

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO**

NATÁLIA GONÇALVES MORAIS

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: Um estudo acerca da validação do consentimento da
vítima menor de catorze anos**

**RUBIATABA/GO
2019**

NATÁLIA GONÇALVES MORAIS

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: Um estudo acerca da validação do consentimento da vítima menor de catorze anos

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Edilson Rodrigues, Mestre em Ciências Ambientais.

**RUBIATABA/GO
2019**

NATÁLIA GONÇALVES MORAIS

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: Um estudo acerca da validação do consentimento da vítima menor de catorze anos

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Edilson Rodrigues, Mestre em Ciências Ambientais.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM ___ / ___ / ___

**Edilson Rodrigues Mestre em Ciências Ambientais
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Rogério Gonçalves Lima Mestre em Ciências Ambientais
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**José Carlos Cardoso Ribeiro Especialista em Direito Tributário
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha mãe, que sempre me orientou para trilhar o caminho certo e não mediu esforços para me ver feliz, mesmo em meio às dificuldades. A minha irmã, que esteve me apoiando com toda força necessária para que pudesse conquistar essa vitória. E ao meu namorado Thiago, que a todo tempo esteve ao meu lado, com toda sua atenção, me incentivando e prestando toda ajuda.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me capacitado e abençoado, por proporcionar tranquilidade ao meu coração quando precisei e por ter permitido que tudo isso fosse possível em minha vida, não somente nesses anos como universitária, mas também em todos os momentos, Ele é o maior mestre que alguém pode conhecer; a minha mãe Cleusa, meu exemplo, que com seu amor incondicional sempre lutou por mim, sendo pai e mãe e não mediu esforços para a realização de mais essa etapa em minha vida, sou grata por cada incentivo, cada oração e cada conselho; a minha irmã Amanda, que compartilhou comigo de perto a alegria de concluir este estudo, sempre acreditou em mim e todos os dias me deu forças; ao meu namorado Thiago, pois esteve ao meu lado a todo o tempo, me ajudando, dando total apoio, passando confiança e tranquilidade quando precisei. Obrigada pela paciência e dedicação que teve comigo; ao meu orientador, Professor Edilson, pela atenção durante o desenvolvimento deste trabalho, pela acessibilidade e apoio profissional. Enfim, cada um de vocês foram importantes durante a trajetória da minha vida acadêmica.

“Ciência penal não é só a interpretação hierárquica da lei, mas, antes de tudo, a revelação de seu espírito e a compreensão de seu escopo, para ajustá-la a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida.”

Nelson Hungria

RESUMO

O tema desta pesquisa é: Estupro de vulnerável: um estudo acerca da validação do consentimento da vítima menor de catorze anos. Nesse sentido, tem como objetivo analisar se o consentimento da vítima menor de catorze anos, que possua uma vida sexual ativa e tenha discernimento do ato, ser válido, ao ponto de desclassificar o crime de estupro de vulnerável. A presente pesquisa pretende-se responder a problemática geral, qual seja: Se diante do consenso da vítima menor de catorze anos, ainda assim, configuraria o crime de estupro de vulnerável, tendo em vista, a vontade e capacidade de praticar o ato. Obtendo como método o estudo de referências bibliográficas, legislação que regula o crime em estudo e posicionamentos jurisprudenciais, com intuito de analisar casos concretos, sendo que certos Tribunais decidem pela vulnerabilidade absoluta, enquanto outros pela vulnerabilidade relativa, em resumo, tem-se como base uma pesquisa exploratória. O resultado encontrado é que, cabe ao magistrado ao julgar um caso de estupro de vulnerável, que ficou comprovado o consentimento da vítima, analisar detalhadamente o caso concreto, observando-se os elementos, como o seu grau de discernimento, suas condições pessoais, seu comportamento, se o bem tutelado, que é a dignidade do vulnerável, não foi lesada, em resumo, as circunstâncias que levaram ocorrer o fato, pois, presencia-se hoje, uma evolução bastante desenfreada dos adolescentes, e o legislador de fato, não consegue acompanhar estas alterações. Havendo isto, o consentimento da vítima menor de catorze anos poderá ser válido para desclassificar o crime de estupro de vulnerável, mas vale ressaltar que, o magistrado decidindo pela relativização da vulnerabilidade sexual, deve sempre observar as situações específicas, a fim de evitar uma impetuosa responsabilidade objetiva e afronta aos princípios consagrados pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Consentimento. Estupro de vulnerável. Relativização da vulnerabilidade sexual.

ABSTRACT

The subject of this research is: Rape of vulnerable: a study about the validation of the consent of the victim under fourteen years. In this sense, it aims to analyze whether the consent of the victim under the age of fourteen, who possesses an active sex life and has a discernment of the act, is valid, to the point of declassifying the crime of rape as vulnerable. The present research aims to answer the general problem, which is: If the consensus of the victim under fourteen years of age, it would still constitute the crime of rape of vulnerable, in view of the willingness and ability to practice the act. As a method the study of bibliographical references, legislation that regulates the crime under study and jurisprudential positions, with the intention of analyzing concrete cases, being that certain Courts decide for the absolute vulnerability, while others for the relative vulnerability, in summary, it is based an exploratory research. The result is that it is up to the magistrate to judge a case of rape of a vulnerable person, that the victim's consent has been verified, to analyze in detail the concrete case, observing the elements, such as his degree of discretion, his personal conditions, his behavior, if the protected property, which is the dignity of the vulnerable, was not prejudiced, in short, the circumstances that led to the occurrence of the fact, because, today, there is a fairly unbridled evolution of adolescents, and the legislator does not, in fact, these changes. In this case, the consent of the victim under the age of fourteen may be valid to disqualify the crime of rape from vulnerable, but it is worth emphasizing that the magistrate deciding to relativize sexual vulnerability must always observe the specific situations in order to avoid an impetuous responsibility and faces the principles enshrined in the Federal Constitution.

Keywords: Consent. Rape of vulnerable. Relativization of sexual vulnerability.

Traduzido por Débora Gomes Moura, graduada em Licenciatura Plena em Letras, pela Universidade Estadual de Goiás (UEG).

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

CP - Código Penal

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

FL - Folhas

Nº - Número

P.- Página

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJ-GO - Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

TJ-RS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

§ - Parágrafo

§§ - Parágrafos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 BREVE HISTÓRICO DO CRIME DE ESTUPRO	13
2.1 Do estupro de vulnerável	14
2.2 Sujeito ativo e sujeito passivo	15
2.3 Elemento subjetivo e elemento objetivo	17
2.4 Tentativa e consumação	19
2.5 Ação penal	20
3 RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL	22
3.1 Vulnerabilidade absoluta e relativa	22
3.2 Relativização da vulnerabilidade sexual do menor de catorze anos	24
3.2.1 A dignidade sexual do vulnerável	26
3.2.2 Princípio da presunção de inocência (In Dubio Pro Réu)	27
4 DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL	29
4.1 O posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça ao que se refere a relativização da vulnerabilidade sexual a luz do artigo 217-A do Código Penal.....	30
4.2 O posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás ao que se refere a relativização da vulnerabilidade sexual a luz do artigo 217-A do Código Penal.....	34
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	37
6 REFERÊNCIAS	40

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico, tem como principal finalidade verificar se o consentimento da vítima menor de catorze anos que possua autodeterminação sexual é ou não, válido para desclassificar o crime de estupro de vulnerável.

Não distante desta finalidade, busca-se estimular a atenção para a necessidade de proteção dos vulneráveis, bem como de o Direito caminhar com a evolução social, e, portanto, impulsionar reformas com o objetivo de atender aos anseios da sociedade, de forma a proporcionar a proteção de direitos fundamentais, especialmente quando se trata da dignidade da pessoa humana. Assim, se faz necessário ter a atenção voltada para o fato de que deve-se permitir ao aplicador da norma que este possa analisar os fatores, bem como as circunstâncias em que se deu o fato, levando em consideração, por exemplo, o consentimento do suposto ofendido.

A problemática relacionada a esta pesquisa, está no questionamento se, diante do consenso da vítima menor de 14 anos, ainda assim, configuraria o crime de estupro de vulnerável, tendo em vista, a vontade e a capacidade de praticar o ato?

Com o intuito de solucionar este problema estabelecido, fez-se necessário a criação de algumas hipóteses para respondê-lo. A fim de que, tenha-se uma resposta final, estudando a vulnerabilidade de acordo com cada caso específico.

Nessa perspectiva entende-se que, mesmo com o consentimento da vítima menor de catorze anos, sendo capaz de se autodeterminar sexualmente, ainda assim configuraria o crime de estupro de vulnerável, pois a Lei se preocupa em proteger a normalidade do desenvolvimento da vida sexual do menor, que por sua imaturidade não é capaz de prever as consequências de seus atos sexuais enquanto que, por outro lado, não se configuraria o crime de estupro de vulnerável, se houvesse vontade do menor e capacidade para praticar tal ato, sendo este não considerado vulnerável, mas sempre observando-se os elementos que deram causa ao crime.

Diante disso, o objetivo geral da presente pesquisa é investigar se o consentimento da vítima menor de catorze anos, que possua uma vida sexual ativa e tenha discernimento do ato, possa ser válido, ao ponto de desclassificar o crime de estupro de vulnerável.

Já os específicos são, estudar a conduta prevista no art. 217 A do Código Penal e explanar sobre a evolução histórica do crime de estupro; compreender o instituto da dignidade sexual do vulnerável, considerando a validação de seu consentimento, e discorrer sobre a

proteção da dignidade do acusado, por último analisar jurisprudências acerca do tema e seus efeitos.

Este estudo monográfico terá como método empregado o hipotético-dedutivo, o qual prioriza em construir algumas hipóteses e no decorrer do trabalho, pretende-se utilizá-las como experimentos, tendo como apoio também, uma pesquisa exploratória. Assim este método busca a verdade real, eliminando tudo o que é falso, concretizando uma plausível resposta ao problema exposto. Para se resolver o problema desta pesquisa, utilizou-se a legislação pertinente, o Código Penal, precisamente a Lei nº 12.015/2009; entendimentos doutrinários a favor e contra a relativização da vulnerabilidade sexual; jurisprudências, sendo que os Tribunais já vem adotando está relativização em alguns casos; artigos de natureza jurídica acerca do tema e todo material que de alguma forma possa enriquecer o conteúdo aqui explanado.

Desse modo, esta pesquisa trará benefícios no campo do Direito Penal, sendo que, o objetivo que se tem com o método é propiciar ao leitor uma compreensão clara e objetiva acerca do conteúdo abordado, fazendo com que o mesmo pesquise sobre o referido tema, uma vez que, além de ser um assunto de grande repercussão, as opiniões, entendimentos e conceitos, podem ser mudados ao longo do tempo, na busca de adequar ao ordenamento penal às condutas sociais.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, este trabalho justifica-se pelo fato de ser um tema relevante e pôr a sociedade estar passando por constantes mudanças em seu âmbito cultural e cada vez mais cedo os adolescentes entram em contato com a sexualidade, e além de ser algo ainda não pacificado, tem um grande reflexo na conduta prevista no art. 217-A do Código Penal. Assim, faz com que a doutrina e os tribunais utilizem a relativização da vulnerabilidade sexual como forma de igualar a conduta com a tutela penal, levando em consideração a aplicação da norma penal e sua interpretação de acordo com o caso concreto.

Vale salientar que, ao final desta pesquisa, pretendesse-se esclarecer ao leitor as principais ponderações, demonstrando de forma clara e precisa a análise de posicionamentos das doutrinas e jurisprudências acerca do tema.

A divisão dos capítulos para abranger de forma mais específica e direta, se desenvolveu da seguinte forma: o primeiro capítulo trata-se de um breve histórico do crime de estupro e da parte conceitual do crime de estupro de vulnerável e seus institutos; já o segundo capítulo tem como objeto a relativização da vulnerabilidade sexual no que se refere ao menor de catorze anos, analisando-se quando a mesma poderá ser absoluta ou relativa, levando em conta o seu consentimento. Em sequência, será abordado a dignidade sexual do vulnerável como também a do acusado; quanto ao terceiro capítulo, traz na prática

posicionamentos jurisprudências em relação ao instituto da relativização da vulnerabilidade sexual, ou seja, quando os Tribunais e magistrados a adotam e quando não a consideram em suas decisões, observando-se cada caso concreto, como exemplo, as circunstâncias e os fatores; e por fim, a conclusão, com aspecto final e definitivo da pesquisa.

2 BREVE HISTÓRICO DO CRIME DE ESTUPRO

Este capítulo inicial trata-se do histórico do crime de estupro, mais precisamente do regime anterior à vigência da Lei 12.015/2009, onde a mesma foi instituída com o objetivo de alterar o Título VI do Código Penal Brasileiro, que antes era denominado como, “Crime contra os costumes”, como também estudará a conduta prevista no Art. 217-A do CP, que trata sobre o estupro de vulnerável, ou seja, o regime posterior à vigência da Lei 12.015/2009, intitulado como, “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

De proêmio, é válido ressaltar que com o passar dos anos o Estado se tornou o único detentor do direito de punir, cabe a ele aplicar o Jus Puniendi (poder dever de punir) ao caso concreto, respeitando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da sanção penal em cada crime, garantindo à população de bem uma proteção eficiente e maior confiança no próprio Estado.

A violência sexual vem a ser um problema de nível mundial, que está presente desde a antiguidade da história da humanidade, e do mesmo modo que hoje há sanção para quem pratica estupro contra outro, nas primeiras civilizações também havia punição para quem praticasse tal crime, e as penas eram severas, como por exemplo, açoites, pena de morte, entre outras. Porém, para que houvesse a configuração do crime de estupro, era necessário que a vítima tivesse alguns requisitos, como ser moça de família, honesta e virgem.

Hoje em dia muita coisa mudou, como se sabe, a sociedade está em constante evolução, as sanções foram humanizadas, mas não deixou que o acusado fosse punido com menos rigor. Desse modo, a tutela penal sofreu alterações, com intuito de abranger a proteção não só das mulheres, como também de qualquer ser humano, com o principal objetivo de proteger a dignidade sexual, tendo como decorrência, a dignidade da pessoa humana e o respeito à vida sexual de cada indivíduo.

Para desenvolvê-lo, será analisado o Código Penal, propriamente o Art. 217-A, sendo o dispositivo responsável por definir o crime de estupro de vulnerável, bem como legislações e posicionamentos doutrinários a respeito do tema.

Na busca de uma melhor compreensão, percebe-se que, a nova abordagem, colocou de lado os costumes, no sentido de como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade, se justificando sob o critério cultural em que vivia as primeiras civilizações brasileiras.

Inicialmente, este capítulo será dividido em cinco subtítulos, quais são: a) do estupro de vulnerável; b) sujeito ativo e passivo; c) elemento subjetivo e objetivo; d) tentativa

e consumação e por fim, e) ação penal. Assim, o subtítulo a seguir discorrerá sobre a conduta prevista no Art. 217-A do CP, o crime de estupro de vulnerável.

2.1 Do estupro de vulnerável

Este tópico, em uma perspectiva jurídica, estudará o crime de estupro de vulnerável que está disciplinado no art. 217-A do Código Penal. Desse modo, com base neste estudo, será detalhado o delito acima mencionado, tanto no aspecto social e doutrinário como no aspecto formal.

Assim sendo, a confecção deste tópico se desenvolverá através da análise das legislações pertinentes, como o Código Penal, bem como análises doutrinárias.

O termo vulnerável se fez presente no ordenamento jurídico a partir da Lei n. 12.015/2009, art. 217-A do CP para especificar o indivíduo que apresenta capacidade física e psíquica incompleta para concordar ou rejeitar a prática sexual com outra pessoa.

A modificação trazida pela Lei acima mencionada, que modificou a nomenclatura do Título VI “Dos Crimes Contra os Costumes” do Código Penal, que passou a ser intitulado “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, integrou o art. 217-A no CP de 1940, que aborda o estupro contra o menor de catorze anos, ou daquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou àqueles que não podem oferecer resistência. Esta Lei, foi responsável por promover grandes mudanças no Código Penal brasileiro, no capítulo referente aos crimes sexuais. Entre essas mudanças, aconteceu a revogação do crime referente a presunção de violência e inseriu o tipo penal autônomo denominado estupro de vulnerável. Diz a Lei 12.015/2009, em seu art. 217-A:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com o 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 a conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. §4º Se a conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. § 5º As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (BRASIL, 2009).

A recente Lei nº 13.718/2018 impulsionou várias alterações na disciplina dos crimes contra a dignidade sexual, e o Art. 217-A do CP recebeu o §5º, com a redação acima

citada. Tal dispositivo, deixa claro um entendimento que já é afirmado em jurisprudências e por alguns doutrinadores, que é a insignificância do consentimento da vítima no crime de estupro de vulnerável e a sua experiência sexual, justamente pela sua situação de vulnerabilidade.

O objetivo do legislador, ao dispor no art. 217-A do Código Penal a determinação da idade como sistema político-criminal, foi de extinguir qualquer situação real, principalmente a do consentimento da vítima. Assim explica Andreucci, (2016, p. 163) “Vulnerável significa frágil, com poucas defesas, indicando a condição daquela pessoa que se encontra suscetível ou fragilizada numa determinada circunstância.” Sob esta perspectiva, a vulnerabilidade está entrelaçada ao conceito de pessoa desprovida de proteção, que não tem capacidade de demonstrar seu consentimento de forma válida, racional, segura e responsável.

Por esse motivo não se pode confundir, pois a Lei, não se refere à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social e cultural. A vulnerabilidade é um conceito novo e abrangente, que leva em consideração a necessidade de proteção do Estado em certas ocasiões e em relação a certas pessoas.

Apesar da previsão de outros vulneráveis no artigo 217-A do CP, este trabalho acadêmico abordará apenas no estupro contra vítima menor de catorze anos.

Diante do exposto, é notório que, o dispositivo que tutela o crime de estupro de vulnerável está prevista no Art. 217-A do CP e que conseqüentemente, nos termos da Lei, o menor de catorze anos é considerado vulnerável.

Em contrapartida, o subtítulo a seguir discorrerá sobre os dois agentes dessa relação jurídica, ou seja, o agente que pratica a conduta, sendo este o ativo e o agente que tem seu direito violado, o passivo.

2.2 Sujeito ativo e sujeito passivo

De proêmio, este tópico abordará sobre o sujeito ativo e passivo do delito de estupro de vulnerável. Em contrapartida, serão apresentados dois polos desta relação jurídica, de acordo com a concepção do legislador penal. Logo, este capítulo tem como finalidade constatar o sujeito ativo e o sujeito passivo do crime de estupro de vulnerável, que ajudará resolver a problemática do presente trabalho científico.

Nestas circunstâncias, a construção deste tópico será realizado através da análise das legislações pertinentes, bem como por meio de análises doutrinárias.

O crime de estupro de vulnerável é comum, “podendo ser praticado por qualquer pessoa, homem ou mulher, contra inclusive vítimas do mesmo sexo dos autores partícipes.” (AZEVEDO, p. 498, 2018). Foi uma das novidades que Lei 12.015/2009 trouxe.

Inicialmente, é relevante destacar que, com a introdução da Lei 12.015/2009, várias modificações foram trazidas para o Código Penal. Dentre elas, uma modificação importante, vista como uma revolução no que se refere ao crime de estupro, foi a fusão de dois tipos penais (art. 213 e art. 214), provocando a revogação do art. 214. Percebe-se que, veio a ser uma transformação não pelo fato da mudança dos dois artigos acima citados, ou pela punição rigorosa que é aplicada ao agente ativo, mas sim pelo próprio crime em si, que com a nova redação da Lei 12.015/2009, o legislador dispôs como agente passivo o termo “alguém”, e consequentemente este ato expandiu a força normativa do tipo penal, resguardando e tutelando a dignidade sexual não apenas em favor da mulher, que até então somente pessoas do sexo feminino eram consideradas como vítimas, mas também admitiu essa proteção ao homem, que poderá também representar o polo passivo.

NUCCI (2014, p. 1656) aponta também outra alteração incluída pela lei acima citada, no que faz relação à presunção da violência:

Uma das modificações introduzidas pela lei 12.015/2009 teve, por fim, eliminar a antiga denominação acerca da presunção da violência e sua classificação valendo-se de situações fáticas. Revogou-se o art. 224 e criou-se o art. 217-A para consolidar tal alteração, que, em verdade, foi positiva. Mencionava o art. 224: “Presume-se a violência, se a vítima a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”. O fulcro da questão era, simplesmente, demonstrar e tais vítimas (enumeradas nas alíneas a, b e c) não possuíam consentimento válido para ter qualquer tipo de relacionamento sexual.

Diante de tais alterações, o legislador tratou de disciplinar o delito denominado estupro de vulnerável, o qual está positivado no Código Penal, precisamente em seu artigo 217-A. Estudando o delito de estupro de vulnerável, entende-se que o objeto jurídico tutelado pelo tipo penal é a dignidade sexual do vulnerável, a qual objetiva a segurança e proteção da sexualidade do agente vulnerável.

Nesta perspectiva, Delmanto (2016, p. 1145) entende que, “crime de estupro de vulnerável, o objeto jurídico consiste na proteção sexual do vulnerável e a sua dignidade sexual.”

Analisando o tipo penal, nota-se que o agente ativo da conduta delituosa descrita no art. 217-A do Código Penal pode ser qualquer pessoa. Dessa maneira, para praticar este crime capitulado, independentemente de qualquer condição, o qual, qualquer um pode ativamente ser agente.

Assim, em se tratando do agente passivo, ou seja, a vítima do crime de estupro de vulnerável, Masson (2014, p. 525) expõe, “o art. 217-A do CP apresenta os vulneráveis para fins sexuais. São pessoas consideradas incapazes para compreender e aceitar validamente atos de conotação sexual, razão pela qual não podem contra estes oferecer resistência.”

No mesmo raciocínio, segundo Greco (2009, p. 610), “uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 anos, por mais que tenham uma vida devassa sexualmente, não são suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais.”

Com fundamento nesse entendimento, o art. 217-A enumera as hipóteses de vulnerabilidade, começando pelo menor de 14 (catorze) anos, que é objeto deste estudo, as alterações da Lei. nº 12.015/2009 não mais se comenta em presunção de violência, mas sim, em vulnerabilidade do agente, que possui um incompleto desenvolvimento psicológico, físico e moral, e por esse motivo, não estão aptos a se autodeterminarem sexualmente. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal ao manifestar sobre o tema dispôs o seguinte:

Considerando tais informações, chega-se à conclusão que, a presunção de violência é algo já superado, não mais acompanhando este instituto, cabendo aos aplicadores do direito, utilizar-se da vulnerabilidade.

Em análise, percebe-se que, a vulnerabilidade do menor de catorze anos é determinada por um critério político-criminal, sendo o mesmo, um critério etário, o qual de início, inibe a possibilidade de afastar estes agentes do polo passivo em razão de questões fundadas ao método de vida, a educação ou a devassidão.

Em síntese, cumpre-se ressaltar que, foram definidos os dois polos da relação jurídica, tanto o agente ativo como também o passivo. Nessa perspectiva, a partir da compreensão destes dois institutos, o próximo capítulo tratará sobre o elemento objetivo e o elemento subjetivo.

2.3 Elemento subjetivo e elemento objetivo

Busca-se através deste capítulo, compreender o elemento subjetivo e em sequência o elemento objetivo, os tipos penais capitulados no art. 217-A do CP, como também descrever e qualificar ambos conforme perspectiva jurídica.

Deve-se analisar, desta forma, que o presente capítulo será elaborado a partir de análise do código penal, bem como posicionamentos doutrinários a respeito do tema.

Pode-se dizer que, o elemento subjetivo são as características voltadas para a consciência e vontade do agente que tem o desejo de realizar o ato. Assim sendo, estudando o art. 217-A do CP, pode-se concluir que, o elemento subjetivo deste tipo penal é o dolo, ou seja, a vontade de praticar a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. Por essa razão, diante da ausência de previsão legal, não é possível a caracterização da modalidade culposa.

De acordo com Bitencourt (2012, p. 100), “o elemento subjetivo do crime de estupro de vulnerável é o dolo constituído pela vontade consciente de ter conjunção carnal, com a vítima considerada vulnerável, ou praticar outro ato libidinoso, que seja diverso da conjunção carnal.”

A consciência das elementares do tipo, como o dolo, deve ser atual, isto é, deve existir no momento em que está ocorrendo a ação, ao contrário da consciência da ilicitude, conhecido como culpabilidade, que pode ser apenas potencial. Em outras palavras, o agente deve ter plena consciência, no momento em que for praticar o ato, bem como com quem deseja realizá-lo, que o faz com vulnerável, e também deve ter consciência das consequências que acarretará através de sua ação.

Em resumo, é indispensável o elemento volitivo, sendo que, sem ele não se pode falar em dolo direto ou eventual, ou seja, a vontade deve abranger na mesma proporção a ação, o resultado, os meios e o nexa causal, por esse motivo, quando não é atingido um desses componentes da ação descrita na lei, o dolo não se configura.

Por outro lado, o elemento objetivo configura-se pela descrição dos elementos que fazem parte do tipo penal, como, o autor da ação, a ação em si ou a omissão, o resultado, a imputação objetiva e o nexa causal. Baseado nisso, o elemento objetivo, presente no crime de estupro de vulnerável, surge pela prática de duas condutas, quais são, ter conjunção carnal e praticar qualquer outro ato libidinoso. Vale ressaltar que, o dispositivo penal previsto no art. 217-A, não exige o emprego de violência ou grave ameaça para que efetue o delito, pois se considera vicioso o consentimento.

Para compreender os elementos objetivos da norma discutida, Mirabete (2010, p. 261) explica:

Entendemos tratar-se de tipo misto cumulativo, punindo-se num único artigo condutas distintas, a de ter conjunção carnal e a de praticar ato libidinoso com menor de 14 anos, ou outra pessoa vulnerável [...] Inclina-se, porém, boa parte da doutrina reconhecer a existência de tipos mistos alternativos nos crimes de estupro (art. 213) e de estupro de vulnerável (art. 217-A) e, assim, segundo essa orientação, a prática de

uma ou de ambas as condutas típicas, ainda que de forma reiterada no mesmo contexto fático, configura sempre crime único.

Nesse contexto, o crime de estupro de vulnerável, configurará ainda que a vítima tenha pleno consentimento a respeito da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, que venha a ser realizado com a mesma, pois, conforme já mencionado, e de acordo com a Lei, que visa proteger a normalidade do crescimento do menor, o seu consentimento carece quanto a sua capacidade de se autodeterminar sexualmente.

Contudo, os debates quanto ao crime de estupro de vulnerável, está disciplinado em saber se o consentimento do menor de catorze anos, ser válido ou não a fim de que seja desclassificado o crime mencionado, adotando assim a presunção absoluta ou relativa, sendo este, objeto de estudo do próximo capítulo.

Em síntese, foi definido neste tópico os elementos subjetivos e objetivos do crime de estupro de vulnerável, intitulado no Art. 217-A do Código Penal. Em sequência, será discutido acerca da tentativa e consumação do crime aqui explanado.

2.4 Tentativa e consumação

Para uma melhor elucidação, o respectivo delito adota a modalidade de consumação e tentativa no crime de estupro de vulnerável, com a finalidade demonstrar quando se consuma este tipo penal e quando não é possível se consumir, pelo fato de surgir circunstâncias alheias à vontade do agente ativo.

Seguindo, será utilizado para elaboração deste tópico, posicionamentos doutrinários, como também a Lei em vigor, que rege o crime aqui exposto, assim como jurisprudências.

Consuma-se o delito com a prática do ato de libidinagem, sendo perfeitamente possível a tentativa quando, iniciada a execução, o ato sexual visado não se consuma por situações diferentes à vontade do agente.

De início, ressalta-se que, o crime de estupro de vulnerável, se trata de crime material. Com isso, haverá consumação do crime com o simples resultado natural, que é a prática do ato carnal ou outro ato. Nesse sentido afirma Bitencourt (2012, p. 103), “o crime de estupro de vulnerável, na modalidade constranger à conjunção carnal, consuma-se desde que haja a introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino na vagina da vítima.”

No mesmo contexto, o Superior Tribunal de Justiça entende que, “para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a conjunção carnal propriamente dita, mas qualquer prática de ato libidinoso contra menor.” (Rel. Min. MARQUES j. 21/05/2013).

Na tentativa, caracteriza-se a figura tentada do crime de estupro de vulnerável, quando o agente, tendo iniciado a execução, é interrompido por uma reação eficaz da vítima, ou por intervenção de terceiros, mesmo que não tenha havido contato íntimo com o menor, será considerada a modalidade tentada.

Existem alguns autores que não concordam com a modalidade tentada, porém não se deve levar em consideração essa modalidade, pois acaba inviabilizando a aplicação do instituto da desistência voluntária, em que o agente, após dar início aos atos executórios, de forma espontânea, desiste de consumir o delito.

Entretanto, em se tratando da prática de atos libidinosos, o crime consuma-se no momento em que o agente ativo concretiza o ato buscado, como exemplo, os toques nas regiões íntimas.

Em suma, quando realizar-se a dosimetria da pena, o magistrado deve observar os fatos, considerando os limites mínimos e máximos do tipo penal, aplicando a normal de acordo com a gravidade do ato praticado pelo acusado na conduta criminosa.

Por último, este tópico abordou as duas modalidades para que haja o crime de estupro de vulnerável, sendo estas, de forma tentada ou consumada. Desta feita, as condições acima aludidas neste capítulo, vieram a integrar o tipo penal do art. 217-A do Código Penal, com sanções próprias, diferentes das repreensões impostas ao crime sexual praticado com violência real. No próximo capítulo, será analisado qual é o tipo de ação penal utilizada para o crime de estupro de vulnerável.

2.5 Ação penal

Compreende-se que, nesta seção abordará qual é o tipo de ação penal utilizada no crime de estupro de vulnerável, sendo ela, a ação pública incondicionada, motivada por denúncia do Ministério Público, conforme a Lei nº 12.015/2009, já citada neste capítulo.

Em contrapartida, este tópico foi elaborado com fundamento na Lei nº 13.718/2018, art. 225 do CP e a Lei nº 12.015/2009, art. 225 do CP.

É de grande importância mencionar a antiga redação do Art. 225 do Código Penal, que dispôs que os crimes sexuais previstos nos capítulos I e II, eram executados por

ação penal pública condicionada à representação da vítima, ou seja, para que fosse possível aplicar o devido processo legal a fim de punir o autor do crime, era necessário que a própria vítima manifestasse interesse em iniciar a ação penal, com ressalva da vítima menor de dezoito anos e a vulnerável, que seria a ação pública incondicionada.

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Após a nova mudança trazida pela Lei nº 13.718/2018, a ação penal dos crimes sexuais acima citados serão sempre públicas incondicionada, assim, independentemente de manifestação da vítima pode o membro do Ministério Público oferecer a denúncia para que se inicie a ação penal, a fim de punir o autor do crime. A nova regra não poderá retroagir, por se referir a disposição prejudicial ao réu. Diz o atual Art. 225 do Código Penal: Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada. (Redação dada pela Lei nº 13.718, de 2018). Parágrafo único. (Revogado) (Redação dada pela Lei nº 13.718, de 2018).

Assim, com a nova redação, de modo independente, não se leva em consideração a idade ou condição do ofendido, pois, todos os crimes tipificados nos capítulos I e II do título VI do Código Penal são de ação penal pública incondicionada, ou seja, não mais se exige a representação da vítima para a execução da ação penal pública, ainda que se trate de maior de dezoito anos e pessoa não vulnerável.

Em síntese, esta seção apresentou que o tipo de ação penal prevista para o crime de estupro de vulnerável é a pública incondicionada, promovida pelo membro do Ministério Público, o qual não precisa de autorização ou representação de ninguém. No seguinte capítulo, será compreendido o instituto da dignidade sexual do vulnerável, adentrando na relativização da vulnerabilidade sexual do menor de catorze anos.

3 RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL

O presente capítulo trata-se da relativização ao que se refere a vulnerabilidade sexual. Desse modo, este visa compreender a instituto da relativização da vulnerabilidade sexual no que se refere ao menor de catorze anos.

Assim, este capítulo foi elaborado a partir de pesquisas doutrinárias, assim como análises legislativas e jurisprudências acerca da relativização da vulnerabilidade sexual.

Contudo, o capítulo será dividido em quatro tópicos, sendo eles, a) vulnerabilidade absoluta e relativa; b) a relativização da vulnerabilidade sexual do menor de catorze anos; c) a dignidade sexual do vulnerável e por fim, d) presunção de inocência (*in dubio pro réu*).

O crime de estupro de vulnerável foi introduzido no ordenamento jurídico para garantir proteção àquelas pessoas que são incapazes de externar seu consentimento racional e seguro de forma plena, portanto, incapazes de consentir validamente para o ato sexual. Pode-se dizer que, ao que se refere a vulnerabilidade, o agente principal a ser estudado será o menor de 14 (catorze) anos.

Analisando de forma mais aprofundada, este capítulo auxiliará na resolução no problema desta pesquisa, pois a condição de vulnerabilidade deve ser avaliada delicadamente, levando em consideração os objetos que sejam capazes de oferecer elementos que comprovam seu próprio estado.

Portanto, o subtítulo a seguir discorrerá sobre a relativização da vulnerabilidade sexual, no que tange ao menor de catorze anos, descrevendo a possibilidade ou não de sua aplicação.

3.1 Vulnerabilidade absoluta e relativa

Frente ao novo posicionamento dos doutrinadores ao que se diz respeito o Art. 217-A do Código Penal, a vulnerabilidade tornou-se o objeto mais relevante na configuração do delito em questão, razão esta, que se faz necessária a sua compreensão.

Para elaboração deste tópico, utilizou-se posicionamentos doutrinários, bem como análises legislativas.

De início, é importante ressaltar que, a partir das alterações, o legislador passou a admitir duas espécies de vulnerabilidade, uma que se relaciona ao seu aspecto absoluto, que abrange os menores de catorze anos e outra em seu aspecto relativo, tratando-se do menor de dezoito anos.

Então, presencia-se que, o legislador se preocupa em proteger em um contexto amplo, a condição do menor de catorze anos, frente sua condição física, moral e psicológica, tornando-o assim absolutamente vulnerável.

Entretanto, entende-se que a presunção de vulnerabilidade absoluta é aquela que a vítima além de ser integralmente incapaz, a mesma não possui consciência da prática de suas condutas. Esta classificação independe da análise do dolo ou da culpa do agente que pratica o delito, assim, o agente ativo deve ser penalizado independente do consentimento do menor de catorze anos, ou de sua vida sexual pregressa, sendo que, de acordo com a Lei, a vulnerabilidade do menor não pode ser alterada em qualquer de uma dessas situações, referindo-se à responsabilidade penal objetiva.

Para Rogério Greco (2016, p. 52), “A vulnerabilidade é absoluta, já que a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador.” Refere o autor que o tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com pessoa vulnerável, assim, levando em conta o consentimento da vítima vulnerável, este não tem validade, nota-se então que, o pensamento acima, ajudará na resolução do problema da presente pesquisa.

Ademais, ao que se relaciona a presunção relativa, a mesma tem como característica dar acesso ao agente, para que traga elementos probatórios suficientes com o intuito de modificar a vulnerabilidade, permitindo assim, o contraditório, o qual se for comprovada a capacidade do agente relativamente vulnerável, a sua condição poderá ser analisada. Nesse contexto, Nucci (2016, p. 90), defende ao contrário exposto acima, “a relativização da vulnerabilidade, refere-se que o legislador, na área penal continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamentos reais na sociedade brasileira”, uma vez que a sociedade está em constante evolução.

Dispõe o Art. 217-A do Código Penal:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com o 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 a conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. §4º Se a conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. § 5º As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (BRASIL, 2009).

No entanto, é importante destacar o posicionamento doutrinário do autor Jesus (2011, p. 155):

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

Observa-se que, o autor informa o entendimento de que os conceitos de vulnerabilidade absoluta e relativa são distintos, mas, não podem se distanciar, pois um não exclui o outro.

Em contrapartida, o autor supracitado entende que, verificada a existência da vulnerabilidade, esta influenciará na configuração do dispositivo penal a ser aplicado ao autor do delito, em que, tratando-se da vulnerabilidade absoluta, compreenderá a tipificação do Art. 217-A do CP.

Portanto, alguns autores oferecem o entendimento de que, as condições de cada caso concreto, influenciará diretamente na configuração da vulnerabilidade do menor. Nesse sentido, entende Capez (2011, p.81):

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

Em síntese, presencia-se que, dependendo do caso concreto e levando em consideração as circunstâncias e os fatos, o legislador, em alguns momentos se utiliza da relativização absoluta e outras da relativização relativa.

Por fim, no próximo tópico, será abordado especificamente sobre a relativização da vulnerabilidade sexual do menor de catorze anos.

3.2 Relativização da vulnerabilidade sexual do menor de catorze anos

Os debates acerca da capacidade de compreensão e discernimento do adolescente nos crimes contra a liberdade sexual do menor de catorze anos, sempre existiram, até mesmo antes da criação do Art. 217-A do Código Penal, período este que se tratava da presunção absoluta de violência.

No decorrer deste tópico, será utilizado para melhor compreensão, posicionamentos doutrinários, assim como jurisprudências.

Portanto, é relevante destacar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 73.662/MG de 21/05/1996, de relatoria do Ministro Marco Aurélio:

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

Nota-se que a referida decisão compreende um período anterior a 2009, porém, a sociedade evolui com o passar dos anos, a qual vive diante da explosão desenfreada da informatização, sendo que, adolescentes tem acesso livre a conteúdos sexuais, ocasionando uma prematura compreensão acerca da prática de relações sexuais.

Diante da alteração normativa, o legislador impossibilitou que o poder judiciário absolvesse os agentes acusados pela prática descrita no Art. 217-A do CP, não sendo possível o argumento de que o menor de catorze anos consente com o ato ou até mesmo que possui uma vida sexual pregressa.

Contudo, a polêmica está no sentido de que, se o objetivo primordial do tipo penal supracitado é resguardar e proteger a vulnerabilidade do adolescente, caracterizada pela pureza e inocência, quando esse já possui experiência sexual, fica inviabilizada essa proteção, porém, de acordo com a legislação, a Lei existe para essa proteção, independentemente de qualquer circunstância, seja pelo consentimento ou experiência sexual.

Ainda, na hipótese da adolescente possuir um corpo bem desenvolvido, aparentando possuir idade superior a 14 (catorze) anos, e se ela, utilizando-se disso para praticar relações sexuais, demonstrando expressamente sua vontade, induzindo outrem a uma falsa percepção da realidade, configura erro de tipo, excluindo a ilicitude da ação, sendo que, o agente foi instigado ao erro sobre uma das elementares do tipo penal, qual seja, a idade, frente a proporção corporal do agente passivo.

Assim, o ponto importante a se observar é que, caso o adolescente possua capacidade de compreender a ilicitude de determinados atos, possibilitando a aplicação de medidas socioeducativas em razão de suas condutas, pressupõe que o mesmo tem semelhante capacidade, a qual, levando em conta essa linha de raciocínio, o seu consentimento deveria ser

válido, no que diz respeito a prática de atos sexuais. Nesse contexto tem-se o seguinte julgamento:

Se o ECA aplica medidas socioeducativas a menores a partir dos 12 anos, não se concebe que menor com 13 anos seja protegida com a presunção de violência.² Habeas corpus em que os fatos imputados sejam incontroversos é remédio hábil a desconstituir sentença condenatória. 3. Ordem concedida. (664HC 88/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 23.06.2009, DJ 08.09.2009).

Portanto, utilizando a relativização da vulnerabilidade do adolescente menor de catorze anos e maior de doze anos, seria válido o consentimento deste no que se refere à prática da relação sexual, em se tratando de um menor que tenha experiência sexual e consentimento voluntário, ocasionando a perda da ilicitude do agente.

A respeito do assunto, existem doutrinadores que defendem a aplicação do instituto da relativização da vulnerabilidade sexual em razão de algumas peculiaridades. Mirabete (2010, p. 478) disserta que, “Não se caracteriza o crime, quando a menor demonstra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é desprovida e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento”.

Denota-se que, o supracitado doutrinador possui uma visão um tanto que inovadora quanto ao delito de estupro de vulnerável, defendendo que, diante da experiência sexual da menor, não deve ser considerado crime a prática de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

Através do que foi discorrido acima, percebe-se que, para aplicação da relativização da vulnerabilidade sexual, é necessário estudar cada caso concreto e suas peculiaridades, mas é claro que, sempre não deixar a Lei de lado, sendo que a mesma existe para proteção dos menores. Em seguida, será abordado o instituto da dignidade do vulnerável, com o foco voltado para a proteção de seus direitos.

3.2.1 A dignidade sexual do vulnerável

Nesta subseção, pretende-se entender a dignidade sexual do vulnerável, com base na proteção dos direitos fundamentais. Quando se refere a objetividade jurídica da sexualidade do menor, o que se pretende é a proteção de seu processo de formação no âmbito da sexualidade.

Ao longo deste tópico, será utilizados posicionamentos doutrinários bem como o Estatuto da Criança e Adolescente.

O vulnerável menor de catorze anos, como já dito acima, possui dignidades e liberdades como qualquer outro cidadão, assim como no contexto sexual, “acontece que, em se tratando de menor de catorze anos, presume a Lei, que sua vulnerabilidade é absoluta, ou seja, não tem maturidade suficiente psíquica para manter relações sexuais com liberdade.” (AZEVEDO, 2018, p. 240). Assim, necessita de uma proteção diferenciada.

O Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) sobre o tema, dispõe que, deve-se proteger os direitos fundamentais dos infantes, conforme afirma em seu Art. 15, “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e na Lei.” (BRASIL, 1990). Vale ressaltar que, de acordo com o ECA, é considerado criança, a pessoa de até doze anos de idade incompletos, e adolescente o que tem de doze a dezoito anos de idade.

Os crimes sexuais são ilícitos, pelo fato de abranger a liberdade, a honra, a integridade física, e outros, o que conseqüentemente podem surgir conseqüências, como por exemplo, sofrimento psicológico profundo às vítimas.

Portanto, de forma nítida, entende-se que a dignidade sexual do vulnerável deve ser protegida em todas as esferas, sendo que, em razão de sua idade, de acordo com a Lei, o mesmo não é capaz de se autodeterminar sexualmente, porém, constantemente, se tem decisões dos Tribunais, as quais decidem pela relativização da vulnerabilidade sexual.

No último tópico deste capítulo, será compreendido o instituto da presunção de inocência (*in dubio pro réu*), sendo este, um princípio muito importante.

3.2.2 Princípio da presunção de inocência (In Dubio Pro Réu)

A finalidade que se tem neste tópico é compreender o princípio da presunção de inocência, considerado um dos princípios fundamentais do Estado de Direito.

Para a compreender este instituto, será utilizado posicionamentos doutrinários, bem como a Constituição da República Federativa do Brasil.

O princípio da presunção de inocência tem por objetivo tutelar a liberdade pessoal do cidadão, a fim de que seja evitado um julgamento antecipado e injusto do acusado que, vem a ser aquele que cometeu uma infração penal, o qual tem direito de não ser culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Este princípio está previsto no Art. 5º, LVII da CRFB que dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL,

1988). Ou seja, a autoria delitiva só é reconhecida após o trânsito em julgado da sentença. A culpabilidade tem de ser comprovada pelo Estado, o que é muito complicado, pois, o agente ativo pode ter incorrido em erro quanto a idade da vítima, ou até mesmo com o consentimento da mesma, porém, como já citado neste trabalho, o parágrafo 5º do Art. 117-A do CP prevê que as penas aplicadas neste Artigo, serão impostas independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

O magistrado ao julgar o caso, precisa ter bastante cautela, pois, pode haver insegurança em relação a palavra da vítima, assim como na palavra do acusado, desse modo, deve-se analisar o caso com as provas trazidas aos autos, porque, na dúvida, sem provas suficientes, o princípio constitucional da presunção da inocência, poderá ser aplicado. Bonfim (2017, p. 102) explica, “Havendo dúvida quanto à culpa do acusado ou quanto à ocorrência do fato criminoso, deve ele ser absolvido”. Porém, a palavra da vítima não pode ser deixada de lado, pois a mesma tem validade probante.

Contudo, se evidencia a complexidade em apurar e julgar o crime em estudo, ainda mais quando somente se tem provas em relação a palavra da vítima. O importante é estudar o histórico dos envolvidos, para que haja uma maior segurança ao julgar o caso, a fim de que nenhuma das partes fiquem prejudicadas, e também que não venha ocorrer uma condenação injusta, se persistir a dúvida, o ideal seria aplicar o princípio da presunção de inocência.

Por fim, no próximo capítulo será abordado um estudo que envolve posicionamentos jurisprudenciais acerca do tema estupro de vulnerável, observando-se casos concretos, a fim de que se possa resolver o problema deste estudo.

4 DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

O crime de estupro de vulnerável, quando se houve falar do mesmo, causa um sentimento de pesar profundo, tristeza, uma aversão enorme quanto aquele que o praticou, pois é traçado que o menor vulnerável no caso, não possui uma percepção lógica sobre a prática do crime o qual está sendo vitimado.

A vulnerabilidade prevista no Art. 217- A do CP, por vezes poderá influenciar na realização dos atos criminosos, impedindo que a vítima possa se proteger das ações que consequentemente, acaba ameaçando sua integridade sexual.

O fato de algumas crianças ou adolescentes serem pessoas amadurecidas, com conhecimento exorbitante, e acesso a informações claras dos mais variados assuntos, por meio da internet, novelas, ou qualquer outro meio tecnológico, de modo algum deve ser considerado como fundamento de que essa criança ou adolescente têm uma noção significativa ou discernimento do que está sendo vítima. “A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados.” (BRASIL, 2014). Desse modo, no caso de crianças ou adolescentes menores de catorze anos que, são ainda imaturas, estas possuem proteção penal contra todo e qualquer tipo de crime contra a dignidade sexual.

Existem alguns Tribunais que vêm adotando posicionamentos de que a vulnerabilidade do menor de catorze anos é absoluta, configurando a falta de maturidade para a vida sexual, e nenhuma elementar pode ser levada em consideração, bastando tão somente o enquadramento no tipo penal, aquele explícito no art. 217-A do Código Penal.

Porém, por outro lado, existem Tribunais que, levando em consideração o consentimento da vítima, e todo o histórico do crime, decidem pela relativização do crime de estupro de vulnerável. No decorrer deste capítulo, será estudado tais posicionamentos, observando-se casos concretos, os quais darão apoio na resolução do problema da pesquisa em estudo.

A metodologia que dará apoio a escrita deste capítulo, será basicamente voltada para análise de julgamentos jurisprudenciais pronunciados pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás e pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Para melhor elucidação, este capítulo será compreendido em 2 tópicos, sendo eles, a) o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça ao que se refere a relativização da vulnerabilidade sexual a luz do artigo 217-A do Código Penal; b) o

posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás ao que se refere a relativização da vulnerabilidade sexual a luz do artigo 217-A do Código Penal.

Desse modo, percebe-se que, independentemente de qualquer circunstância, à atenção deve ser voltada para a proteção da dignidade dos vulneráveis, com foco em seus direitos fundamentais. Conseqüentemente, os Tribunais, cada qual com suas particularidades, em relação à validade do consentimento do menor de catorze anos, para desclassificar o crime de estupro de vulnerável, possuem decisões distintas, sendo que, uns decidem pela vulnerabilidade relativa, enquanto outros pela vulnerabilidade absoluta.

No próximo tópico será abordado posicionamentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, com intuito de responder a problemática deste trabalho, referente à relativização da vulnerabilidade sexual.

4.1 O posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça ao que se refere a relativização da vulnerabilidade sexual a luz do artigo 217-A do Código Penal

A discussão quanto à relativização do consentimento do menor de catorze anos, hoje, se encontra sustentada com o advento da Lei nº 12.015 de 2009 e também com o advento da Lei. nº 13.718 de 2018, a qual deixa explícito que independente do consentimento da vítima, ainda assim configura o crime de estupro de vulnerável. Contudo, grande parte da doutrina sustenta acerca do instituto da relativização, bem como alguns Tribunais.

Entretanto, o objeto de estudo deste tópico é voltado para o estudo de posicionamentos do STJ (Superior Tribunal de Justiça), decisões que se referem a relativização da vulnerabilidade, principalmente quando há o consentimento. Porém, o juiz deve verificar "as condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea" (BITENCOURT, 2013, p. 100). Assim deve haver sempre muita cautela, pois, o delito em estudo se convencionou justamente para verificar a situação de vulnerabilidade em que vítima se encontra.

O resguardo à vulnerabilidade da criança e adolescente até catorze anos de idade, compreende um dever de todos, impossibilitando que esses menores sofram com o desgaste de processos que não correspondam a faixa etária que estão enquadrados, sendo que, tal desgaste, pode até mesmo atrapalhar a formação de sua personalidade, de seus valores morais e sociais.

Sobre este tema, o Ministro Nefi Cordeiro do Superior Tribunal de Justiça, levou em consideração que o consentimento da vítima não afasta a tipificação do estupro de vulnerável. Ele julgou um caso sobre uma menina de doze anos de idade que namorava um homem, que à época contava com vinte anos de idade, onde mantiveram relacionamento durante seis meses, e nesse tempo, o namoro era vigiado pelos pais, os quais testemunharam que o ato sexual ocorrerá apenas uma vez e ainda com o consentimento da criança.

O agente ativo do caso foi inocentado em primeira e segunda instância, sob alegação que diante da ausência de violência ou grave ameaça, seria possível decidir pela relativização da vulnerabilidade da vítima. Considerou que a menina tinha consciência dos atos ora praticados, e durante todo o tempo, ela disse que namorava o réu. Porém, o Ministério Público recorreu com intuito de defender a dignidade sexual da menor, por ser uma pessoa em desenvolvimento e pelo fato da Lei impedir relações sexuais com os menores de catorze anos, mesmo com o consentimento.

O Ministro citado acima, utilizou-se da tese concluída no julgamento de um Recurso Repetitivo de 2015 nº 1.480.881 e da Súmula nº 593 do STJ que foi editada logo após o mencionado recurso. De acordo com os mesmos:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, “basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com a pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (3ª Seção, Resp 140881, j. 26/08/2015).

Súmula 593 do STJ: “O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.” (BRASIL, 2017).

Logo, o réu foi condenado pelo crime de estupro de vulnerável, e coube ao Tribunal de Justiça proceder a fixação da pena.

A decisão acima, nº 1.480.881 do Superior Tribunal de Justiça, em resposta ao recurso especial movido pelo Ministério Público do Estado do Piauí, no ano de 2015, teve como relator o Ministro Rogério Schetti Cruz, a qual teve a finalidade de reformar e reaver pela instância superior a decisão do Tribunal de Justiça do Piauí, que acatou o recurso de Apelação que absolveu o agente que teria cometido o crime de estupro de vulnerável.

Por esses motivos, o Ministério Público impetrou recurso especial, para que fosse reconhecido a existência do crime, porque não deveria se falar em consentimento, já que estavam previstos os requisitos expressos na Lei, art. 217-A do CP.

Alega que "o tipo penal de estupro de vulnerável apresentou considerações objetivas e taxativas, a se entender que, em sendo a vítima menor de 14 (catorze) anos à época dos fatos e tendo o acusado conjunção carnal com a pessoa vulnerável nos termos legais, a imputação do crime do artigo 217-A do Código Penal mostra-se plausível na espécie, sendo despidendo o consentimento da vítima" (fl. 221). (BRASIL, 2015)

Nota-se, que o tipo penal se refere somente na existência do crime com preenchimento dos requisitos, ou seja, que a vítima tenha essa idade transcrita no texto do artigo, quando ocorreu os fatos, seja por meio de conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso, configura-se a violação de sua integridade sexual. A de falar, que não importa se a vítima tenha vontade de praticar os atos, ou se facilitou para que ocorresse.

Apresentada as contrarrazões, o autor do crime, defendeu o entendimento que aconteceu no caso em epígrafe, um erro de tipo, não tendo conhecimento da verdadeira idade da menor, em razão de seu desenvolvimento físico, transpareceu ter idade superior.

O recorrido alegou a incidência do Enunciado da Súmula nº 7 do STJ, “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” (BRASIL, 1990). Defendeu que, mesmo que a conduta do acusado estivesse prevista no Art. 217-A do CP, houve um erro sobre a elementar do tipo, alegando também que a menor não estava em situação de vulnerabilidade, não havendo violência presumida.

Ressalta ainda, que nos crimes de estupro de vulnerável “deve ser objeto de consideração não só a simples subsunção dos fatos ao tipo penal, mas às mudanças sociais quanto à sexualidade, a relevância do consentimento do menor à prática sexual e a existência de ofensa ao bem jurídico protegido” (fl.630). Por fim, invoca a tese do erro de tipo, aplicável quando o agente desconhece que a vítima era, ao tempo do fato, menor de 14 anos. (BRASIL, 2015).

A decisão do STJ em não admitir o consentimento da vítima como uma atenuante do crime, é base para uniformidade de casos semelhantes, pois, essa análise da vontade, contraria o texto do artigo 217-A do Código Penal.

O fato, em síntese retrata uma violação que aconteceu desde os nove anos de idade da menor, a mesma teve relações de forma continuada com o autor, perdeu sua virgindade com o mesmo. O autor tinha laços de amizade com a família da menor, inclusive dormia na casa. Tudo foi descoberto quando a mãe da vítima a levou para fazer exame, e diante do resultado, a mesma confessou o ato. Houve comprovações que justificam a impossibilidade de discernimento da vítima com relação ao envolvimento, pois, esse fato ocorria há anos, como comprovou o Superior Tribunal de Justiça.

Com base na disposição dos fatos, fica claro que houve o delito dos atos previstos no Art. 217-A do Código Penal, e o autor foi condenado, pois demonstrou uma continuidade dos atos durante um longo tempo, em que pese, evidencia-se a manipulação do autor perante a vítima, sendo coagida a praticar certos atos, sob a promessa de se casar com a menina quando fosse maior de idade.

Assim, fica nítido que os fatos aconteceram e da forma como aconteceram, porque havia concordância das ações entre as partes e testemunhas. Mas, a não conformidade com a decisão levou a defesa impetrar recurso de apelação.

No tribunal, a decisão foi conferida favorável ao acusado, com o entendimento de que a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tinha plena ciência do que acontecia e demonstrava sua vontade, e comprovado através do interrogatório, a mesma disse que gostava dele, e que não houve pressão. Tal decisão, teve a atenção mais voltada para o comportamento da vítima, do que para o comportamento que deveria estar em julgamento.

Através do entendimento do relator do Recurso Especial ao Superior Tribunal Justiça, Ministro Rogério Cruz, houve afronta ao art. 217-A do Código Penal, sendo o voto do ministro favorável à condenação do acusado, por ter cometido os atos descritos na Lei. Na decisão do relator houve o seguinte pronunciamento:

Posta a questão, delineados os fatos e indicados os fundamentos de que se valeu a Corte Estadual para considerar atípica a conduta imputada ao recorrido, encaminho o presente voto em sentido contrário ao decidido na origem, por entender violado o dispositivo da lei federal invocado na impugnação especial (BRASIL, 2015).

Portanto, ao alterar a decisão proferida no Tribunal de Justiça do Piauí, reconhecendo a existência de estupro de vulnerável e a vulnerabilidade da menor ao momento do fato, exclui-se do caso a pretensão de se utilizar o consentimento da mesma para que a prática ocorresse. A decisão publicada no recurso Especial agrega as decisões dos Tribunais que vêm posteriormente analisar casos como este, ou parecidos, atendendo às necessidades dos vulneráveis, como forma de protegê-los, como por exemplo, o caso narrado ao início deste tópico, onde o Recurso Repetitivo se baseou nesta decisão.

Em continuidade, no próximo tópico será analisado jurisprudências que dizem respeito à relativização da vulnerabilidade sexual, observando-se casos concretos.

4.2 O posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás ao que se refere a relativização da vulnerabilidade sexual a luz do artigo 217-A do Código Penal

Alguns Tribunais, em certos casos decidem no sentido de julgar o consentimento da vítima como preponderante para a verificação do crime de estupro de vulnerável, reconhecendo esse elemento subjetivo como relevante para a delimitação ou não da existência do crime em estudo.

O que se pretende discutir neste tópico é direcionado para essa análise de decisões jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, bem como do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, sendo que tais Tribunais, dependendo do caso e todo histórico, decidem pela relativização da vulnerabilidade sexual do menor de catorze anos.

O julgamento da Apelação criminal nº 70078071974 do ano de 2018, entende o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, deve ser levada em consideração o consentimento da vítima para que seja configurado o crime de estupro de vulnerável.

Mostra-se possível a relativização da vulnerabilidade da vítima nos delitos sexuais, com a absolvição do acusado, diante das peculiaridades do caso concreto. Na hipótese dos autos, o réu manteve um relacionamento amoroso com a vítima, com a prática consentida de atos sexuais, ademais a relação era permitida pela mãe. Impõe-se, assim, a manutenção da absolvição. (BRASIL, 2018).

Nota-se que, no caso, a vítima contava com apenas doze anos na época do crime, onde ambos tiveram um relacionamento amoroso, o qual era consentido pelos pais. No início era somente beijos e abraços, porém, com a passar do tempo, o acusado teve relação sexual com a menor, consumando assim o delito.

Em primeira instância o acusado foi absolvido pela prática do crime previsto no art. 217-A, duas vezes, do Código Penal, decidindo o juiz pela improcedência da denúncia. Não satisfeito, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, no entanto, seu recurso foi desprovido.

Em suma, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul analisou que ficou comprovado o namoro existente entre a vítima e o réu; que havia o consentimento dos genitores da menor em relação ao namoro e que de fato ocorreu a prática de conjunção carnal entre vítima e acusado, de modo consentido, ou seja, sem violência ou grave ameaça.

Nesse contexto, muito embora num primeiro momento seja possível concluir que a conduta do denunciado se insere no tipo penal disposto no artigo 217-A do Código

Penal, entendo que não ficou evidenciado o dolo de estupro por parte do réu, já que a relação era consensual, devendo ser, excepcionalmente, relativizado a presunção de vulnerabilidade da vítima. (BRASIL, 2018).

A norma prevista no crime de estupro de vulnerável, tem como objetivo proteger a dignidade dos vulneráveis, por ainda não possuírem discernimento e maturidade suficiente para consentir, mas, tal norma, as vezes deixa dúvida, podendo em certos casos ter caráter relativo, dando liberdade ao julgador analisar o caso concreto. Diante do exposto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decidiu pela absolvição do denunciado, por entender que não houve dolo por parte do mesmo, que havia consentimento dos pais e da vítima e que o fato não constitui infração penal.

No julgamento da Apelação Criminal nº 420894-88.2005.8.09.0014, do ano de 2005, entende o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que deve ser levado em consideração o consentimento da vítima para que o acusado seja condenado pelo crime de estupro de vulnerável.

A simples condição de ser a vítima menor de catorze anos, não basta para que se afirme como caracterizado o estupro, sendo relativa a presunção de violência, manifestamente, quando a ofendida consente ou adere para a realização do ato sexual, constituindo um verdadeiro contrassenso, em certos casos em que a observe o envolvimento íntimo entre acusado e vítima (BRASIL, 2005).

A decisão acima, ao analisar o caso concreto do recurso de apelação, reforça o entendimento que é necessário considerar a vontade da menor, a sua consciência e consentimento em praticar o ato sexual.

Um caso semelhante a este, foi decidido por um Juíza da capital de Goiânia, na 10ª Vara Criminal, no ano de 2015. A mesma entendeu que os casos devem ser analisados além do que está previsto na Lei. O acusado foi absolvido, pois a Juíza entendeu que havia o consentimento da vítima. Ao julgar o caso, ela ressaltou que a Lei do crime de estupro de vulnerável estabelece a idade de catorze anos, como uma elementar para configurar o tipo penal, porém, entende-se que, a Lei não atingiu o fim necessário para resolver o problema da evolução da sociedade, no que se refere a sexualidade, assim fundamentou em sentença. Autos nº 201401359021- Natureza: Ação Penal Incondicionada.

Para que seja configurada a violência sexual é preciso que o julgador não se restrinja tão somente aos elementos objetivos do tipo penal, bem como a idade cronológica do ofendido e analise as peculiaridades de cada caso concreto, especialmente aqueles que envolvam jovens casais de namorados. Sob esse enfoque, a juíza Placidina Pires, da 10ª Vara Criminal de Goiânia, absolveu um rapaz denunciado por estupro de

vulnerável contra uma garota que na época tinha 12 anos, por entender que não houve ofensa à dignidade da menor. Os dois vivem atualmente como marido e mulher com o apoio dos pais, tem um filho e declararam em juízo que se apaixonaram cedo (BRASIL, 2015).

De fato, o amadurecimento precoce dos adolescentes e jovens resulta no acesso à informação dos mais variados assuntos, como exemplo sobre a sexualidade, assim, a Juíza Placidina Pires entendeu por não desconsiderar as particularidades de cada caso concreto, pois, como no caso citado, não existe atentado a dignidade da menor.

Em contrapartida, presencia-se que a sociedade brasileira está em constante evolução, com isso, os Tribunais estão adotando o instituto da relativização da vulnerabilidade sexual, de modo que possam avaliar o grau de vulnerabilidade dos menores de catorze anos, a fim de que verifiquem se houve o consentimento para que não cometam nenhuma injustiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo compreender o conceito de estupro de vulnerável em uma perspectiva que é voltada para a capacidade de discernimento da vítima menor de catorze anos, no que diz respeito ao seu consentimento para desclassificar o crime previsto no Art. 217-A do CP.

Inicialmente, presencia-se que a Lei nº. 12.015/2009 trouxe alterações no que se refere aos crimes sexuais, e se distanciando de alguns preceitos, o legislador modificou o título de “dos crimes contra os costumes”, para “dos crimes contra a dignidade sexual”. Desse modo, o bem jurídico que passa a ser tutelado pela Lei, é a dignidade sexual, aquela que associa-se ao desenvolvimento sexual saudável do menor vulnerável e a proteção de sua liberdade individual, sendo que, de acordo com a legislação, para a configuração do crime de estupro de vulnerável, basta que haja a prática de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com a pessoa menor de catorze anos.

Ademais, discorreu-se acerca da vulnerabilidade relativa e absoluta, sendo que alguns Tribunais e doutrinadores compreendem que se deve analisar o caso concreto, e se houve consentimento da vítima, sem violência ou grave ameaça, o acusado acaba por absolvido, enquanto outros, entendem que o acusado não deve ser absolvido quando teve o consentimento da menor, firmando seu entendimento na Lei, art. 217-A do CP de que mesmo com o consentimento da vítima, ainda assim configura o crime de estupro de vulnerável, pois, entendem que a mesma não é capaz de se autodeterminar sexualmente.

O que se pode compreender, a partir de uma análise completa ao que já foi exposto, é que existe uma grande divergência entre os Tribunais no que se refere a relativização da vulnerabilidade sexual. Alguns Magistrados do TJ-GO e do TJ-RS, consideram como critério de julgamento, a consciência da vítima na prática do ato, seja ato libidinoso ou conjunção carnal, conferindo a estes agentes a capacidade de consentir. Reforçam este entendimento quando se deparam com casos em que a adolescente já possui um relacionamento com o acusado, um vínculo amoroso que deixa claro que ela tem interesse.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça manifesta entendimento contrário, declara inviável a aplicação do instituto da relativização da vulnerabilidade sexual nos crimes de estupro de vulnerável, conferindo o julgamento restrito ao que se encontra no Código Penal, bastando que haja a prática de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com a pessoa menor de catorze anos, para que fique caracterizado o crime.

Portanto, considerando o que fora exposto nesta pesquisa, nota-se que a Lei escrita não é capaz de acompanhar o desenvolvimento da sociedade, devido sua constante evolução, e a explosão de tecnologia, levando crianças e adolescentes a terem acesso aos mais variados conteúdos. Muito se alterou no ordenamento jurídico e ainda alterará. Em que pese, hoje seja previsto em Lei tal conduta como criminosa, pode ser que daqui a alguns anos o mesmo fato não constitua crime, em decorrência da mudança de entendimento pelos legisladores e doutrinadores. Quanto a isto, nada se pode afirmar, o tempo dirá.

Não resta dúvida de que no direito nada é absoluto, neste caso em específico não é diferente. Fica nítido nas decisões que consideram a vulnerabilidade relativa.

Com isto, não pode aplicar de forma absoluta, sem possibilidade de relativização, ao mesmo tempo em que deve a Lei proteger aqueles menores que realmente são vulneráveis, deve também garantir a interpretação extensiva e analisar as peculiaridades de cada caso concreto, bem como, as condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento, diante da desenfreada evolução comportamental da moral sexual contemporânea, e observar também, se não houve violência ou grave ameaça.

Ao magistrado, não se necessita julgar somente pela comoção social, podendo destrinchar criteriosamente o caso concreto, e não ficar preso somente nos elementos objetivos do tipo penal, sob o manto da proteção da dignidade sexual destas pessoas, para que não coloque na cadeia alguém inocente, que ao menos não agiu com dolo.

Em seguinte, sob análise da problemática questionada ao início, “Diante do consenso da vítima menor de 14 anos, ainda assim, configuraria o crime de estupro de vulnerável, tendo em vista, a vontade e a capacidade de praticar o ato?”, pode-se concluir, que há possibilidades, utilizando-se uma das hipóteses apresentadas neste trabalho de que, “Não se configuraria crime de estupro de vulnerável, se houvesse vontade do menor e capacidade para praticar tal ato, sendo este não considerado vulnerável, baseado em alguns entendimentos dos Tribunais Superiores. Pois não é somente o fato da vítima ser menor de catorze anos que vai indicar sua situação de vulnerabilidade, permitindo ao legislador analisar seu comportamento e as circunstâncias que levaram a ocorrer o fato. Mesmo analisando-se o caso concreto, a Lei não deve deixar de proteger a dignidade dos vulneráveis.

Desse modo, é necessário que o aplicador da Lei decida com base na realidade que o rodeia e de acordo com o caso concreto, pois, é função do julgador optar pelo equilíbrio e a paz social, utilizando-se da Lei como forma de garantir o bem-estar dos menores de catorze anos, assim como sua segurança, e acima de tudo, respeitar sempre o princípio da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e proporcionalidade, levando em consideração o

desenvolvimento do comportamento humano, o qual não é acompanhado de forma assídua pela Lei.

6 REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de direito penal**/Ricardo Antônio Andreucci. – 11. Edição versão e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016. 1. Direito penal I. Título.

AZEVEDO, Marcelo André. **Direito Penal- Parte Especial-** Dos contra a pessoa aos crimes contra a família. 7ª edição. Salvador: JusPodivm, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula 593**, Terceira Seção, julgado em 25/10/2017. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/decisoes-em-evidencia/26-10-2017-2013-sumula-593-do-stj>. Acesso em 15/01/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula 07**, julgado em 10/07/1990, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf> Acesso em 14/03/2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 dez. 2018

BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

BRASIL. Estatuto da Criança e adolescente (1990). **Estatuto da Criança e adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

BRASIL. **Não há ofensa à dignidade sexual se a relação é baseada em afeto decide Justiça**. (2014). Disponível em: <<http://www.coad.com.br/home/noticias-detalle/69873/nao-ha-ofensa-a-dignidade-sexual-se-a-relacao-e-baseada-em-afeto-decide-justica>>. Acesso em: 15 de nov. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 88664/GO**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 23.06.2009, DJ 08.09.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 73662**, Relator(a): Min. MARCO AURELIO, Segunda Turma, julgado em 21/05/1996, DJ 20/09/1996 PP- 34535 EMENTA VOL- 01842-02 PP- 00310 RTJ VOL- 00163-03 PP- 01028.

BRASIL. **Recurso Especial nº 1.480.881 do Piauí**. Disponível em http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf. Acesso em 10 de fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Resp 1244672/ MG**, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR) j. 21/05/2013.

BRASIL. **Apelação Criminal nº 420894-88.2005.8.09.0014**. Relato: Des. Averlides Almeida Pinheiro Lemos. Estupro de Vulnerável. Tribunal de Justiça de Goiás, 2005. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/68931465/djgo-secao-i-11-04-2014-pg-228>. Acesso em 01 de fev. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm Acesso em 05 de jan. de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal. Acr nº 70078071974**, Sétima Câmara Criminal, Julgado em 08 de nov. de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17.edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 9ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte especial**. 12.edição. Niterói: Impetus, 2016. v.3.

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

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial**. v. 4., 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 12 ed. vol. 06. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 7. edição. Revista. atual. e ampla São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 8. edição. Revista. atual. e ampla. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.