

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO



A VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO APÓS AS
MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI N. 12.015/09

M
34
P123v



Biblioteca FER/Rubiataba

Tombo n ^o :
Classif:
Ex:

Origem:
Data:

RUBIATABA/GO

2014

131858

FELIPE BRUNO RAMOS PADILHA

**A Vulnerabilidade no Crime de Estupro após as Mudanças trazidas
pela Lei n. 12.015/09**

Monografia apresentada à disciplina de Monografia II do Curso de Direito da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER – como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito sob a orientação do Professor Rogério Gonçalves Lima.

De acordo

Rogério Gonçalves Lima

Professor Orientador

RUBIATABA/GO

2014

FELIPE BRUNO RAMOS PADILHA

**A VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO APÓS AS MUDANÇAS
TRAZIDAS PELA LEI N. 12.015/09**

COMISSÃO JULGADORA

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO: _____

Orientador: _____

**Rogério Gonçalves Lima
Especialista em Direito Civil e Processual Civil**

1º Examinador: _____

**Edilson da Silva
Especialista em Docência Universitária e Ciências Penais**

2º Examinador: _____

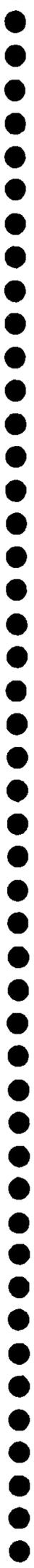
**Wilson Luiz da Silva
Especialista em Docência Universitária e Direito Civil e Processual civil**

RUBIATABA

2014



Dedico o presente trabalho a meu tio
Iransy e minha tia Maribel, pois a
conclusão da minha graduação só foi
possível graças ao apoio, confiança e
incentivo deles.



Agradeço a Deus, que sempre me deu forças para nunca desistir.

Agradeço ao meu professor e orientador Rogério Gonçalves Lima, pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

Agradeço a toda a minha família e amigos pelo apoio em todos os momentos.

Agradeço a Eliana Maria, Leiliane Viana e Luciana Rafaela, pela amizade, e que sempre estiveram presentes na minha trajetória.

Enfim. Agradeço a todos que contribuíram para tornar possível a concretização deste sonho.



"Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça; este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres."

Rui Barbosa.

RESUMO: O presente trabalho terá como foco principal o estudo da vulnerabilidade no crime de estupro definido pela lei n. 12.015 de 7 de agosto de 2009. Com o advento da referida lei, importantes alterações nos crimes sexuais foram feitas a fim de evitar os crescentes abusos sexuais de crianças e adolescentes ao tratar do tema em capítulo próprio. É nesse contexto, que o legislador atribuiu um caráter absoluto ao tratar da criação do artigo 217-A do Código Penal, ou seja, após as mudanças da Lei n. 12015/2009, não só manter relações sexuais com menor de 14 anos, como também praticar qualquer ato libidinoso, será condenado pelo crime de estupro de vulnerável, independente que a conduta seja a título de dolo ou culpa, punindo-se dessa forma, com a pena de reclusão de oito a quinze anos. A finalidade desse trabalho é o estudo das mudanças que a referida lei trouxe para o ordenamento jurídico no que diz respeito ao caráter absoluto e relativo da vulnerabilidade do menor de 14 anos, bem como as consequências geradas em decorrência de seu caráter absoluto. Ao final dessa monografia, pode-se concluir que é possível a relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos em situações específicas, com a finalidade de evitar a responsabilidade penal objetiva e afronta aos princípios consagrados na Constituição.

Palavras-chave: Lei n. 12.015/2009. Estupro de vulnerável. Vulnerabilidade absoluta. Vulnerabilidade relativa. Relativização da vulnerabilidade.

ABSTRACT: This paper will focus the vulnerability study on rape crime defined by law n. 12015 of 7 August 2009. With the advent of that law, important changes in sexual crimes were made in order to avoid the growing sexual abuse of children and adolescents to address the issue in a separate chapter. It is in this context that the legislature on an absolute character to address the creation of Article 217 of the Penal Code, ie, after the changes of Law n. 12015/2009, not only having sex with under 14, as well as perform any lewd acts, will be condemned by the vulnerable crime of rape, whether the conduct is by way of fraud or negligence, punishing yourself that way, with the imprisonment from eight to fifteen years. The purpose of this work is the study of the changes that this law brought to the legal system with regard to the absolute and relative character of the child's vulnerability 14 years, and the consequences generated as a result of its absolute character. At the end of this monograph, it can be concluded that it is possible to lower the vulnerability of relativity 14 years in specific situations, in order to avoid the objective criminal liability, and affront to the principles enshrined in the Constitution.

Keywords: Law n. 12.015 / 2009. Of vulnerable rape. Absolute vulnerability. Vulnerability relative. Vulnerability of relativity.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF - Constituição Federal

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CPMI - Comissão Parlamentar Mista de Inquérito

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJ - Tribunal de Justiça

art. - artigo

inc.- inciso

p. - página(s)

§ - parágrafo

v. - volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 CONTEXTUALIZAÇÃO.....	13
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	13
2.2 CONCEITO.....	13
2.3 PRINCÍPIOS PENAIS E CONSTITUCIONAIS NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	16
2.4 A LEI N. 12.015/2009 E O ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	18
2.5 VIOLÊNCIA PRESUMIDA.....	19
2.6 FIM DA VIOLÊNCIA PRESUMIDA E SURGIMENTO DA VÍTIMA VULNERÁVEL.....	21
2.7 A VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO.....	22
3 TIPIFICAÇÃO DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL.....	24
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	24
3.2 CONCEITO.....	24
3.3 OBJETIVIDADE JURÍDICA.....	25
3.4 ELEMENTOS DO TIPO	25
3.4.1 Ação nuclear.....	25
3.4.2 Sujeito ativo.....	26
3.4.3 Sujeito passivo.....	27
3.4.3.1 Vítima com idade inferior a 14 anos.	27
3.4.3.2 Vítima que, por enfermidade ou deficiência mental, não temo necessário discernimento para a prática do ato.....	28
3.4.3.3 Vítima que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.....	28
3.5 ELEMENTO SUBJETIVO.....	29
3.6 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.....	29

3.7 FORMAS SIMPLES E QUALIFICADA.....	30
3.7.1 Causas de aumento de pena.....	32
3.8 AÇÃO PENAL	32
4 RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE.....	35
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	35
4.2 IMPUTABILIDADE PENAL.....	35
4.3 RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL.....	36
4.4 VULNERABILIDADE ABSOLUTA	37
4.5 VULNERABILIDADE RELATIVA.....	38
4.6 RELATIVIZAÇÃO NA INCIDÊNCIA DO CRIME ERRO DE TIPO.....	39
4.7 CONSENTIMENTO DO MENOR VULNERÁVEL COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE PELO AGENTE.....	41
5 VULNERABILIDADE ABSOLUTA EM AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	45
5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	45
5.2 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	46
5.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	47
5.4 PRINCÍPIO INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	47
5.5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	48
5.6 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	49
5.7 A RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA.....	50
6 CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

O legislador ao elaborar a lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009 procurou conferir ao menor, uma proteção maior contra os crescentes abusos sexuais ao tratar do tema em capítulo próprio, objetivada na proteção do menor de 18 anos, abrangendo os crimes de estupro de vulnerável; mediação de menor de 14 anos para satisfazer a lascívia de outrem; satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.

O presente trabalho científico terá como foco principal o estudo da vulnerabilidade no crime de estupro definido pela referida lei. No entanto, faz-se necessário esclarecer desde logo que tal vulnerabilidade, segundo o artigo 217-A do Código Penal, é considerada absoluta para o menor de 14 anos, abandonando-se a figura da presunção de violência que era prevista no artigo 224 do Código Penal, passando-se a integrar o novo dispositivo que não mais se refere à presunção de violência, mas às condições de vulnerabilidade da vítima.

Antes da criação do artigo 217-A do Código Penal, quando ainda se tratava da presunção absoluta de violência em crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, já se discutia a capacidade de compreensão pelo adolescente. Entretanto, hodiernamente a sociedade evolui; cada vez mais as pessoas se encontram informatizadas; assim, é inconcebível a ideia de que um adolescente que tenha acesso aos meios modernos de comunicação seja incapaz de consentir com a prática de relações sexuais.

Em decorrência das alterações pela referida lei, o legislador impediu que os julgadores concedessem a absolvição de acusados, quando, comprovadamente o adolescente menor de 14 anos possuísse vida sexual pregressa e consentisse com o ato.

Nesse sentido, a temática foi escolhida com o intuito de demonstrar que a vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável, não pode ignorar os direitos fundamentais que são concedidos ao acusado. Assim, algumas questões pertinentes acerca do tema devem ser objeto de estudo. Pode-se considerar o menor de 14 anos absolutamente vulnerável, ainda que tenha experiência sexual comprovada? É possível considerar relativa à vulnerabilidade em casos específicos,

avaliando o grau de conscientização do menor para a prática sexual? E quais as consequências que a vulnerabilidade absoluta gera para o agente causador do delito?

O presente trabalho terá como metodologia o embasamento em pesquisas bibliográficas, apoiando-se em alguns dos estudiosos do Direito. Implicando no levantamento de dados de variadas fontes. Optou-se por acompanhar parte da doutrina que defende que a vulnerabilidade é relativa, a fim de garantir que os meios de defesa não sejam violados.

O raciocínio metodológico a ser utilizado no presente trabalho será o dedutivo; o raciocínio dedutivo tem o objetivo de explicar o conteúdo das premissas, por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular chega-se a uma conclusão.

Dessa forma, no primeiro capítulo da monografia será abordado acerca da antiga figura da presunção de violência, destacando as hipóteses em que tal violência era cabível, bem como o surgimento da figura da vulnerabilidade do crime de estupro presente no artigo 217-A do Código Penal.

No segundo capítulo, abordará quais as condições em que o legislador atribui o caráter de pessoa vulnerável, abordando de forma sistemática cada uma das causas previstas no parágrafo 1º do artigo 217-A do Código Penal. Assim, com as modificações introduzidas pela Lei n. 12.015/09, não só a prática de conjunção carnal constitui o crime em análise, mas também qualquer ato libidinoso, possibilitando desta maneira que a mulher também seja sujeito ativo desse crime.

No terceiro capítulo, concluirá que a vulnerabilidade do menor de 14 anos pode ser considerada relativa na incidência do crime de erro de tipo, bem como em decorrência do nível de conhecimento do menor em matéria sexual. Além de fazer a abordagem acerca da vulnerabilidade absoluta e relativa.

Por fim, no quarto capítulo, abordará quais as consequências que a vulnerabilidade absoluta gera para o acusado. Concluindo-se dessa maneira, que a vulnerabilidade absoluta no crime de estupro de vulnerável não pode ignorar os direitos fundamentais que são concedidos ao acusado.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este capítulo terá como objeto de estudo a contextualização do crime de estupro de vulnerável, bem como a abordagem do estudo do fim da presunção de violência em razão da idade da vítima, destacando o surgimento da figura da vulnerabilidade da vítima.

A palavra *violência* deriva do Latim "*violentia*", que significa "veemência, impetuosidade". Mas na sua origem está relacionada com o termo "violação" (*violare*). Violência significa usar a agressividade de forma intencional e excessiva para ameaçar ou cometer algum ato que resulte em acidente, morte ou trauma psicológico¹. Dessa forma, a violência, segundo Bitencourt, (2012, p. 92):

Representa uma das maiores ameaças à humanidade, fazendo-se presente em todas as fases da história da civilização humana. Pode-se dizer que a violência é parte significativa do cotidiano, retratando a trajetória humana através dos tempos, e que é intrínseca à existência da própria civilização.

Nesse contexto, a violência sexual contra crianças e adolescentes, representa uma violação de direitos humanos universais, sendo um tema sensível da nossa realidade, social e criminal dos tempos atuais, pois se sabe que as consequências para as crianças e adolescentes abusados sexualmente são perenes. Dessa forma, o legislador procurou conferir as crianças e adolescentes, uma proteção contra os crescentes abusos sexuais sofridos, para isso, o legislador, ao elaborar a Lei n. 12.015/09, reconheceu sua qualidade de vulnerável; que é exteriorizada através da criação do artigo 217-A do Código Penal.

2.2 CONCEITO

Estupro de vulnerável é o crime definido no artigo 217-A² do Código Penal inserido pela lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009: "Ter conjunção carnal ou praticar

¹ Significado de violência. Disponível em: < <http://www.significados.com.br/violencia/> > Acesso em 08 de maio de 2014.

² Código Penal: Artigo 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.

outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos". A vulnerabilidade é um conceito novo, segundo Capez, (2012, p. 81):

[...] leva em conta a necessidade de proteção do Estado em relação a certas pessoas ou situações. Incluem-se no rol de vulnerabilidade casos de doença mental, embriaguez, hipnose, enfermidade, idade avançada, pouca ou nenhuma mobilidade de membros, perda momentânea de consciência, deficiência intelectual, má formação cultural, miserabilidade social, sujeição à situação de guarda, tutela ou curatela, temor reverencial, enfim, qualquer caso de evidente fragilidade.

Dessa forma, vulnerável é qualquer pessoa que se encontre nessa situação de fragilidade. Não se referindo a lei à capacidade para consentir ou a maturidade sexual da vítima, mas sim ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, cultural, social, biológica, fisiológica. etc. nesse sentido, Capez, (2012, p. 81) ainda esclarece que:

Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida em prostituição, pode atingir às 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 sujeita a prostituição.

Com efeito, a vulnerabilidade e a presunção de violência da legislação anterior não se confundem, para efeito da lei, os menores de 18 (dezoito) anos, que tenham maturidade sexual prematura, assim os são considerados. Logo, o crime de estupro de vulnerável constitui crime hediondo, tanto em sua forma simples, como nas qualificadas, nos termos do artigo 1º, inciso VI, da Lei n. 8.072/90³. Antes de tais

§ 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.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm > acesso em 08 de maio de 2014

³ Lei dos Crimes Hediondos.

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);

modificações legais, havia uma discussão sobre se o estupro e o atentado violento ao pudor com violência presumida (artigo 224 do CP) constituiriam crimes hediondos, nesse sentido, Capez, (2012, p. 81) esclarece que:

[...] muito se discutia se os crimes sexuais (estupro e o revogado atentado violento ao pudor) com violência presumida seriam hediondos, sendo certo que os Tribunais Superiores vinham se manifestando no sentido afirmativo da hediondez de tais delitos.

Entretanto, a partir da Lei n. 12.015/09, o artigo 224 do Código Penal foi expressamente revogado, dessa forma, as hipóteses antes previstas no artigo que caracterizavam o estupro com violência presumida, segundo Capez, (2012, p. 52): “passaram a configurar delito autônomo, com sanções próprias, inclusive com a previsão de formas qualificadas”. A partir disso, a supracitada lei introduziu modificações na lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) passando a considerar o crime de estupro de vulnerável, conforme já destacado, em sua forma simples e qualificada, como crime hediondo.

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-A – (VETADO)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em: 10 de maio de 2014.

2.3 PRINCÍPIOS PENAIS E CONSTITUCIONAIS NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Os princípios penais, conforme pontua Machado e Frazão⁴, compõem o núcleo efetivo da matéria penal, constituindo o eixo do edifício conceitual do crime, impondo limites ao poder punitivo do Estado, assegurando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, norteando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as reivindicações próprias de um Estado democrático e social de Direito.

Assim, temos que o Brasil está sob a égide de um Estado Democrático de Direito, portanto, deve respeitar e ser submisso à lei, a separação dos poderes e aos direitos e garantias fundamentais. Logo, qualquer ato que contrarie esses direitos indisponíveis, atentará contra a ordem constitucional.

Nessa vereda, sendo a Constituição Federal concebida como lei suprema do ordenamento jurídico brasileiro, todas as demais normas infraconstitucionais devem obediência a seus preceitos sob pena de inconstitucionalidade. Em razão disso é que o Direito Penal brasileiro deve ser projetado à luz dos Princípios Constitucionais do Estado Democrático de Direito, caso adverso será considerado mecanismo de comedimento, indo contra a ordem constitucional vigente.

Nas pegadas desse raciocínio, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana trata-se do princípio que possui maior relevância e fundamento na República Federativa do Brasil, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem. Por conseguinte, o Direito Penal deverá ser conduzido sob a proteção desse princípio, visto que o aludido exerce o controle social em forma de sanções penais.

No contexto do crime ora objeto deste trabalho monográfico, deve-se analisar preliminarmente se o grau de reprovação social é proporcionalmente compreendido à pena aplicada ao indivíduo, uma vez que o tipo penal deve

⁴MACHADO, Laís de Moraes. FRAZÃO, Marina Lima. ESTUPRO DE VULNERÁVEL: CRIME HEDIONDO E SEUS REFLEXOS NA CONJECTURA JURÍDICA E SOCIAL. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3976&idAreaSel=1&seeArt=yes>>. Acesso em 10/10/2014.

obedecer a critérios formais e materiais, pois não seria relevante haver previsão legal que confronte valores e princípios base da sistemática jurídica.

Dessa maneira, tem-se que Direito Penal deve tipificar exclusivamente condutas que tenham relevância social, subordinando o legislador a eleger determinados comportamentos preferindo aqueles que tutelem bens jurídicos relevantes para a convivência social, sendo importante que estes estejam atentos ao interesse público⁵.

Não obstante o tipo penal em análise tutelar, bem jurídico importante em uma sociedade democrática, a referida proteção foi disciplinada de maneira desacertada pelo legislador, conquanto incrimine toda e qualquer prática sexual com menores de 14 anos, considerando irrelevante o consentimento da vítima. Aliás, tal parâmetro encontra-se desvinculado da realidade social brasileira, visto ser incontestável com a realidade dos jovens de nosso país, que cada vez mais cedo dão início a sua vida sexual.

Por sua vez, o art. 5º, inciso LVII da CF dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, consagrando também a Presunção de Inocência como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito e do Direito Penal.

Nesse diapasão, quando o tipo penal do delito de Estupro de Vulnerável estabelece que ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos é crime, implicitamente admite que o agente que o faz é culpado, sem analisar as condições e a conduta praticada pelo sujeito ativo, bem como não são observados a intenção do agente ou o comportamento da vítima, o que de pronto afronta a presunção de inocência e a teoria da responsabilidade subjetiva adotada pelo Código Penal nacional, visto ser inaceitável que alguém possa ser responsabilizado sem que reúna todos os requisitos da culpabilidade, quais sejam: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Portanto, resta-nos afirmar que o agente só será considerado culpado se preencher condições alhures mencionadas, caso em que a ausência de qualquer um deles, não restará configurada a sua culpabilidade⁶.

⁵Idem, p. 3.

⁶Idem, p. 4.

2.4 A LEI N. 12.015/2009 E O ESTUPRO DE VULNERÁVEL

As mudanças que atualmente a sociedade passa tem como objetivo melhorar e tornar o convívio das pessoas mais harmônicas, por isso, é que as leis devem ser criadas no mesmo sentido. Dessa forma, em meio as mudanças sociais, a proteção contra a exploração sexual de crianças e adolescentes, constitui um importante marco do Estado, nesse sentido, segundo Laranjeira (2012)⁷:

Por se tratar de situação gravíssima, houve a motivação necessária à criação no Congresso Nacional de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, através do Requerimento 02/2003, com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Essa CPMI encerrou oficialmente seus trabalhos em agosto de 2004, trazendo relatos assustadores sobre a exploração sexual no Brasil, culminando por produzir o projeto de lei nº 253/2004, motivado pelos rezingues da sociedade por uma lei penal mais dura para esse tipo de situação, que deu origem à Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Ainda, conforme Laranjeira (2012), a CPMI se propôs a enfrentar um tipo de violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes que ocorre em todo o País, por ferir a dignidade, devido ao cerceamento do acesso a direitos específicos conferidos constitucionalmente. Tal violência coloca-os como seres aos quais se nega a própria condição humana, por se tratar de uma submissão de tal ordem, se revelando uma forma de escravidão, que deixará marcas para o resto da vida.

Dessa maneira, a nomenclatura do Título VI da Parte Especial do Código Penal foi modificada, outrora denominado Dos Crimes contra os Costumes. A concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento saudável da sexualidade, mas o ponto de vista ético e moral da sociedade. Assim, alterou-se o foco da proteção de direitos, intitulando-se Dos Crimes Contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual⁸.

Lado outro, uniu-se os elementos dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, tornando-se um único tipo penal, regulamentado pela renovada definição do art. 213, não distinguindo a violência sexual por serem vítimas pessoas do sexo masculino ou feminino, punindo-se com a pena base de 6 a 10 anos de

⁷ LARANJEIRA, Tiara. Badaró. Relativização da vulnerabilidade sexual nos termos do art. 217-A, caput, do Código Penal. dez. 2012. Disponível em: <<http://tiarabadaro.jusbrasil.com.br/artigos/112354505/relativizacao-da-vulnerabilidade-sexual-nos-termos-do-art-217-a-caput-do-codigo-penal>>. Acesso em: 25/11/2014.

⁸ Idem.

reclusão; no caso de ocorrer lesão grave, ou se a vítima tiver de 14 a 18 anos, está prevista a possibilidade de imposição de 8 a 12 anos. Resultando morte, a pena é estipulada de 12 a 30 anos.

Finalmente, destaca-se a criação do art. 217-A, que substituiu a antiga presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos que era tratada no art. 224, pela presunção de vulnerabilidade de crianças e adolescentes menores de 14 anos. Também, é vulnerável a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência. Considera-se crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com essas pessoas, sem entrar no mérito da violência e sua presunção⁹.

Ocorre que, crianças e adolescentes na faixa etária referida, são sujeitos da proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, não havendo situação admitida de compatibilidade entre o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual.

2.5 VIOLÊNCIA PRESUMIDA

Antes da Lei n. 12.015/09, o Código Penal em seu artigo 224 previa as hipóteses em que se presumia a violência da vítima, se a vítima não fosse maior de 14 anos; fosse alienada ou débil mental e o agente conhecia essa circunstância; não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Segundo Capez, (2012, p. 31), “nessas hipóteses, considerava-se, por ficção legal, ter havido conjunção carnal mediante constrangimento, sendo irrelevante o consentimento da vítima, cuja vontade era totalmente desconsiderada, ante sua incapacidade para assentir.”

O estupro com violência real ou presumida integrava o mesmo tipo incriminador, com as mesmas penas. Com o advento da lei n. 12.015/09, o estupro cometido contra pessoa sem capacidade ou condição de consentir, com violência ficta deixou de integrar o artigo 213 do Código Penal, para configurar crime autônomo, previsto no artigo 217-A do Código Penal com o nome de estupro de vulnerável.

⁹ Idem.

Nota-se que o artigo 224 do Código Penal considerava que a violência era presumida se a vítima tivesse idade igual ou inferior a quatorze anos, o que não mais ocorre, tendo em vista que se considera apenas o menor de quatorze anos. Segundo Capez, (2012, p. 83):

O legislador incorreu em grave equívoco, na medida em que se o crime for praticado contra a vítima no dia de seu 14º aniversário, não haverá o delito do art. 217-A, nem a qualificadora do art. 213 do CP. Poder-se-á configurar, no caso, o estupro na forma simples, havendo o emprego de violência ou grave ameaça.

Ressalte-se ainda que, se houver o consentimento do ofendido o fato será atípico, nesse ponto a lei será benéfica para o agente. Cumpre salientar que o objetivo era o de dar valor relativo à presunção, dessa forma afastava-se essa presunção nas hipóteses, segundo Capez, (2012, p. 84): “em que a vítima aparentava ser maior de idade; que era experiente na prática sexual; que já se demonstrava corrompida; vítima que forçou o agente a possuí-la; que se mostrava despuída, devassa”.

Outra hipótese prevista era de quem por enfermidade ou deficiência mental não tinha o necessário discernimento para a prática do ato (artigo 224, *b*, do Código Penal). Fazia também menção à vítima alienada ou débil mental, e exigia que o agente devesse conhecer essa circunstância. O parágrafo 1º, do artigo 217-A do Código Penal abrangia a hipótese, mas também incluiu a vítima enferma, que já era tutelada pela alínea *c* do artigo 224 do Código Penal. Capez, (2012, p. 88), assinala que: “Deve-se provar, no caso concreto, que, em virtude de tais condições, ela não tem o necessário discernimento para a prática do ato.” Portanto, cumpre destacar que sejam comprovadas mediante laudo pericial, sob pena de não restar atestada a materialidade do crime, por se tratar de elementar, a qual integra o fato típico.

Por fim, presumia-se também a violência àquele que por qualquer outra causa, não possa oferecer qualquer resistência; a alínea *c*, do artigo 224 do Código Penal tratava das hipóteses em que a vítima não é menor de idade, nem tem enfermidade ou deficiência mental, mas por outros motivos não consegue oferecer resistência; neste caso, segundo Gonçalves, (2010, p. 28):

É indiferente que o fator que impossibilite a defesa da vítima seja prévio (doença, paralisia, idade avançada, estado de coma, desmaio), provocado pelo agente (ministração de sonífero ou droga na bebida da vítima, uso de

anestésico etc.) ou causado por ela própria (embriaguez completa em uma festa).

A presunção neste caso também era relativa sendo necessário que o agente se aproveite do estado de incapacidade de defesa da vítima e que se demonstre que este fator impossibilitava por completo a capacidade da vítima de oferecer resistência.

2.6 FIM DA VIOLÊNCIA PRESUMIDA E SURGIMENTO DA VÍTIMA VULNERÁVEL

Antes da alteração da lei n. 12.015/2009, quando o Código Penal utilizava da presunção de violência, esta se dividia em: relativa quando a vítima era qualquer mulher, admitindo-se prova em contrário; é absoluta a qual tratava de condições em que não ocorria o uso de força ou grave ameaça, mas que caracterizavam igualmente o crime sexual.

Presumia-se que houve violência quando a vítima era menor de 14 anos, deficiente mental, ou quando não podia por qualquer outra causa oferecer resistência, não sendo válido o provável consentimento da vítima, subsistindo o crime mesmo com prova contrária.

Dessa forma com o aumento desenfreado da incidência de violência sexual com crianças e adolescentes, fez-se necessário o tratamento mais severo dessas situações deixando-se de ter a presunção de violência como elementar do tipo ora discutido, nesse sentido, conforme Mirabete, (2011, p. 408):

Ao abolir a presunção de violência contida no revogado artigo 224 do código penal, referindo-se à idade do menor como elemento das condutas típicas nos crimes descritos nos artigos 217-A a 218-B, o legislador teve a intenção o de excluir possíveis indagações no caso concreto a respeito da maturidade, conhecimento e experiência do menor em relação às questões sexuais.

Passando-se dessa maneira ser a presunção de vulnerabilidade o cume para a responsabilização do agressor, presumindo-se vulnerável a vítima menor de 14 anos, quem, por enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato ou a vítima que por qualquer outra causa não possa oferecer qualquer resistência.

2.7 A VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO

Ao elaborar a lei n. 12.015 de 7 de agosto de 2009, o legislador preocupou-se em conferir ao menor de idade uma proteção especial contra os abusos sexuais ao tratar do tema em capítulo próprio dos crimes contra vulnerável, objetivada na proteção do menor de 18 anos, abrangendo os crimes de estupro de vulnerável, mediação de menor de 14 anos para satisfazer a lascívia de outrem, satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.

Segundo o artigo 217-A do Código Penal, o legislador atribuí a condição de vulnerável ao menor de quatorze anos; pela imaturidade o menor de idade não pode consentir validamente na prática dos atos sexuais, Entretanto, no artigo 218-B¹⁰ a vulnerabilidade é utilizada para outra faixa etária do menor de dezoito anos. Na verdade, o legislador utiliza o conceito de vulnerabilidade para diversos enfoques, daí conclui-se que há distintas concepções de vulnerabilidade, nesse sentido assinala Bitencourt (2012, p. 97) que:

Na ótica do legislador, devem existir duas espécies ou modalidade de vulnerabilidade, ou seja, uma vulnerabilidade absoluta e outra relativa; aquela refere-se ao menor de quatorze anos, configuradora da hipótese de estupro de vulnerável (art.217-A); esta refere-se ao menor de dezoito anos, empregada ao contemplar a figura do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art.218-B).

Dessa forma, na área penal o legislador não acompanha as mudanças de comportamento da sociedade inclusive no campo da definição de criança ou

¹⁰ Código Penal: Artigo 218-B: Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no caput deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> acesso em 08 de maio de 2014.

adolescente. Nesse sentido, criança de acordo com o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹, conforme destacou Nucci. (2009, p. 830):

É a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). Desse modo continuamos a sustentar que ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa restituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do art. 218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação.

Desse modo, o código penal afastou-se da disciplina contida no Estatuto da Criança e do Adolescente que considera criança quem tem 12 anos incompletos e adolescente o que tem idade superior a esta e inferior a 18 anos. Mister se faz necessário o esclarecer que manter relação sexual com pessoa menor de 12 anos, com ciência disso gera o surgimento da tipificação no artigo 217-A do Código Penal, de modo absoluto nesse caso sem prova em contrário para a tutela obrigatória da formação sexual da criança.

¹¹ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

3 TIPIFICAÇÃO DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao elaborar a lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, o legislador procurou conferir ao menor uma proteção maior contra os crescentes abusos sexuais ao tratar do tema em capítulo próprio, dos crimes contra vulnerável objetivada na proteção do menor de 18 anos abrangendo os crimes de estupro de vulnerável; mediação de menor de 14 anos para satisfazer a lascívia de outrem; satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.

Ao reservar um capítulo próprio aos crimes contra vulnerável, segundo nos esclarece Mirabete (2011, pág. 407): "... o legislador procurou, também, dar maior efetividade ao mandamento contido no artigo 227, parágrafo 4º, da Constituição Federal". Estabelecendo dessa forma que o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e ao adolescente serão severamente punidos segundo o entendimento do parágrafo 4º do artigo 227 da CF/88¹².

3.2 CONCEITO

A Lei nº 12.015/2009 introduziu figura típica ao código penal com o nome de "estupro de vulnerável" caracterizado como um tipo autônomo; dessa maneira, o estupro de vulnerável é o crime definido no artigo 217-A¹³ que consiste no ato de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 anos, cuja pena estipulada é a de 8 a 15 anos de reclusão¹⁴. Assim, temos como pessoas vulneráveis:

¹² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 jun. 2014.

¹³ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 20 jun. 2014.

¹⁴ NNOBRE, Kenia Cristina Oliveira. Estupro de Vulnerável. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2853&idAreaSel=4&seeArt=yes>>. Acesso em: 10/10/2014.

O homem ou a mulher que ainda não completou quatorze (14) anos de idade (essa vulnerabilidade cessa à zero hora do dia em que o sujeito passivo faz seu aniversário de 14 anos);

O homem ou a mulher (com 14 anos ou mais de idade) que não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual, em razão de enfermidade mental ou deficiência mental;

O homem ou a mulher (com 14 anos ou mais de idade) que por qualquer outro motivo não pode oferecer resistência, como portadores de necessidades especiais com problemas físicos graves (paraplégicos, acamados em geral impossibilitados de se levantar e de resistir) e pessoas em completo estado de torpor físico e mental em razão do uso, voluntário ou não, de drogas ou bebidas alcoólicas.

3.3 OBJETIVIDADE JURÍDICA

O crime de estupro de vulnerável tutela a dignidade sexual do indivíduo menor de 14 anos ou daquele 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.

Nesse sentido, Mirabete (2011, p. 408) esclarece que: “tutelam-se no art. 217-A, como aspectos da dignidade sexual, o sadio desenvolvimento sexual e a liberdade física e psíquica, em matéria sexual, de pessoas que a lei considera mais vulneráveis ao abuso sexual”. Dessa maneira, o objeto central da tutela do artigo é o desenvolvimento sexual do menor.

3.4 ELEMENTOS DO TIPO

3.4.1 Ação Nuclear

A conduta típica consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, com alguém enfermo ou deficiente mental, não possua o necessário discernimento para a prática do ato, bem como com alguém que por outra causa não possa oferecer resistência. Nesse sentido, segundo entendimento de Capez, (2011, pág.104):

Conjunção carnal é a cópula vaginal, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher. A antiga redação do art. 213 do CP somente abarcava esse ato sexual, excluindo-se qualquer outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal, o qual era abrangido pelo art. 214 do CP, atualmente revogado pela Lei n. 12.015/09.

Ato libidinoso compreende outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral, anal). Tais atos sexuais constituíam o crime autônomo de atentado violento ao pudor. Se o agente constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, haverá o crime de estupro. No caso de o agente manter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima, o crime será o previsto no art. 215 do CP, com a nova redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, que passou a ter nova nomenclatura: "violação sexual mediante fraude".

Nesse íterim, constranger o infante a ter com o indivíduo agressor atos sexuais é promover (dar causa, realizar, tornar possível) e facilitar (remover obstáculos) para a prática do delito. Logo, com a reforma de 2012 o verbo intermediar, anteriormente encontrado no tipo penal, foi excluído.

3.4.2 Sujeito Ativo

Com as modificações introduzidas pela Lei n. 12.015/2009 o tipo penal passou a abarcar não só a prática de conjunção carnal, mas também de qualquer outro ato libidinoso possibilitando, assim, que a mulher também seja sujeito ativo desse crime. Nesse contexto, segundo assinala Mirabete (2011, p. 409) que:

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, tanto o homem quanto a mulher. Pratica, assim, o crime em estudo a mulher que tem conjunção carnal com o menor de 14 anos do sexo masculino. Nessa forma de conduta, somente não pode ser autor pessoa do mesmo sexo do menor, porque nesse caso não pode haver o coito normal. Na prática de outro ato libidinoso, não há impedimento de que autor e vítima sejam pessoas do mesmo sexo.

Em suma Machado e Frazão¹⁵ classificam o tipo no que diz respeito ao sujeito ativo, quando a conduta for dirigida à conjunção carnal terá a natureza de crime de mão-própria e comum nas demais situações; crime próprio com relação ao sujeito passivo uma vez que a lei exige que seja a vítima menor de catorze anos; comissivo; material; de dano; instantâneo; de forma vinculada (quando disser respeito à conjunção carnal) e de forma livre (quando estivermos diante de um

¹⁵ MACHADO, Laís de Moraes. FRAZÃO, Marina Lima. ESTUPRO DE VULNERÁVEL: CRIME HEDIONDO E SEUS REFLEXOS NA CONJECTURA JURÍDICA E SOCIAL. 2011. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3976>>. Acesso em 10/10/2014.

comportamento dirigido a prática de outros atos libidinosos); monossujeito e plurissubsistente.

3.4.3 Sujeito Passivo

O sujeito passivo da conduta descrita no caput do artigo 217-A do Código Penal é o indivíduo menor de 14 anos ou aquele 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. Ainda segundo Mirabete (2011, p. 408): “pessoas de qualquer dos sexos podem ser sujeitos passivos tanto na prática de conjunção carnal como de outro ato libidinoso”. O artigo 217-A do Código Penal estabelece as circunstâncias de onde se depreende a vulnerabilidade da vítima; quais sejam:

3.4.3.1 Vítima com idade inferior a 14 anos

O sujeito passivo da conduta descrita no caput do artigo 217-A é o menor de 14 anos, nesse sentido, conforme Capez, (2011, p. 105): “O menor de idade, pela imaturidade, não pode validamente consentir na prática dos atos sexuais”. Caso o menor já tenha completado 14 anos o que se verifica no primeiro instante do dia de seu aniversário pode configurar outro delito. Diante disso, ainda segundo Capez, (2011, p. 105):

Verifique-se, por derradeiro, que o legislador incorreu em grave equívoco, na medida em que se o crime for praticado contra a vítima no dia do seu 14º aniversário, não haverá o delito do art. 217-A, nem a qualificadora do art. 213 do CP. Poder-se-á configurar, no caso, o estupro na forma simples, havendo o emprego de violência ou grave ameaça. Se houver o consentimento do ofendido, o fato será atípico, sendo a lei, nesse ponto, benéfica para o agente.

Com efeito o sujeito passivo pode ser pessoa de ambos os sexos desde que esteja na faixa etária dos catorze anos ou esteja em estado de vulnerabilidade. A propósito, Greco (2010, p. 74) no diz respeito à idade da vítima, ressalta que para que ocorra o delito em estudo o agente obrigatoriamente deverá ter conhecimento de ser ela menor de 14 (catorze) anos, pois, caso contrário poderá ser alegado o chamado erro de tipo que dependendo do caso concreto poderá conduzir até

mesmo à atipicidade do fato ou a sua desclassificação para o delito de estupro tipificado no art. 213 do Código Penal.

3.4.3.2 Vítima que por enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato

Na primeira parte do parágrafo 1º prevê como sujeito passivo a pessoa que padece de enfermidade ou deficiência mental que a prive do discernimento necessário a respeito das questões sexuais. Trata-se de condição em que deve-se examinar o caso concreto por perícia realizada por psiquiatra, para aferir se resulta a ausência do discernimento exigível para consentir na prática do ato sexual.

No exame deve-se verificar como a deficiência mental ou a doença afeta a capacidade de compreensão do sujeito passivo em relação às questões de natureza sexual, no caso o vulnerável enfermo ou deficiente, devendo-se considerar as especificidades de cada ato sexual praticado.

3.4.3.3 Vítima que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência

O sujeito passivo que se refere à segunda parte do parágrafo 1º é qualquer pessoa que se encontre impossibilitado de oferecer resistência por qualquer outra causa que não seja a descrita antes no mesmo parágrafo ou o fato de ser ela menor de 14 anos, pois nessa hipótese, a lei confere especial proteção a pessoas que em razão das causas preexistentes não podem consentir na prática do ato sexual, protege-se assim, qualquer pessoa que por ocasião não pode resistir à prática do ato. A causa que impossibilite a vítima de oferecer resistência deve ser compreendida como aquela que torna desnecessário ao agente o emprego de violência ou grave ameaça como meio para a consumação do delito. Nesse sentido, nos ensina Capez, (2011, p.107) que:

Por vezes, a vítima não é menor de idade nem tem enfermidade ou deficiência mental, mas por motivos outros está impossibilitada de oferecer resistência; por exemplo, a embriaguez completa, a narcotização. etc.

A presunção aqui também era relativa e devia ser provada a completa impossibilidade de a vítima oferecer resistência. Cremos que com as modificações legais tal necessidade permanece, pois não há como não se exigir a comprovação

no caso concreto de que a vítima não tenha condições de oferecer qualquer oposição.

3.5 ELEMENTO SUBJETIVO

No estupro de vulnerável, o dolo é a vontade de praticar a conduta típica, ou seja, a de constranger a vítima, mediante violência ou ameaça, à prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Nesse sentido, mister se faz necessário que se estabeleça o conceito de dolo; nas palavras de Capez (2011, p. 224) "dolo é a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta". Dessa forma, o fim de manter a conjunção carnal ou praticar o ato libidinoso é o elemento subjetivo do tipo.

3.6 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O momento consumativo do crime é aquele em que se realiza a conduta nele descrita. Portanto, o crime de Estupro de Vulnerável se consuma no instante em que o agente tem a conjunção carnal, com a penetração total ou parcial, ou pratica ato libidinoso diverso do coito vaginal, como a penetração anal ou o sexo oral, por exemplo. Nesse sentido firma, Greco (2010, p. 74):

O delito de estupro de vulnerável se consuma com a efetiva conjunção carnal, não importando se a penetração foi total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação. Quanto à segunda parte prevista no caput do art. 217-A do estatuto repressivo, consuma-se o estupro de vulnerável no momento em que o agente pratica qualquer outro ato libidinoso com a vítima.

Desse modo a tentativa se dará quando por circunstâncias alheias à vontade do agente não conseguir realizar a conjunção carnal ou o ato libidinoso necessário à configuração do crime, nos moldes do artigo 14, II do código penal¹⁶. Nesse sentido, segundo Mirabete (2011, p. 412):

Há tentativa, por exemplo, se o agente proferiu a grave ameaça ao menor para que se submetesse aos atos libidinosos, mas este logrou fugir; se o

¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. Volume 2: parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. 28 ed. ver e atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 412.

agente e o menor de 14 anos são surpreendidos, já despidos, no interior de um motel, quando se preparavam para a prática dos atos sexuais, etc.

Enfim, o aludido crime consuma-se no momento em que o agente tem a conjunção carnal com a penetração total ou parcial, ou pratica ato libidinoso diverso do coito vaginal. Sobre a mesma perspectiva, Prado (2010, p. 603):

Cite-se, por exemplo, a hipótese do agente que, após subjugar a vítima a fim de concretizar a conjunção carnal ou o ato libidinoso, é surpreendido por terceira pessoa, ou consegue a ofendida desvencilhar-se, empreendendo fuga do local [...]. Se o agente praticar vários atos sexuais com a mesma vítima em um único fato responderá tão somente pelo delito de estupro, em razão da estrutura mista alternativa do tipo objetivo. Contudo, essa peculiaridade deve ser considerada por ocasião da aplicação da pena (art. 59). No caso em que o agente sabe (ou deveria saber) ser portador de moléstia venérea ou de moléstia grave transmissível e com a prática do estupro acaba por transmiti-la à vítima, responde por este último delito com a pena aumentada (art.234- A, IV, CP). Igualmente responde com a pena agravada se da prática do estupro resulta em gravidez (art. 234-A, III, CP).

Tem-se, portanto, que a tentativa é admitida e se dará quando por circunstâncias alheias à vontade do agente este não conseguir realizar a conjunção carnal ou o ato libidinoso necessário para que se configure o tipo.

3.7 FORMAS SIMPLES E QUALIFICADA

A forma simples do estupro de vulnerável está prevista no caput e no parágrafo 1º do artigo 217-A do Código Penal. Já as formas qualificadas do crime de estupro de vulnerável são decorrentes se da conduta resultar em lesão corporal de natureza grave, contemplada no parágrafo 3º; ou se a conduta resultar morte prevista no parágrafo 4º do artigo 217-A do Código Penal. A par desse do exposto, Prado (2010, p. 626) assevera:

Nas hipóteses aqui examinadas, o agente atua com o dolo de praticar a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso diverso desta última, mas acaba por causar lesão corporal de natureza grave ou mesmo a morte da vítima, a título de culpa. Cuida-se, aqui, portanto, de delito qualificado pelo resultado, em que há dolo na conduta antecedente e culpa na consequente. Existe, na espécie, uma unidade complexa entre delito sexual violento (antecedente doloso) e delito culposos.

Vale registrar que antes do advento da Lei 12.015/2009, o antigo artigo 226 determinava quando a pena deveria ser aumentada. Desse modo havia aumento de quarta parte se o crime é cometido mediante concurso de duas pessoas ou de metade, se o agente era ascendente, padrasto, madrasta, tio, irmão, cônjuge,

companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou sob qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

Lado outro, já nos termos do artigo 234-A, nova redação dada Lei novel supracitada, a pena será aumentada de metade se do crime resultar de gravidez e de um sexto até a metade se do agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber. Nas pegadas desse raciocínio, Greco (2010, p. 522) traz:

Infelizmente, tem sido constante que vítimas menores engravidem após terem sido violentadas sexualmente não somente por estranhos, como também por parentes ou por pessoas que possuem, para com elas, o dever de cuidado, proteção e vigilância. A violência intrafamiliar, ou seja, aquela realizada no seio familiar, tem contribuído para essa triste realidade. Dessa forma, justifica-se o maior juízo de reprovação, com a aplicação da majorante, reprimindo, com mais severidade, a ação de pedófilos que engravidam suas vítimas. Da mesma forma, merece uma reprimenda mais severa aquele que, sabendo ou devendo saber se portador de doença sexualmente transmissível, a transmite para a vítima em situação de vulnerabilidade.

Com efeito, caso a conduta do agente, exercida com o emprego de violência ou grave ameaça resulte em lesão corporal de natureza grave para a vítima infante, são os casos descritos no artigo 129 do Código Penal; a pena será de 10 a 20 anos de reclusão. Nesse sentido, segundo Nucci, (2014, p. 827):

O delito qualificado pelo resultado pode dar-se com dolo na conduta antecedente (violência sexual) e dolo ou culpa quanto ao resultado qualificador (lesão corporal). Logo, são as seguintes hipóteses: a) lesão grave consumada + estupro consumado = estupro consumado qualificado pelo resultado lesão grave; b) lesão grave consumada + tentativa de estupro = estupro consumado qualificado pelo resultado lesão grave, dando-se a mesma solução do latrocínio.

Lado outro, se a conduta do agente, exercida com violência ou grave ameaça, resulta na morte da vítima, a pena é de 12 a 30 anos de reclusão; o crime pode ser cometido com dolo na conduta antecedente (violência sexual) dolo ou culpa quanto ao resultado qualificador (morte). Dessa maneira, esclarece Nucci, (2014, p. 827) que:

Afiguram-se as seguintes hipóteses: a) estupro consumado + morte consumada = estupro consumado com resultado morte; b) estupro consumado + homicídio tentado = tentativa de estupro seguido de morte; c) estupro tentado + homicídio tentado = tentativa de estupro seguido de morte; d) estupro tentado + homicídio consumado = estupro consumado seguido de morte.

Em remate, se da conduta criminosa resultar lesão corporal de natureza grave para a vítima, conforme preceitua o § 3º do artigo acima transcrito, o agente

ativo do delito estará sujeito a pena de reclusão de 10 a 20 anos. Já no que tange o § 4º do mesmo diploma legal está implícito que se do ato criminoso levar a vítima à morte seu agressor estará sujeito a uma pena que varia de 12 a 30 anos de reclusão.

3.7.1 Causas de aumento de pena

Com o advento da Lei n. 11.106 de 28 de março de 2005, o artigo 226 do Código Penal passou a considerar que a pena é aumentada de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; 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.

Lei n. 12.015/2009 criou duas novas causas de aumento de pena incidentes sobre os capítulos do Título VI. Assim, a pena será aumentada de metade: (a) se do crime resultar gravidez: basta desse modo, que da prática, por exemplo, do estupro resulte a aludida consequência para a vítima. Não é necessário que a gravidez seja abrangida pelo dolo do agente; (b) se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe (dolo direto) ou deveria saber (dolo eventual) ser portador. Na hipótese não há mais que se falar no concurso formal impróprio entre o crime contra a dignidade sexual e o delito do art. 131 do CP (perigo de contágio de moléstia venérea), constituindo a transmissão da doença uma circunstância majorante.

3.8 AÇÃO PENAL

Antes de mencionar sobre as mudanças que a Lei 12.015/09 trouxe a respeito da ação penal disposta no artigo 225 do Código Penal, é importante que se estabeleça um conceito para melhor compreensão. Dessa maneira segundo entendimento de Capez, (2011, p. 564):

Ação penal é o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. É também o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal objetivo, com a consequente satisfação da pretensão punitiva.

Com o advento da Lei 12.015/09 o artigo 225¹⁷ do Código Penal estabelece que os crimes contra a liberdade sexual não procederá mediante queixa, mas sim por uma ação penal pública condicionada à representação. Cumpre salientar que anteriormente nos casos de presunção de violência em que a ação era pública, o antigo artigo 225 e respectivos parágrafos, assim os elencavam:

a) Quando a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; b) que quando o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. Na primeira hipótese, entretanto, é indispensável que proceda representação da vítima ou de seu representante legal, conforme o caso (§ 2º do art. 225). Na segunda hipótese, o direito de queixa caberá ao tutor ou curador ad hoc ou especial nomeado à vítima for menor de 21 e maior de 18 anos, poderá ter iniciativa da ação (art. 34 do Código Penal). A ação pública abrange os coautores, ainda que estranhos à vítima. Para prova do estado de pobreza (§1º, I, do art. 225), o Código de Processo Penal declara suficiente o atestado da autoridade policial em cuja circunstância residir o ofendido.

Todavia, atualmente para os crimes contra a liberdade sexual o legislador optou pela ação penal pública incondicionada nos delitos enquadrados no parágrafo único do novo artigo 225 do Código Penal. Com isso, ocorreu uma mudança no polo ativo da ação, ou seja, na titularidade para mover a ação penal que será devida ao Ministério Público. Dessa maneira, o órgão ministerial passa a ter legitimidade ordinária. Logo, Prado (2010, p. 626) assim dispõe o crime de estupro de vulnerável como hediondo:

A Lei 12.015/2009 erigiu o estupro de vulnerável a categoria de crime hediondo, tanto na forma simples como na forma qualificada (art. 1º, VI, Lei 8.072/1990). Nesses casos são insuscetíveis de anistia, graça, indulto ou fiança (art. 2º, I e II, Lei 8.072/1990 e art. 5º, XLIII, CF). A pena nessas hipóteses, deve ser cumprida inicialmente em regime fechado (art. 2º, § 1º, 8.072/1990). A prisão temporária (art. 1º, III, f, Lei 7.960/1989) terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, § 4º, Lei 8.072/1990).

Inobstante isso, conforme o entendimento do artigo 31 do Código de Processo Penal¹⁸, uma vez ocorrendo à morte do ofendido caberá à titularidade para a representação ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, em igual prazo, essa representação não exige qualquer formalidade vinculada à lei, podendo se apresentar de forma escrita ou oral conhecida através de um Boletim de Ocorrência

¹⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 20 fev. 2014.

¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 20 jun. 2014.

ou por pedido mediante uma autoridade judiciária, policial ou do Ministério Público. A única exigência é que esta representação expresse uma manifestação de vontade inequívoca quanto à vontade do ofendido ou ofendida em dar prosseguimento ao processo.

Por conseguinte, temos no artigo 234-B do Código Penal o sigilo quanto aos processos em que se apuram crimes definidos no título dos crimes contra a dignidade sexual correrão em segredo de justiça, dado que a exposição da vítima pode lhe causar graves constrangimentos, constituindo-se dessa maneira, uma exceção ao princípio da publicidade. Nesse sentido, Capez, (2011, p. 251) esclarece que:

O princípio da publicidade do processo constitui garantia de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz. Encontra exceção nos casos em que o decoro ou o interesse social aconselhem que eles não sejam divulgados. Esta é a chamada publicidade restrita, segundo a qual os atos são públicos só para as partes e seus procuradores, ou para um reduzido número de pessoas.

Destarte, o Poder Judiciário somente poderá restringir o número de pessoas em julgamento quando o direito público à informação não for prejudicado, dessa forma, os processos em que se apuram os crimes contra dignidade sexual correrão em segredo de justiça.

4 RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao inserir no diploma penal um limite de idade que confere a criança ou adolescente proteção legal, o legislador levou em consideração a capacidade dos mesmos em consentir ou não na prática de atos sexuais. Dessa forma, é definido como crime conforme dispõe o *caput* do art. 217-A do Código Penal, ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 anos de idade, portanto, independentemente de sua permissão. Acerca desse tema, Bitencourt¹⁹ assinala que:

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 a 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.

Por tais razões é que o desenvolvimento imaturo de desejos sexuais nas crianças e adolescentes podem acarretar-lhes futuras complicações, como perturbações fisiológicas e psicológicas, traumas, bloqueios de afetividade e promiscuidade, o que por si só justifica a tutela especial que o Estado presta a estes indivíduos²⁰. Portanto, aquele que não atingiu a idade mínima de 15 anos completos, o legislador acredita que não possui capacidade necessária para decidir acerca de sua liberdade sexual.

4.2 IMPUTABILIDADE PENAL

A capacidade penal de um indivíduo corresponde a um conjunto de condições exigidas para que o mesmo torne-se responsável pelos seus atos, adquirindo direitos e deveres. No direito penal brasileiro a capacidade penal do

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.

²⁰FARIAS, Vanessa de Souza. O crime de estupro de vulnerável e o direito à autodeterminação sexual do menor. 2012. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/29641/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-o-direito-a-autodeterminacao-sexual-do-menor>>. Acesso em 12/09/2014.

indivíduo é verificada no momento da ação ou omissão do crime, ainda que outro seja o momento do resultado, conforme dispõe o art. 4º do estatuto repressivo.

No direito penal vigente a imputabilidade penal está prevista no Título III do Código Penal, do qual, em seu art. 26, dispõe que:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Quanto aos menores de 18 anos, o art. 27 afirma que: "Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial".

Com efeito, os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, o que consequentemente acarreta na absoluta incapacidade de decidir pelos seus atos, e com isso, os menores de 14 anos também não possuem o discernimento necessário para consentir validamente com a prática de atos sexuais ou demais atos libidinosos, acarretando assim sua vulnerabilidade.

4.3 RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

Não foi por acaso que o legislador inseriu no ordenamento jurídico penal vigente a tipificação do estupro do vulnerável, uma vez que, como supramencionado as crianças e adolescentes são incapazes de consentir validamente para o ato sexual, portanto, necessitam de maior proteção pelo Estado.

Entretanto, essa proteção estabelecida pelo legislador também teve como condão sanar intrigas relacionadas à antiga redação do art. 224 do Código Penal, do qual, se não comportava prova em contrário, sendo uma presunção absoluta, ou, se relativa existia a possibilidade de produção de prova em favor de réu²¹.

²¹ FÜHR, Eduardo. Retrógrada criação do estupro de vulnerável. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/a-retrograda-criacao-do-estupro-de-vulneravel-2442814.html>>. Acesso em 11/09/2014.

Com o advento da Lei 12.015/2009, tais intrigas se tornaram inviáveis, tendo em vista que a nova redação dada ao art. 217-A traz que o sujeito passível agora é elementar do tipo, ou seja, a consumação do crime de estupro de vulnerável dá-se a partir do fato da conjunção carnal ou da prática de qualquer outro ato libidinoso com o menor de 14 anos de idade. Com efeito, quanto ao sujeito ativo do crime em questão temos doutrinariamente que o seguinte entendimento²²:

No que diz respeito ao sujeito ativo, quando a conduta for dirigida à conjunção carnal, terá a natureza de crime de mão-própria, e comum nas demais situações, ou seja, quando o comportamento for dirigido à prática de outros atos libidinosos; crime próprio com relação ao sujeito passivo, uma vez que a lei exige que seja a vítima seja menor de 14 (quatorze) anos (*caput*) [...]; doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); material; de dano; instantâneo; de forma vinculada (quando disser respeito à conjunção carnal) e de forma livre (quando estivermos diante de um comportamento dirigido a prática de outros atos libidinosos); monossujeetivo; plurissubsistente; não transeunte e transeunte (dependendo da forma como é praticado, o crime poderá deixar vestígios, a exemplo do coito vaginal ou do sexo anal; caso contrário, será difícil a sua constatação por meio de perícia, oportunidade em que deverá ser considerado um delito transeunte). (GRECO, 2009, p. 72).

Nesse ínterim, presume-se, *iuris et de iure*, que crianças e adolescentes menores de 14 anos de idade, não possuem capacidade ou discernimento para aferição da prática de atos sexuais, razão pela qual a lei penal é rigorosa com aqueles que ousam violá-la, aplicando a pena de 8 a 15 anos na forma simples; 10 a 20 anos se resulta lesão corporal de natureza grave na vítima; e, por fim, caso resulte morte, pena de 12 a 30 anos de reclusão

Destarte, não podemos atualmente considerar a absoluta capacidade dos jovens menores de 14 anos, principalmente porque no Brasil adota-se a responsabilidade subjetiva, ou seja, o dolo e a culpa do agente infrator devem ser considerados e provados caso em que poder-se-á admitir uma possível exceção a regra geral do crime ora analisado.

4.4 VULNERABILIDADE ABSOLUTA

É aquela presunção que não admite prova em contrário. Em latim *iuris et de iure*, trata-se de uma forma especial de relação jurídica em que o legislador

²² FÜHR, Eduardo. Retrógrada criação do estupro de vulnerável. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/a-retrograda-criacao-do-estupro-de-vulneravel-2442814.html>>. Acesso em 11/09/2014.

analisa determinados pressupostos, bem como situações e requisitos de existência ou não do direito, que, por ser absoluta não admite contestação²³. Assim, a vulnerabilidade absoluta não admite a produção de prova em contrário.

4.5 VULNERABILIDADE RELATIVA

Em latim, *juris tantum*, a presunção relativa admite a produção de prova em contrário. Antigamente, quando no diploma penal existia a figura da presunção de violência, havia enormes debates acerca da natureza da vulnerabilidade adotada pelo Brasil, originando-se assim quatro teorias, a saber: teoria absoluta, teoria relativa, teoria mista e teoria constitucionalista²⁴.

A teoria absoluta era direta e simples: não era admitida produção de prova em contrário, bem como o crime restaria configurado sempre que o sujeito passivo fosse o menor de 14 anos. Por outro lado, a teoria relativa admitia a produção de provas, como também excluía a presunção de violência quando o crime envolvia menor de 14 anos promiscua ou que já tivesse anterior experiência sexual. Nesse sentido, Mirabete²⁵ exemplifica:

Não se caracterizaria o crime, por essa razão, quando a menor de 14 anos é destinada à prostituição em logradouros públicos (RT 794/58); não tem vida recatada (RT 782/561); se mostra experiente em matéria sexual (RT 713/380, 666/335, 564/378, 542/322, 430/319); já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos (RT 714/343, 481/403); é despuradora e sem moral (RT 436/325, 695/355); é corrompida (RT 433/376, 557/322, 647/278); apresenta péssimo comportamento (RT 534/344).

Outrora, para a teoria mista, aos menores de 12 anos de idade era adotada a presunção absoluta, enquanto que a teoria relativa era adotada dependendo do caso em concreto. Quanto à teoria constitucionalista, afirmava que o direito penal moderno é aquele que admite a culpa, o que conseqüentemente,

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A presunção de violência nos crimes sexuais como presunção absoluta: análise de suas conseqüências e suas compatibilidades com a presunção de inocência. A renovação processual penal após a constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p.123.

²⁴ GRAÇA, Camilla Barroso; REIS, Claudean Serra Reis. Estupro de vulnerável e a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos. Disponível em: <<http://ienomat.com.br/revista/index.php/judicare/rt/printerFriendly/46/138>> Acesso em 19/11/2014.

²⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 2: parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 444-445.

admite também a produção de prova. Carvalho²⁶, a par da teoria constitucionalista, explica que:

[...] A presunção de inocência é princípio fundamental de preeminência no Direito e que não pode ser restringida ou eliminada por presunções legais em sentido contrário. Principalmente no âmbito criminal, em que a vontade da lei é a manifestação da vontade real e onde se lida com um dos mais importantes direitos fundamentais do homem, a liberdade; não se pode obrigar o juiz a tomar como base para julgamentos fatos presumidos, relegando a multiplicidade de circunstâncias que acompanham a vida humana.

O nosso ordenamento jurídico penal, anteriormente à instituição da Lei n. 12.015/09, adotava a teoria relativa. Atualmente os debates seguem o mesmo rumo, todavia, são minorias que conferem caráter relativo à vulnerabilidade, sendo que a doutrina dominante resguarda a vítima menor de 14 anos de idade.

4.6 RELATIVIZAÇÃO NA INCIDÊNCIA DO CRIME ERRO DE TIPO

Quando o agente se metia em uma situação da qual o erro é inevitável quanto à vítima origina-se o crime de erro de tipo. Tal fato ocorre em virtude do adolescente próximo aos 14 anos de idade possuir aparência física precocemente desenvolvida para sua faixa etária, bem como a mesma demonstrar-se experiente sexualmente, momento em que o legislador, quando configurado o equívoco afastava a regra absoluta da presunção de vulnerabilidade, incidindo assim o erro de tipo. Nessa esteira, entende Jesus²⁷:

Erro de tipo é o que incide sobre as elementares ou circunstância da figura típica, sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da forma penal incriminadora. É o que faz o sujeito supor a ausência de elemento ou circunstância da figura típica incriminadora ou a presença de requisito de norma permissiva.

Dessa forma, quando o agente não tinha consciência da real idade da vítima, o mesmo incidia sobre falta percepção da veracidade de seus atos, não percebendo a dimensão que o ato geraria. Logo, não há que se falar em vulnerabilidade absoluta, mas sim vulnerabilidade relativa, uma vez que não houve dolo por parte do agente, portanto, não podemos falar também em punição.

²⁶ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. Violência sexual presumida. Curitiba: Juruá, 2005, p. 132-133.

²⁷ JESUS, Damásio E., 1935. Direito penal: parte geral. 28. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, (vol.1) p 309.

Assim, sempre que o agente não tivesse como saber a real idade da vítima, ou seja, supor a ausência da elementar “menor de 14 anos” incidia sobre falsa percepção da realidade, sendo a presunção de violência relativizada, pois não existindo o dolo não tinha que se falar punição. Nesse ínterim é o entendimento jurisprudencial:

Ementa Oficial: PENAL - ESTUPRO - ABSOLVIÇÃO -NECESSIDADE - DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA - ERRO DE TIPO - ARTIGO 20 DO CÓDIGO PENAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Impõe-se a absolvição quando o apelante pratica a ação típica incorrendo em erro sobre circunstância elementar, o que afasta a tipicidade da conduta. 2. O error aetatis afasta o dolo e conseqüentemente a adequação típica da conduta. 3. Recurso provido. (TJ-MG, Relator: Pedro Vergara, Data de Julgamento: 25/02/2014, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL).

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. INCONFORMISMO DO RÉU. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO ACERCA DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. COMPROVAÇÃO DO DESCONHECIMENTO DO RÉU DA REAL IDADE DA OFENDIDA. COMPLEIÇÃO FÍSICA E DESENVOLVIMENTO PSICOLÓGICO INCOMPATÍVEL COM A IDADE BIOLÓGICA (12 ANOS). RELATIVIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DE VULNERÁVEL QUE SE IMPÕE. ERRO DE TIPO. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. RECURSO PROVIDO. (TJ-SC - ACR: 367200 SC 2010.036720-0, Relator: José Everaldo Silva Data de Julgamento: 18/08/2011, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n., de Balneário Camboriú).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. PRETENDIDA CONDENAÇÃO. CONJUNÇÃO CARNAL COM ADOLESCENTE DE ENTÃO TREZE ANOS DE IDADE. DECISÃO SINGULAR LASTREADA NA RELATIVA PRESUNÇÃO DA VIOLÊNCIA À VISTA DO CONSENTIMENTO E DO DISCERNIMENTO DA VÍTIMA E DA DESPROPORCIONALIDADE DA PENA. IMPROPRIEDADE DOS FUNDAMENTOS. CONCEITO OBJETIVO DE VULNERABILIDADE. ERRO DE TIPO. DÚVIDA PLAUSÍVEL ACERCA DO CONHECIMENTO DA IDADE DA OFENDIDA PELO AGENTE. COMPLEIÇÃO FÍSICA DA ADOLESCENTE QUE POSSIBILITAVA CONSIDERÁ-LA COMO PESSOA COM AO MENOS CATORZE ANOS COMPLETOS À ÉPOCA. EXCLUDENTE DO DOLO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA POR FUNDAMENTO DIVERSO. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SC - APR: 20130523560 SC 2013.052356-0 (Acórdão), Relator: Rodrigo Collaço Data de Julgamento: 16/07/2014, Quarta Câmara Criminal Julgado).

A propósito, calha ressaltar que desde a vigência do Código Penal de 1940 a presunção de violência é considerada relativa em casos que incidirem o delito de erro de tipo, ou seja, quando o agente realmente desconhecia a idade da vítima, afastando-se assim a tipicidade da conduta do mesmo pela regra geral do art. 217-A do diploma penal.

4.7 CONSENTIMENTO DO MENOR VULNERÁVEL COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE PELO AGENTE

A forma relativa de presunção sempre foi valorizada pela doutrina, a respeito disso, Mirabete²⁸ afirma: “Não se caracteriza o crime, quando a menor se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despudorada e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento”.

Entretanto, com a alteração trazida pela Lei n. 12.015/2009 ao Código Penal vigente não há mais dúvidas acerca do caráter relativo ou absoluto do estupro do vulnerável. Isto porque juridicamente é impossível alegar consentimento do menor de 14 anos na prática do ato sexual, seja como sujeito passivo ou como sujeito ativo da relação, não é válido e muito menos disponível sua liberdade sexual, o que conseqüentemente desclassifica a excludente de ilicitude do fato cometido pelo agente. Portanto, o fato é que ter conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos é crime de estupro previsto no Código Penal brasileiro e sujeito às sanções penais a ele cabíveis, conforme dispõe o art. 217-A. nas pegadas desse raciocínio, Leal e Leal²⁹ afirmam que:

[...] a exemplo da violência presumida, a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos pode, também, ser afastada diante da prova inequívoca de que a vítima de estupro possui experiência da prática sexual e apresenta comportamento incompatível com a regra de proteção jurídica pré-constituída. Essa é uma questão delicada, mas cremos que, em casos especiais, é possível admitir-se a exceção à regra geral, desde que essa condição de experiência sexual do sujeito passivo venha a constituir um fator determinante para o agente incidir em erro de tipo. É evidente que o menor precocemente amadurecido nas coisas do sexo, seja qual for o motivo que conduz a essa lamentável condição, não deixa de merecer a proteção especial do Direito. Mas pode perder o seu estado de inocência e de ingenuidade, ou seja, de “pessoa vulnerável”, que é o fundamento ético-jurídico do princípio da proteção integral, principalmente se aparentar idade superior e complexão física precocemente desenvolvida. Nesses casos, a inexistência de violência real e grave ameaça podem eliminar a tipicidade da conduta de manter relação sexual ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos de idade. Embora seja triste admitir, nas hipóteses de atos sexuais mantidos com menores de 14 anos já iniciados na prática de coito anal ou vagina, da felação ou outros atos libidinosos, a presunção de pessoa vulnerável quanto à integridade sexual pode ser afastada e com ela a existência do crime de estupro contra pessoal vulnerável.

²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. volume 2: parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 478.

²⁹ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal unificado: estupro comum e a figura do estupro de 2009, p.33 pessoa vulnerável. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 58, out.

O Superior Tribunal de Justiça sobre esse assunto, também tem pacificado suas decisões, nesses termos:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 1. Segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de violência ou grave ameaça, sendo por isso irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima. 2. O delito de exploração sexual de vulnerável consiste em aliciar vulnerável à prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual, geralmente por meio do pagamento de retribuição de qualquer natureza na forma de dinheiro, bens, roupa ou comida, inócurrenente na espécie. 3. Recurso parcialmente provido. (STJ - REsp: 1312620 MG 2012/0065405-9, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 10/06/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/06/2014).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. OCORRÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual tornou-se irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp: 1363531 MG 2013/0027835-7, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 27/06/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/08/2014).

No século passado o menor não gozava da proteção que o Estatuto da Criança e Adolescente lhe proporciona hoje e em virtude disso em 1940 o mesmo era considerado totalmente incapaz de decidir acerca da prática de atos sexuais. Desse modo, o advento da Lei n. 8.069/90 prevê em seu art. 2º que a pessoa até 12 anos de idade incompletos é considerada criança legalmente, enquanto que é adolescente aquela pessoa entre 12 e 18 anos de idade.

Outrossim, o legislador pode aplicar aos aludidos medidas socioeducativas no intuito de coibir a prática de ato infracional. Entretanto, forçoso reconhecer que o ECA como o Código Penal afirma que o maior de 12 anos e menor de 14 anos de idade não possui discernimento para consentir validamente com a prática do ato sexual. Com bem afirma Nucci³⁰:

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009. 2. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 102.

Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência se relativo ou absoluto, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção ao menor de 14 anos continua rígida. Creemos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentir em relação aos atos sexuais.

Sobremais, embora o legislador em 1940 tenha reduzido a idade de presunção de violência de 16 para 14 anos, o mesmo em 2009 com o advento da Lei n. 12.015 não alterou a idade do vulnerável de 14 para 12 anos de idade. Em virtude disso, os debates e discussões acerca da relativização da vulnerabilidade ainda continuam acirrados.

Interessante se faz notar que o menor de 14 anos de idade não possui capacidade ou discernimento para administrar sua liberdade sexual no direito penal, mas o mesmo possui consciência do ato ilícito que comete como sujeito ativo a partir dos 12 anos de idade conforme dispõe o ECA? Essa contradição como muitos autores afirmam é o pilar de que nenhum caso concreto é igual, sendo que há situações e situações em que se deve ser realizada uma análise de cunho profissional no intuito de aferir se a pessoa de 12 anos de idade acima consegue consentir validamente para a prática do ato sexual, observando, sobretudo sua capacidade, personalidade, caráter e cultura dos mesmos.

Lado outro, grande parte da doutrina entende por encerrada tais diligências e ainda afirma que o crime de estupro de vulnerável conforme a nova roupagem dada ao art. 217-A com o advento da Lei n. 12.015/2009, resta caracterizado desde que a vítima tenha idade inferior a 14 anos, independentemente das circunstâncias do caso concreto. Por tudo isso é que Marcão e Gentil³¹ assim afirmam:

Como a discussão gira em torno de se tratar de presunção absoluta ou relativa, a fórmula do novo art. 217-A, criando um tipo penal autônomo, do qual não consta o elemento constranger, aparentemente elimina a dúvida sobre ser necessário o dissenso do vulnerável: tendo conjunção carnal ou com ele praticando outro ato libidinoso, o agente estará cometendo essa modalidade de estupro, aliás, apenada mais severamente do que o estupro simples, previsto no art. 213.

³¹ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 186.

Enfim, a proteção conferida pelo legislador às crianças e adolescentes principalmente quanto aos vulneráveis, ou seja, àqueles menores de 14 anos de idade, continuará florescendo debates jurisprudenciais e doutrinários. Como salienta Nucci³²: “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 tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa”.

Dessa maneira, a respeito da vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável, conclui-se que esta deve ser considerada absoluta, quando se tratar de menor de 12 anos e relativa quando tratar de adolescente maior de 12 anos, devendo-se analisar o grau de consentimento de quem tenha 12 ou 13 anos, no que diz respeito à matéria sexual.

³² NUCCI, G. de S. Crimes contra a Dignidade Sexual: Comentários à Lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

5 VULNERABILIDADE ABSOLUTA EM AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo penal deve estar sempre pautado e ter por vetor principal a Carta Magna vigente. Assim, o processo deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra as arbitrariedades estatais, sem olvidar-se da necessidade de efetividade da tutela jurisdicional. A par disso, tem-se que os princípios abaixo elencados e comentados compõem a disciplina fundamental, por vezes encontrados no próprio texto constitucional.

Efetivamente, os princípios não são considerados taxativos, visto que o jurista cotidianamente na busca pela justiça e na construção da norma pode aplicar princípios constitucionais expressamente previstos, como também àqueles decorrentes do sistema constitucional. A margem dessas considerações, a seguir serão apresentados alguns princípios constitucionais e infraconstitucionais que incidem na disciplina do direito processual penal, bem como no objeto de estudo do referido capítulo.

Como é cediço, os princípios constitucionais presentes no nosso ordenamento jurídico pátrio são a base de todos os direitos previstos no corpo legal atualmente. Tanto que são responsáveis por garantir a igualdade, o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa. A guisa de sua importância tem-se que todas as demais disciplinas processuais delas são alicerces.

No mesmo contexto, Grinover (2009) explana que a garantia de acesso à justiça, consagrado no plano constitucional o próprio direito de ação e o direito de defesa, tem como conteúdo o direito ao processo. E por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório cercado de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz.

Diante desse bosquejo é correto afirmar que o Estupro de Vulnerável não pode ser considerado como absoluto, tendo em vista o princípio do contraditório e da ampla defesa resguardados constitucionalmente, como alhures mencionado.

Todavia, a intenção do legislador é tão somente afirmar que a prática do sobredito crime acarreta na culpabilidade antecipada do acusado, uma vez que preenchido o requisito objetivo do delito, no caso, a idade da vítima resta apenas à negativa da prática do ato por parte do acusado.

Inobstante isso não se pode olvidar que, além de ferir o princípio do contraditório e da ampla defesa, afronta de forma direta o princípio da presunção do estado de inocência do suposto autor do crime, estado este que será modificado quando restar findada sentença penal condenatória transitada em julgado. Diante disso, a seguir, será exposto alguns princípios, além dos acima mencionados, que são cerceados pela vulnerabilidade absoluta.

5.2 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Pelo princípio da adequação social, as normas devem existir de acordo com a realidade social. Assim, o Direito Penal deve tipificar condutas que tenham relevância social, tutelando os bens jurídicos de relevância importância para o convívio social.

Dessa forma, é inegável que o tipo penal do Estupro de Vulnerável tutela um bem jurídico muito importante. No entanto, esta proteção foi tratada de forma equivocada pelo legislador, quando incrimina toda e qualquer prática sexual com menores de 14 anos, considerando irrelevante o consentimento da vítima. Rodrigues, Cardoso, Cabral e Pereira, (2009)³³.

Dessa maneira, a tipificação do artigo 217-A do Código Penal fere o princípio da adequação social, pois ele encontra desvinculado da realidade social brasileira, pois é inegável que os jovens iniciam sua vida sexual cada vez mais cedo, sendo esta uma prática já inserida no contexto social com as transformações dos valores e costumes. Rodrigues, Cardoso, Cabral e Pereira, (2009).

Assim, a vulnerabilidade absoluta afronta diretamente o princípio da adequação social, tendo em vista que a realidade social dos jovens não condiz com o que o texto da lei estabelece.

³³ Rodrigues, Júlia de Arruda. Cardoso, Larissa Ataíde. Cabral, Lina Marie. Pereira, Marina Dantas O novo tipo penal estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13908/o-novo-tipo-penal-estupro-de-vulneravel-e-suas-repercussoes-em-nossa-sistematica-juridica> acesso em: 18 de dez. 2014.

5.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No que diz respeito ao princípio da proporcionalidade; quando o ônus imposto for superior a vantagem auferida, o tipo penal será inconstitucional, visto que fere a Dignidade da Pessoa Humana e, por conseguinte, a própria razão de ser do Estado Democrático de Direito (Rodrigues, Cardoso, Cabral e Pereira, 2009).

Ainda segundo Rodrigues, Cardoso, Cabral e Pereira, (2009), o tipo penal Estupro de Vulnerável (art. 217-A do CP) fere, deste modo, o Princípio da Proporcionalidade, na medida em que traz mais limitação do que benefício à sociedade, visto que a pena cominada no delito traz desproporção entre a extensão do dano se comparado com o de outros delitos considerados mais reprováveis pela sociedade.

Se comparada a pena do Estupro de Vulnerável àquela aplicada ao Homicídio Simples, observa-se desequilíbrio. Conforme esclarece, Rodrigues, Cardoso, Cabral e Pereira, (2009) a pena para o Homicídio Simples é de 6 a 20 anos de reclusão, enquanto que a pena para o Estupro de Vulnerável é de 8 a 15 anos de reclusão, sendo considerado, inclusive, crime hediondo, o que torna a sanção ainda mais gravosa. Assim, o legislador considerou mais grave a prática sexual consentida com uma pessoa de 13 anos, do que matar uma pessoa.

5.4 PRINCÍPIO INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Legitimado expressamente no art. 5º, inciso XLVI da CF/88, o princípio da individualização da pena repousa no princípio da justiça, do qual se deve distribuir a cada indivíduo o que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento, ou seja, a aplicação da pena levando em conta não a norma penal em abstrato, mas, preferencialmente, os aspectos subjetivos e objetivos do crime (Silva, 2007, p. 145).

Assim, o crime de estupro de vulnerável, viola o princípio da individualização da pena, pois não observa-se os aspectos particulares de cada pessoa, não observando-se dessa maneira o comportamento e o consentimento da vítima menor, em matéria sexual, bem como se o agente utilizou ou não de violência. Dessa forma, a vulnerabilidade absoluta, gera a inobservância do princípio supracitado tendo em vista que quem pratica a conduta com o consentimento do

menor de 14 anos, terá a mesma punição daquele que o comete com violência ou grave ameaça.

5.5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O princípio do contraditório e da ampla defesa estão descritos expressamente no artigo 5.º, LV da Constituição Federal, que estabelece “que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

As garantias do contraditório e a ampla defesa são indissociáveis, ambas devem caminhar de forma paralela, tanto no processo administrativo, quanto no judicial. Por esta razão é que o contraditório e a ampla defesa, segundo Paulo e Alexandrino, (2014, p. 190):

Estão, também, intimamente ligadas ao princípio do devido processo legal, pois não há como se falar em devido processo penal sem a outorga da plenitude de defesa (direito de defesa técnica direito à publicidade dos atos processuais, direito à citação, direito à produção de provas, direito de recurso, direito de contestação etc.).

Dessa maneira, o contraditório é o direito de resposta a qualquer acusação no desenrolar do processo, ou seja, é o direito que a pessoa tem de tomar conhecimento e ter a possibilidade de contraditar o que é levado pela parte contrária ao processo, assegurando a igualdade das partes no processo, equiparando o direito da acusação ao direito da defesa.

Nesse sentido, Paulo e Alexandrino esclarecem que (2014, p. 191) que todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se, de apresentar suas contrarrazões, de levar ao juiz do feito uma versão ou uma interpretação diversa daquela apontada inicialmente pelo autor.

Já a ampla defesa deve ser entendida como o direito que é dado ao indivíduo de trazer para o processo, seja ele administrativo ou judicial todos os elementos de provas lícitas para provar a verdade, ou omitir-se delas, para que evite a sua autoincriminação. Logo, por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário.

Ressalta-se que uma das decorrências do princípio do contraditório é o da igualdade entre as partes de uma relação processual, nesse caso, não se pode atribuir vantagens a uma parte que a outra não possa dispor; concedendo ao réu a oportunidade de consolidar o respeito ao seu direito.

Dessa forma, de todo o exposto, quando falamos de vulnerabilidade absoluta, pressupõe que não pode haver prova em contrário, ou seja, o direito de resposta não é obedecido.

5.6 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Pelo princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, uma pessoa só será considerada culpada depois de condenada por sentença judicial transitada em julgado, ou seja, quando esgotar todas as possibilidades de se recorrer a outro julgamento. Assim, segundo entendimento de Pinho (2012, p. 150):

Compete ao Ministério Público, como órgão titular da ação penal condenatória, comprovar a responsabilidade do réu até a última instância. Esse princípio veda, de forma absoluta, no processo penal, a adoção de institutos como a presunção de culpa em determinados situações e a inversão do ônus da prova.

No que diz respeito ao estupro de vulnerável, cumpre ressaltar que o código penal estabelece que o agente que pratica a conduta descrita no artigo, será considerado culpado, nesse sentido, segundo esclarece (Rodrigues, Cardoso, Cabral e Pereira, 2009).

Quando o tipo penal Estupro de Vulnerável estabelece que ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos é crime, está implicitamente admitindo que o agente é culpado, sem considerar em que condições a conduta foi praticada, a intenção do agente ou o comportamento do vítima. Basta, portanto, para a comprovação da materialidade a autoria e a idade da vítima, sem a necessidade de comprovação da existência de dano ou dissenso da vítima, uma vez que, são irrelevantes para a tipificação³⁴.

Constitui-se dessa maneira, uma afronta ao princípio da presunção de inocência, a vulnerabilidade absoluta ainda, segundo entendimento de Rodrigues,

³⁴ RODRIGUES, Júlia de Arruda. CARDOSO, Larissa Ataíde. CABRAL, Lina Marie. PEREIRA, Marina Dantas O novo tipo penal estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13908/o-novo-tipo-penal-estupro-de-vulneravel-e-suas-repercussoes-em-nossa-sistemica-juridica> acesso em: 18 de dez. 2014.

Cardoso, Cabral e Pereira, (2009), constitui afronta à teoria da responsabilidade subjetiva adotada pelo Código Penal, pois é inadmissível que alguém possa ser responsabilizado, sem que reúna todos os requisitos da culpabilidade, sendo assim, o agente só será considerado culpado se preencher todos esses requisitos; faltando qualquer um deles, não haverá culpabilidade.

5.7 DA RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA

Da análise do presente trabalho tem-se a intuição do legislador ao reformar a lei, foi tratar com mais rigor a prática de delitos sexuais contra crianças e adolescentes, principalmente nos casos de pedofilia, que gradativamente vem aumentando e assombrando com mais frequência a nossa sociedade.

Calhar vincar, em conclusão, que uma das grandes responsáveis por esse aumento de pedófilos é a internet. Acessível atualmente por qualquer pessoa, de qualquer idade, sem regras ou autoridades e órgãos que a fiscalizem cotidianamente, faz-se propícia a todo tipo de crime. Entretanto, atribuir caráter absoluto à vulnerabilidade representa arcar com consequências graves para o regular funcionamento do pátrio arcabouço jurídico, em especial quando tal caráter absoluto se apresenta incompatível com os princípios norteadores da responsabilidade penal no Direito pátrio³⁵.

Finalmente, o que se pode esperar é a aplicação desse instituto com mais seriedade, tendo em vista que hoje as propensas vítimas utilizam-se da lei para extorquir ou ameaçar um indivíduo que cometeu erro em detrimento do porte físico da criança. Ademais, tal presunção de absolutabilidade no crime previsto no art. 217-A do CP, faz com que os indivíduos que tenham cerca de 18 (dezoito) ou 19 (dezenove) anos de idade, que mantenham relação sexual com menor de 14 (quatorze) anos de idade e esta última acabe conseqüentemente engravidando, não assumam a responsabilidade da criança por temer a lei penal. Logo, a harmonia familiar também é igualmente afetada³⁶.

³⁵ GRAÇA, Camilla Barroso; REIS, Clauden Serra. Estupro de vulnerável e a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos. Disponível em <<http://ienomat.com.br/revista/index.php/judicare/rt/printerFriendly/46/138>> Acesso em 19/11/2014.

³⁶ GRAÇA, Camilla Barroso; REIS, Clauden Serra. Estupro de vulnerável e a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos. Disponível em <<http://ienomat.com.br/revista/index.php/judicare/rt/printerFriendly/46/138>> Acesso em 19/11/2014.

6 CONCLUSÃO

Esta monografia teve como objetivo o estudo da vulnerabilidade do crime de estupro após as mudanças trazidas pela lei n. 12.015 de 2009, tendo dessa maneira, exposto as alterações para o ordenamento jurídico brasileiro com o advento da referida lei.

A problemática como se verificou ao longo do estudo é objeto de grande discussão doutrinária no que diz respeito ao grau dessa vulnerabilidade no caso determinado quando as vítimas maiores de 12 e menores de 14 anos demonstrarem experiência em assuntos sexuais, devendo-se observar o grau de desenvolvimento dos adolescentes para compreenderem o que vem a ser a prática sexual.

Antes da criação do artigo 217-A do Código Penal, quando ainda se tratava da presunção absoluta de violência em crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, já se discutia a capacidade de compreensão pelo adolescente. Entretanto, hodiernamente, a sociedade evoluiu; cada vez mais as pessoas se encontram mais informatizadas; assim, é inconcebível a ideia de que um adolescente, que tenha acesso aos meios modernos de comunicação, seja incapaz de consentir com a prática de relações sexuais.

Em decorrência da alteração, através da implementação da objetividade fática no delito em discussão, o legislador impediu que os julgadores concedessem a absolvição de acusados, quando, comprovadamente, o adolescente menor de 14 anos possuísem vida sexual pregressa e consentissem com o ato.

Se a finalidade da norma é proteger a vulnerabilidade do menor, quando já se tem experiência sexual não há o que se proteger. Ainda, quando observado que a adolescente bem desenvolvida, que aparenta ter idade superior se utiliza disso para poder ter relações sexuais, expressando sua vontade, seja a primeira ou não, o agente incorre em erro de tipo, fato que exclui a ilicitude da ação. De igual modo, se o adolescente tem capacidade de compreender a ilicitude de determinados atos podendo vir a sofrer medidas socioeducativas, pressupõe que tenha idêntica capacidade para que seu consentimento tenha validade quanto à prática de atos sexuais.

A conclusão a que se chega é que a vulnerabilidade no crime de estupro deve ser considerada relativa, devendo-se admitir que o acusado possa demonstrar

que não submeteu a vítima a nenhum tipo de constrangimento, pois do contrário, haveria um risco grave à liberdade em decorrência da impossibilidade de defesa.

REFERÊNCIAS

Livros, Doutrinas

ALEXANDRINO, M. PAULO V. **Direito Constitucional Descomplicado** - 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BADARÓ, G. H. R. I. **A presunção de violência nos crimes sexuais como presunção absoluta: análise de suas consequências e suas compatibilidades com a presunção de inocência. A renovação processual penal após a constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal.** 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal.** Volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPOBIANCO, R. J. **Decisões favoráveis à defesa: penal e processo penal.** 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CINTRA, A. C. de A. GRINOVER, A. P. DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo.** 24. ed.rev. e atualizada São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, R. S. **Manual de direito penal.** Volume único: Parte especial, (Arts. 121 a 361 do CP). 5 ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador- Bahia: Editora *jus podvim*, 2013.

GONÇALVES, V. E. R. **Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração.** 14. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. III -** 8. Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, D. E., 1935. **Direito penal: parte geral.** volume.1: 28. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARCÃO, R e GENTIL, P. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATIAS-PEREIRA, J. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal**. volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Manual de direito penal**. volume 2: parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS, A. de. **Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo; atlas, 2014.

NUCCI, G. de S. **Manual de Direito Penal**. parte geral; parte especial. 6.ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de Direito Penal**. parte geral; parte especial. 10ª Ed. revisada, atualizada e ampliada. Editora: Forense, 2014.

_____. **Crimes contra a Dignidade Sexual: Comentários à Lei 12.015/2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, R. **Manual da monografia jurídica**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINHO, R. C. R. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 12. Ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 8 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2, 2010.

QUEIROZ, P. e VIEIRA, A. **Retroatividade da lei processual penal e garantismo**. Boletim do IBCCrim, n. 143, de outubro de 2004.

SILVA, T. A. D. **Crimes Sexuais - Reflexões Sobre a Nova Lei 11.106/2005**. Editora: MIZUNO, 2007.

Leis, artigos, revistas e documentos eletrônicos

BRASIL. Constituição(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 fev. 2014.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 20 jun. 2014.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)> Acesso em: 20 jun. 2014.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em:17 fev.2014.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Lei de crimes Hediondos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em: 06 mar.2014.

_____. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. **Legislação alteradora**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm> Acesso em: 06 mar.2014.

_____. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. **Legislação alteradora**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>Acesso em:17 fev. 2014.

CARVALHO, A. de C. B. O. **Violência sexual presumida**. Curitiba: Juruá, 2005.
FARIAS, V. de S. **O crime de estupro de vulnerável e o direito à autodeterminação sexual do menor**. 2012. Disponível em:<

<http://jus.com.br/artigos/29641/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-o-direito-a-autodeterminacao-sexual-do-menor>>. Acesso em 12/09/2014.

FERNANDES SCARANCE, A. Apud GARCIA, F. C. O. **A Jurisdição e seus Princípios**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4995/a-jurisducao-e-seus-principios/2>> Acesso em 19/11/2014.

FÜHR, E. **Retrógrada criação do estupro de vulnerável**. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/a-retrograda-criacao-do-estupro-de-vulneravel-2442814.html>>. Acesso em 11/09/2014.

GENTIL, P. **O Novo Estupro e a Lei dos Crimes Hediondos: Problemas de Sobra**. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. v. 37, ano VII, (ago./set.2010) Porto Alegre: Magister, 2010.

_____. **Estupro de Vulnerável Consentido: Uma Absolvição Polemica**. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. v. 45, ano VIII, (dez./jan.2012) Porto Alegre: Magister, 2010.

GRAÇA, C. B. e REIS, C. S. **Estupro de vulnerável e a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos**. Disponível em <<http://ienomat.com.br/revista/index.php/judicare/rt/printerFriendly/46/138>> Acesso em 19/11/2014.

GRECO FILHO, V. Apud GARCIA, F. C. O. **A Jurisdição e seus Princípios**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4995/a-jurisducao-e-seus-principios/2>> Acesso em 19/11/2014.

GIORGIS, J. C. T. **Crimes Sexuais e a Pessoa Vulnerável**. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. v. 34, ano VI, (fev./mar.2010) Porto Alegre: Magister, 2010.

LARANJEIRA, T. B. **Relativização da vulnerabilidade sexual nos termos do art. 217-A, caput, do Código Penal**. dez. 2012. Disponível em: <<http://tiarabadaro.jusbrasil.com.br/artigos/112354505/relativizacao-da-vulnerabilidade-sexual-nos-termos-do-art-217-a-caput-do-codigo-penal>>. Acesso em: 25/11/2014.

LEAL, J. J. e LEAL, R. J. **Novo tipo penal unificado: estupro comum e a figura do estupro de 2009, pessoa vulnerável**. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 58, out.

MACHADO, L. de M. e FRAZÃO, M. L. **estupro de vulnerável: crime hediondo e seus reflexos na conjectura jurídica e social**. 2011. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3976>>. Acesso em 10/10/2014.

NOBRE, K. C. O. **Estupro de Vulnerável**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2853&idAreaSel=4&seeArt=yes>>. Acesso em: 10/10/2014.

RODRIGUES, J. de A. CARDOSO, L. A. CABRAL, L. M. PEREIRA, M. D. **O novo tipo penal estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13908/o-novo-tipo-penal-estupro-de-vulneravel-e-suas-repercussoes-em-nossa-sistemica-juridica>> acesso em: 18 de dez. 2014.

SIGNIFICADO DE VIOLÊNCIA. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/violencia/>> Acesso em 08 de maio de 2014.

DECLARAÇÃO DE CORREÇÃO GRAMATICAL

Eu, MARIA LÚCIA ALVES COSTA, inscrita no Cadastro de Pessoa Física (CPF) nº 261.155.901-59, formada em LETRAS MODERNAS pela ASSOCIAÇÃO EDUCATIVA EVANGÉLICA FACULDADE DE FILOSOFIA DO VALE DE SÃO PATRÍCIO, com especialidade em língua portuguesa, **DECLARO**, para os devidos fins, que procedi à correção gramatical da Monografia feita pelo formando FELIPE BRUNO RAMOS PADILHA, R.A. Nº 0508811001, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito, curso realizado na Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba- FACER.

Itapaci- GO, 16 de dezembro de 2014.



MARIA LÚCIA ALVES COSTA