carta Magna, enquanto o critério etário do art. 217-A que, diga-se de passagem, é o mesmo de 1940, não, além de não se enquadrar também aos atuais padrões sociais.

Seguindo este raciocínio, chega-se à conclusão de que a vulnerabilidade absoluta vai de encontro a alguns princípios constitucionais. Neste trabalho, buscou-se enfatizar o princípio da presunção do estado de inocência, segundo o qual nenhum indivíduo pode ser considerado culpado antes de sentença penal condenatória transitada em julgado. Em se tratando de vulnerabilidade absoluta e ausência de consentimento válido para todo e qualquer adolescente menor de 14 anos, resta prejudicado tal princípio, vez que a prática do ato sexual por si só enseja responsabilidade penal, sendo inútil qualquer prova em sentido contrário, prejudicando também contraditório e ampla defesa.

Como seria possível se falar em presunção de inocência de um indivíduo que tem relações sexuais consentidas com menor de 14 anos, com a qual possui relacionamento, inclusive com ciência dos pais, se o ordenamento jurídico prevê no art. 217-A do Código Penal o estupro de vulnerável independentemente de consentimento do menor, em qualquer hipótese?

O legislador privou o magistrado de analisar as circunstâncias do fato, tendo que condenar alguém, que deveria ser presumidamente inocente, pura e simplesmente pela existência do fato, logo na esfera do Direito Penal, que é tão complexo e casuístico, requerendo análise pormenorizada das circunstâncias.

Poder-se-ia, ainda, citar os princípios da dignidade e liberdade sexuais, inseridos no campo da dignidade da pessoa humana, o princípio da lesividade e o princípio da adequação social, sobre os quais pretendemos nos debruçar em trabalhos futuros.

A nosso ver, foi acertada a inserção da Lei nº 12.015/09 no intuito de excluir a presunção de violência do diploma e manter a proteção ao menor de 14 anos, por meio da figura do vulnerável, com vistas em coibir a prática do abuso e exploração sexual contra menores. No entanto, a manutenção do mesmo critério etário utilizado em 1940 se transforma em verdadeiro equívoco, sobretudo após o ECA, em 1990, dizer quem são os adolescentes brasileiros e qual sua responsabilidade e capacidade de discernimento e consentimento.

Ora, não há como se negar que o perfil do jovem brasileiro evoluiu de 1940 a hoje e que houve verdadeira revolução no comportamento sexual da própria sociedade, de modo geral, incentivada sobremaneira pela mídia, o que influencia a iniciação sexual precoce dos adolescentes. Se bom ou ruim, certo ou errado, não é papel do Direito Penal dizer, mas não há como negar o que se passa na sociedade hodierna. O Direito existe em função da sociedade e pela sociedade, para regular as interações sociais, dentro dos padrões acolhidos por essa mesma sociedade, e não para modificar ou criar novos padrões sociais. Fato é que, na sociedade do século XXI, os adolescentes se desenvolvem e amadurecem precocemente, tanto

física quanto psicologicamente, e, em determinados casos, a manutenção da relação sexual com menor de 14 anos não é repudiada pelo clamor social, como fora na década de 1940.

Evidentemente que estes adolescentes devem ser protegidos e seus direitos devem ser resguardados, porém, a mera repressão ou proibição de sua vida sexual, dependendo do caso concreto, pode resultar em violação dos mesmos direitos os quais se visa tutelar. Esta celeuma jurídica, que divide doutrina e tribunais, pode ser resolvida pela simples padronização do entendimento, nos tribunais superiores, em prol da vulnerabilidade relativa, ou por meio da reforma legislativa, inserindo no próprio texto legal a relativização da vulnerabilidade, o que permitiria ao juiz a análise de todas as circunstâncias envolvendo o caso em tela, sem violação de direitos de nenhuma das partes.

Veja-se, o intuito deste trabalho não é apoiar verdadeira banalização sexual dos jovens e adolescentes, todavia não é possível dizer que o comportamento e desenvolvimento sexuais dos adolescentes deste novo milênio são os mesmos dos adolescentes contemporâneos ao Código Penal de 1940. Que esta revolução sexual deve ser discutida, entendida e analisada, não há que se negar, também. Por outro lado, não cabe ao Direito Penal reformular padrões sociais, a esfera penal do Direito tipifica como antijurídicas aquelas condutas que não são aceitas pela sociedade da qual emerge, de modo que não faz sentido a tipificação de uma conduta a qual a sociedade considera ou passa a considerar lícita.

Se toda essa revolução sexual que se passa diante de nossos olhos, com o despertar precoce dos adolescentes à sexualidade, é boa ou má, cabe ao Estado intervir, sim, mas na educação, na base da formação desses adolescentes, tornando-os mais racionais e desenvolvidos intelectualmente, conseqüentemente mais seletivos para com o que consomem e com o que lhes influenciará e quem os representará. A nosso ver, a educação eficaz e acessível não resolveria apenas o problema da banalização sexual, como outros tantos, como marginalidade, corrupção, etc., contudo, uma população esclarecida, neste país, não parece ser de interesse de todos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil de 1824**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 20.06.15.
- _____. **Lei n° 8.072/1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em 30.07.2015.
- _____. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 30.07.2015.
- _____. **Código Criminal do Império do Brazil de 1830**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 20.06.15.
- _____. **Código Penal Brasileiro (redação original)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art232>. Acesso em 23.06.2015.
- _____. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 30.07.2015.
- _____. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 30.07.2015.
- _____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em 05/10/2015.
- _____. **Lei n° 12.015/2009**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em 27.06.2015.
- _____. **Código Penal dos Estados Unidos do Brazil**. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 20.06.15.
- ANTON, Tomás S. Vives (et. al). **Derecho Penal**, parte especial. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.
- BÁRTOLI, Márcio. **A Capacidade de Autodeterminação Sexual da Vítima como Causa de Relativização da Presunção de Violência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 678, 1992.
- BATISTA, Weber Martins. **O Princípio Constitucional de Inocência: Recurso em Liberdade, Antecedentes do Réu**. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. São Paulo, n° 6, 1990.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**. Parte especial. V. II, n.º 4. Colômbia: Temis, 1986.

CARVALHO, Adelina de Cácia Bastos Oliveira. **Violência Sexual Presumida**. Curitiba: Juruá, 2005.

COSTA, José Armando da. **Estrutura Jurídica da Liberdade Provisória**. São Paulo: Brasília Jurídica, 1997.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal** - parte especial: arts. 213 a 259 CP. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nº 42, abr. 1994.

GRECO, Rogério. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. Disponível em < <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1031>>. Acesso em 10.08.2015.

GUERRA FILHO, Wilis Santiago. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Comentários ao Código Penal**: arts. 197 a 249. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. V. VIII.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal Brasileiro de 1940. Disponível em < <http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em 23.06.15.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Especial. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 20.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MAGALHÃES, Noronha E. **Direito Penal**, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1961.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. **La Presunción de Inocencia-Análisis Doctrinal y Jurisprudencial**. Pamplona: Arazandi, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte especial. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, José de Alcântara Machado de. **Projeto do Código Criminal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

Ordenações Filipinas. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1172.htm>>. Acesso em: 15.06.15.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos Jurídicos-Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Especial – art 121 a 249**. 9 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

Projeto de Lei nº 253/2004. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=36730&tp=1%3E.>>. Acesso em 27.06.2015.

SILVA, Savigny G. de Souza da. **A Relativização do Conceito de Vulnerabilidade por Critério Étario nos Crimes Sexuais**. Rio de Janeiro. 2014.

STF - HC 97052, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-176 DIVULG 13-09-2011 PUBLIC 14-09-2011 EMENT VOL-02586-01 PP-00012 - Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179099&base=baseAcordaos>> Acesso em 08.09.2015.

STJ - AgRg no REsp 1439120/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 29/09/2015 - Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=estupro+de+vulner%E1vel+consentimento&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em 29.07.2015.

TJMS - Emb. Infr. e de Nul. nº 0000005-27.8.12.0034/50000 – Glória de Dourados. TJMS – Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. j. 29.04.2015 - Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=E6BBAF34B781BD415BEBDF7A030EBB63.cjsg2?cdAcordao=516632&cdForo=0&vlCaptcha=xtaru>> Acesso em 29.07.2015.

TJRS - Apl. Crim. nº 70063810196 [nº CNJ: 0066397-12.2015.8.21.7000] 5ª Câmara Criminal – TJRS. Rel. Des. André Luiz Planella Vilarinho. j. 10/06/2015 - Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=estupro+de+vulner%C3%A1vel+consentimento&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politi>

ca-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em 29.07.2015.

TJSP - Apl. Crim. n° 0070174-93.2014.8.26.0050 – TJSP – 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL. Rel. Des. Paulo Antônio Rossi. j. 29.07.2015 - Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8672652&cdForo=0>> Acesso em 29.07.2015.

APÊNDICES

QUESTIONÁRIO – PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE

1. Você acredita que a lei 12.015/09 pôs fim ao debate acerca dos crimes sexuais praticados contra menores quando introduziu a figura do vulnerável no art. 217-A do CP? Por que?
2. Você é favorável ou contrário à presunção absoluta de vulnerabilidade do menor de 14 anos? Por qual razão?
3. O Legislador brasileiro, no ECA, prevê a possibilidade do adolescente, a partir dos 12 anos, responder por ato infracional, contudo, não o considera capaz volitivamente no que tange o espectro da sexualidade, no art. 217-A do CP. Para você, tal diferenciação nos critérios etários é acertada? Por que?
4. Dignidade e Liberdade sexuais encontram-se inseridas no plexo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e, parafraseando a doutrina pátria, representam a possibilidade de utilizar o próprio corpo para satisfação sexual da forma que for conveniente e com quem for conveniente, desde que não haja violação de direito ou lesão a bem jurídico. O Estupro de Vulnerável encontra-se no capítulo dos Crimes Contra a Dignidade Sexual e tem sua origem no crime de Estupro e no extinto Atentado Violento ao Pudor, ambos inseridos no rol de Crimes Contra a Liberdade Sexual, do mesmo capítulo. O Legislador pátrio, na busca de proteger a Dignidade Sexual do vulnerável, acabou por tolher sua Liberdade Sexual, sob o pretexto de que o mesmo não possui capacidade de compreender e consentir com o ato sexual, não havendo, assim, que se falar em liberdade neste aspecto. Para você, foi a melhor saída? Se não, qual seria?
5. Você é favorável ao critério etário, objetivo, estabelecido pelo Legislador no art. 217-A? Por que?
6. Na sua opinião, a interpretação do art. 217-A do CP com fulcro numa presunção absolutista de vulnerabilidade, ofende algum Princípio Constitucional? Qual (is)?
7. Para você, uma decisão judicial tomada com base na vulnerabilidade absoluta é passível ser injusta quando da análise do caso concreto? Por que? E a decisão tomada com base na vulnerabilidade relativa? Por que?
8. Qual a finalidade do Direito para você, jurista?
9. Você acredita que seria possível a aplicação do Princípio da Adequação Social ao art. 217-A?

10. Desde o vigor da Lei 12.015, muito se tem debatido acerca da presunção de vulnerabilidade, se absoluta ou relativa, sendo possível, em alguns Tribunais de Justiça brasileiros, encontrar decisões que reconheçam a relatividade, muito embora os Tribunais Superiores mantenham a interpretação absolutista. Em sua opinião, qual seria a saída mais acertada para resolver a celeuma jurídica exposta?

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL

Gabinete do Desembargador Romero Osme Dias Lopes

RESPOSTA DO QUESTIONÁRIO SOBRE PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE

1 – De modo algum. Com as alterações trazidas pela novel lei, o estupro de menor de 14 anos passou a ter tipificação específica no art. 217-A, do Código Penal (estupro de vulnerável), e já não se fala mais em presunção de violência, mencionada no revogado art. 224, do mesmo Codex. Pretendeu o legislador, com essa alteração legislativa, não permitir mais nenhuma dúvida quanto à irrelevância de eventual consentimento da vítima, de sua experiência sexual ou da existência de relacionamento amoroso com o agente. Muito embora este seja o posicionamento dominante atualmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tese fixada pela 3ª Seção, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, nem de longe referido dispositivo encerra a discussão a respeito do tema, pois nunca houve consenso. Filio-me à corrente minoritária, que entende que a modernidade, a evolução dos costumes e o maior acesso à informação valem para flexibilizar a vulnerabilidade do menor. Nesse sentido, esclarecedoras são as lições doutrinárias de Guilherme de Souza Nucci, *verbis*:

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa posição é a que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do 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 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 do menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento a estender ao menor de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece 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, segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual.

2 – Posiciono-me contrário à presunção absoluta de vulnerabilidade do menor de 14 anos, justamente por ir na contramão da evolução pela qual passa nossa sociedade. Não se olvida que o direito penal analisa o fato concreto praticado, contudo, deve-se levar em consideração o grau de instrução, informação e maturidade da suposta vítima, uma vez que a lei penal deve garantir a proteção da liberdade sexual, e jamais atuar como limitador da liberdade individual. Deste modo, na casualística, é possível se deparar com jovens que necessitam da proteção legal, ao passo que há outros que dela não necessitam.

3 – Tal diferenciação mostra-se contraditória, na medida em que ambas tratam da capacidade do ser humano. Soa desarrazoado afirmar que o adolescente de 12 anos tem discernimento para responder penalmente pela prática de ato infracional e, ao mesmo tempo, que ele não possui capacidade para

realizar escolhas no âmbito sexual. A meu ver, faltou coerência no processo legislativo quando da edição do art. 217 – A, do CP. Afinal, ou o adolescente é capaz para ambas as situações ou incapaz.

4 – Não. Reafirmo que sou contrário ao critério etário estabelecido pelo legislador no art. 217-A, do CP, porque, ainda que para a caracterização do crime de estupro de vulnerável seja necessária a comprovação da idade da vítima, aludido critério, por si só, em determinadas situações, em razão do contexto fático, não autoriza a tipificação, exigindo-se a relativização da vulnerabilidade.

5 – Evidente que sim, pois há situações em que a interpretação literal do dispositivo pode levar a conclusões baseadas unicamente na análise da idade da vítima, deixando-se de examinar o contexto em que ocorreram os fatos, e não permitindo que a situação de vulnerabilidade seja examinada casuisticamente, sem se perquirir acerca de eventual constrangimento na prática do crime.

6 – Sim, plenamente possível, aliás, a aplicação do princípio da adequação social encontra apoio em parte da jurisprudência que tem relativizado a vulnerabilidade. Atualmente, são raros os casos de adolescentes que não conhecem sobre sexo, já que os meios de comunicação de massa divulgam o tempo todo o assunto, bem como escolas da rede pública e privada ministram aulas de educação sexual e até incentivam a prática. O resultado disso são as estatísticas mostrando que adolescentes tem perdido a virgindade cada vez mais cedo. Portanto, trata-se de dados que o operador do direito não pode ignorar na prática jurídica. Nesse sentido adotamos as lições doutrinárias de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró²³, o qual reflete o nosso pensamento. Vejamos:

*Por fim, é de se destacar que todas as observações sobre a evolução dos costumes, da melhoria do nível de informação sobre os assuntos do sexo e a maior maturidade das adolescentes serão úteis para justificar uma mudança legislativa, seja reduzindo a idade da **presunção**, seja abolindo-a. Pelos mesmos fundamentos, pode-se concluir que a presunção de violência da menor de 14 anos não é mais razoável e, conseqüentemente, a norma do art. 224, letra a, do CP fere o devido processo legal em seu significado substancial, ou substantive due process. Diante das alterações dos costumes – e são enormes as diferenças, por exemplo, entre uma criança de 13 anos em 1940 e uma adolescente de 13 anos em 2002! -, é questionável a razoabilidade de uma lei que presuma que uma adolescente que não é maior de 14 anos não teria conhecimento e capacidade para validamente consentir na prática de atos sexuais. De outro lado, é preciso ter em consideração que o bem penalmente tutelado nos crimes contra os costumes é a liberdade sexual, isto é, o direito de exercer a atividade sexual em liberdade, e não a honestidade da vítima. Assim, no caso em que uma adolescente de 13 anos validamente consinta na prática do ato sexual, não haverá lesão ao bem jurídico tutelado. Conseqüentemente, a ausência de lesividade da conduta tornará impossível a condenação do acusado, em decorrência do princípio nullum crime sine iniuria.*

De igual modo, a lição do Ministro Celso Limongi, quando do julgamento do HC 88664/GO. Vejamos:

(...) Imagine-se a hipótese de um jovem de 18 anos de idade que beije lascivamente sua namorada de 13 anos ou que com ela pratique alguns atos libidinosos não dos mais íntimos. Pela presunção de violência que o Código Penal de 1940 estabelece, pois a menor de 14 anos não dispõe de vontade válida, será esse jovem condenado a no mínimo 6 anos de reclusão! E o Código, ao presumir a violência por não dispor a vítima de vontade válida, está equiparando essa adolescente a uma pessoa portadora de alienação mental, o que, convenhamos, não é razoável. Isto, em pleno século XXI!

²³ in Ônus da Prova no Processo Penal – RT – página 359-361

A Constituição Federal importou do direito anglo-americano o princípio do devido processo legal na sua face substantiva, de modo que ela autoriza a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a permitir que o juiz hoje se inquiete com a injustiça da lei, a proporcionalidade dos encargos, a razoabilidade da lei, quando antes não era senão a voz da lei, o cego cumpridor da lei, o escravo da lei, um ser como que inanimado, como preconizava Montesquieu, preocupado, naquele contexto histórico em que viveu, com poder o magistrado interpretar a lei. Aliás, Manoel Gonçalves Ferreira Filho deixou assentado:

Contudo, a Carta Lhe (ao Judiciário) deu, mesmo nessa função típica, em certo distanciamento em relação a lei que não admitia a doutrina clássica. Com efeito, o texto importou o due process of law substantivo do direito anglo-americano (art. 5º, LIV), afora o aspecto formal, de há muito presente em nosso sistema por meio dos princípios da ampla defesa, do contraditório, etc., mantido no art. 5º, LV da Constituição. Assim pode hoje o magistrado inquietar-se sobre a razoabilidade da lei, a proporcionalidade dos encargos que acarreta, etc., quando antes não lhe cabia senão ser a voz da lei. (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, pág. 67).

E, efetivamente, não se pode admitir no ordenamento jurídico uma contradição tão manifesta, a de punir o adolescente de 12 anos de idade, por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz, tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal. Isto, quando já se sabe que o adolescente de hoje recebe muito mais informações sobre sexo do que o adolescente da década de 1940...

A interpretação da lei exige, de tal arte, coerência, harmonização das disposições legais, evitando interpretações que se contraponham.

...

Diante de matéria tão polêmica, não é fácil tarefa enfrentar o caso em julgamento. De qualquer modo, os fatos são esses, incontroversos, prontos para receber a classificação que a maioria houver por bem fazer.

Um ponto apenas: em artigo publicado no jornal 'Folha de S. Paulo', caderno 'Equilíbrio', de 21 de maio de 2009, noticiou-se que a antecipação da puberdade é um fenômeno mundial relacionado a fatores como a melhor alimentação, acrescentando que as meninas de hoje são mais informadas e encaram com mais naturalidade a transição rumo à vida adulta.

Nesse artigo extraio trecho importante:

A idade média do desenvolvimento dos seios baixou de 10,88 anos entre 1991 e 1993 para 9,86 entre 2006 e 2008, período em que os autores acompanharam mais de 2.000 garotas entre cinco e 20 anos. Aliás, fico com a sensação de que a menina de 14 anos de idade, à época do nascimento do Código Penal não era mais instruída sobre temas sexuais, do que a menina de 12 anos de hoje...

*Todavia, sempre atento aos princípios constitucionais, garantidores da liberdade individual, e preocupado sempre com inversões, em que a lei ordinária se sobreponha à Constituição Federal, e, em especial, não havendo previsão legal expressa de que **estupro** e atentado violento ao pudor, por violência ficta, se qualifiquem como delitos hediondos, meu voto é pela concessão da ordem para desconstituir a decisão que condenou o paciente como incurso nas penas do artigo 213, absolvendo-o sob o fundamento de que os fatos a ele imputados não configuram, na espécie destes autos, crime de estupro com violência presumida.(...)"*

7 – A melhor solução é deixar a cargo do julgador apreciar as particularidades de cada caso em concreto, com o intuito de avaliar se a vítima se insere em um contexto de vulnerabilidade a atrair a incidência da regra em questão.