

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
JOSÉ LUCAS DIAS PINTO ARAÚJO**

**RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL NOS TERMOS DO ART. 217-
A DO CP**

**RUBIATABA/GO
2017**

JOSÉ LUCAS DIAS PINTO ARAÚJO

**RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL NOS TERMOS DO ART.
217-A DO CP**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Especialista Arley Rodrigues Pereira Júnior.

**RUBIATABA/GO
2017**

JOSÉ LUCAS DIAS PINTO ARAÚJO

**RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL NOS TERMOS DO ART.
217-A DO CP**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Especialista Arley Rodrigues Pereira Júnior.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM __/__/__

**Especialista Arley Rodrigues Pereira Júnior
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista Edilson Rodrigues
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista João Paulo da Silva Pires
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

Dedico a minha família e a todos que fizeram parte da minha caminhada e que de algum modo contribuiu para meu crescimento pessoal, profissional e acadêmico.

RESUMO

O objetivo desta monografia é estudar a conduta descrita no artigo 217-A do Código Penal, como também, compreender o instituto da relativização da vulnerabilidade sexual, e analisar o posicionamento jurisprudencial acerca do tema. Para atingimento deste objetivo o autor desenvolveu o estudo através de uma pesquisa exploratória fazendo um levantamento bibliográfica acerca do tema, como também, a realização de estudo de casos através das jurisprudências dos tribunais. Em conclusão, além de estudar o delito de estupro de vulnerável, como também de compreender o instituto da relativização da vulnerabilidade sexual, o presente estudo concluiu que, apesar do Superior Tribunal de Justiça não reconhecer a tese de relativização da vulnerabilidade sexual em face do menor de 14 (quatorze) anos, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás e outros Tribunais, em alguns casos aplicou o respectivo instituto.

Palavras-chave: Relativização da Vulnerabilidade. Estupro de Vulnerável. Menor de Quatorze Anos.

ABSTRACT

The objective of this monograph is to study the conduct described in article 217-A of the Criminal Code, as well as to understand the institute of relativization of sexual vulnerability, and to analyze the jurisprudential positioning on the subject. In order to reach this objective, the author developed the study through an exploratory research making a bibliographical survey about the subject, as well as carrying out a case study through the jurisprudence of the courts. In conclusion, in addition to studying the crime of rape of vulnerable, as well as to understand the institute of relativization of sexual vulnerability, this study concluded that, although the Superior Court of Justice does not recognize the thesis of relativization of sexual vulnerability towards the minor Of 14 (fourteen) years, the Court of Justice of the State of Goiás and other Courts, in some cases applied the respective institute.

Keywords: Relativization of Vulnerability. Rape of Vulnerable. Less than fourteen years old.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

2ª T. – Segunda Turma

ApCrim – Apelação Criminal

Art. – Artigo

CP – Código Penal

Des^(a) – Desembargador(a)

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

Dr. ^(a) – Doutor(a)

HC – Habeas Corpus

Jr. – Junior

Min. – Ministro

p. – Página

Rel^(a) – Relator(a)

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ/GO – Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

LISTA DE SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

§§ - Parágrafos

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL)	12
2.1 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO	12
2.2 ELEMENTO SUBJETIVO E OBJETIVO	15
2.3 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA	16
3 RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL.....	19
3.1 VULNERABILIDADE ABSOLUTA E VULNERABILIDADE RELATIVA	19
3.2 RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL DO MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS	21
4 DO POSICIONAMENTO JURISPRUDÊNCIAL.....	24
4.1 O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO QUE TANGE A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA	25
4.2 O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO QUE TANGE A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL A LUZ DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL.....	27
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	33

1 INTRODUÇÃO

Com a atual legislação penal que temos, será que é possível no crime de estupro de vulnerável relativizar essa vulnerabilidade em razão das características físicas, morais e psicológicas fornecerem condições ao vulnerável de ter total consciência e discernimento a praticar conjunção carnal ou ato libidinoso? Eis a questão, o instituto da vulnerabilidade sexual existe, e em muitos Tribunais é aplicado, contudo, é algo que até hoje traz grandes discussões e debates, pois o tema é polêmico, e por isso, cada caso concreto deve ser analisado individualmente, não podendo generalizar este instituto, haja vista as peculiaridades de cada situação.

O interesse a respeito do tema se deu a partir da minha atividade de estágio no Ministério Público de Goiás na Comarca de Crixás, onde ocorreu um caso em que, um menor de 14 (quatorze) anos praticou por diversas vezes conjunções carnais e outros atos libidinosos com um agente de 18 (dezoito) anos.

No entanto, o representante do Ministério Público da época, em vez de oferecer a denúncia, entendeu-se necessário a promoção de arquivamento, com o fundamento de relativização da vulnerabilidade, uma vez que, além da vítima já possuir uma elevada experiência sexual, esta levava uma vida de marido e mulher chegando a morar junto com o rapaz, fato esse que era consentido por toda a família.

Ademais, além dessa maturidade sexual, a menor ainda possuía uma proporção física e psicológica de mulher adulta, levando ao questionamento se eal, realmente se enquadrava no conceito de vulnerável.

Contudo, em razão da privacidade dos atos por se tratar de uma menor, e também por ter sido um caso que repercutiu na época, é inviável a descrição do fato nesta monografia, mesmo com a ausência dos nomes, como forma de preservar a intimidade da menor e do rapaz. Mas, ao decorrer do trabalho, citarei casos semelhantes que aconteceram no Brasil.

Quanto ao problema, se dá a partir do seguinte questionamento: houve relativização da vulnerabilidade sexual nos julgados pelo TJ/GO entre os anos de 2014 e 2015, nos casos previstos pelo art. 217-A do CP?

Portanto, o objetivo geral desta monografia é Verificar se houve Relativização da vulnerabilidade sexual acerca da conduta descrita no art. 217-A do CP nos julgados do TJ/GO, entre 2014 e 2015.

Já, os objetivos específicos são: estudar a conduta prevista no art. 217-A do CP; compreender o instituto da relativização da vulnerabilidade sexual; analisar jurisprudências do TJ/GO acerca da conduta prevista no art. 217-A do CP no período de 2014 a 2015.

Ainda, é importante destacar que a presente monografia irá se pautar especificamente ao menor de 14 (quatorze) anos, podendo trazer paralelos com o deficiente mental que também se enquadra na condição de vulnerável.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, a relativização da vulnerabilidade sexual é um instituto do ramo do Direito Penal. O tema escolhido é relevante, pois, além de ser algo ainda não pacificado, tem um grande reflexo na conduta descrita no art. 217-A do CP, tornando-a atípica em razão de o agente passivo perder a sua qualidade de vulnerável.

Ademais, o motivo social relevante é a evolução desenfreada da sociedade e a norma penal parada no tempo, obrigando a doutrina e os tribunais utilizar a relativização da vulnerabilidade sexual como forma de igualar a conduta com a tutela penal.

Por outro lado, é importante frisar que, apesar de ser um assunto polêmico, alguns doutrinadores e Tribunais através de uma visão contemporânea e inovadora, vem reconhecendo este instituto e aplicando-o, mas claro, sempre de forma isolada, não abrangendo em todos os casos.

Assim, a pesquisa a ser elaborada, contribuirá em relação ao crime de estupro de vulnerável, atribuindo mais conhecimento através de estudos pormenorizados, detalhando a visão doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Com isso, esta pesquisa beneficiará o campo do Direito Penal provocando ainda, a realização de outras pesquisas, uma vez que, além de ser um assunto interessante, é algo ainda que provoca grandes debates, sendo defendido na maioria das vezes, por parte da defesa do agente que pratica o delito capitulado no artigo 217-A, do Código Penal.

Em suma, essa pesquisa contribuirá de forma qualitativa e quantitativa ao estudo do tema abordado, trazendo para o leitor, conhecimento acerca do delito estupro de vulnerável no que tange ao menor de 14 (quatorze) anos, bem como, o

posicionamento dos Tribunais e a sua aplicação na prática. Ainda, o presente estudo irá instigar os leitores a pesquisar sobre o referido tema, uma vez que, além de se tratar de um assunto de grande repercussão, as opiniões, os entendimentos e os conceitos podem ser mudados com o passar do tempo, na busca de adequar o ordenamento penal às condutas sociais.

2 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL)

Este capítulo estudará, em uma perspectiva jurídica, o estupro de vulnerável que está disciplinado no art. 217-A do Código Penal. Assim, a partir deste estudo, será detalhado o delito de estupro de vulnerável, tanto pelo aspecto formal como também pelo aspecto social e doutrinário.

Consequentemente, para a elaboração deste capítulo, analisarei o Código Penal, precisamente o art. 217-A, que é o dispositivo responsável por definir o delito de estupro de vulnerável, bem como as legislações pertinentes, e conjuntamente, apresentarei posições sociais e doutrinárias a respeito do tema.

Portanto, este capítulo será dividido em três subtítulos, sendo eles: a) sujeito ativo e sujeito passivo; b) elemento subjetivo e elemento objetivo, e por fim c) consumação e tentativa. Dessa maneira, o subtítulo a seguir discorrerá sobre os dois agentes dessa relação jurídica, ou seja, o agente que pratica a conduta e o agente que tem seu direito violado.

2.1 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Este tópico tratará sobre o sujeito ativo e passivo do delito de estupro de vulnerável. Logo, serão apresentados os dois pólos desta relação jurídica conforme a concepção do legislador penal. Assim, este capítulo tem como finalidade identificar o sujeito ativo e o sujeito passivo do crime estupro de vulnerável.

Neste contexto, a confecção deste tópico se dará através da análise das legislações pertinentes, bem como também análises doutrinárias.

Inicialmente, é importante destacar que, com a introdução da lei 12.015/2009, várias modificações foram trazidas para o Código Penal. Dentre elas, uma modificação importante, considerada como uma revolução no que tange ao crime de estupro foi a fusão de dois tipos penais (art. 213 e art. 214), provocando a revogação do art. 214. Esta é uma evolução não pelo fato simplesmente da fusão dos dois artigos, ou pela punição maior que é aplicada ao agente ativo, mas sim pelo próprio crime em si, em que, com a nova redação dada pela Lei 12.015/2009, o legislador colocou como agente passivo o termo “alguém”, ato este que ampliou a força normativa do tipo legal, resguardando e tutelando a dignidade sexual não apenas em prol da mulher, que até então só pessoas do sexo feminino eram

admitidas como vítima, mas como também do homem, que pode também figurar no polo passivo.

NUCCI (2014, p. 1656) enfatiza também outra modificação incluída pela supracitada lei, no que diz respeito à presunção da violência:

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

Diante dessas alterações, o legislador penal brasileiro tratou de disciplinar o delito denominado estupro de vulnerável, o qual está positivado no Título VI (Dos Crimes contra a Dignidade Sexual), Capítulo II (Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável) do Código Penal, precisamente em seu artigo 217-A, o qual diz:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. §1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. §2º (Vetado). §3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. §4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Analisando este delito, observa-se que o objeto jurídico tutelado pelo tipo penal supracitado é a dignidade sexual do vulnerável, a qual se traduz na segurança e proteção da sexualidade do agente considerado vulnerável.

Nesse sentido, Delmanto (2016, p. 1145) entende que, “no crime de estupro de vulnerável, o objeto jurídico consiste na proteção sexual do vulnerável e a sua dignidade sexual.”

Ademais, analisando o tipo penal, afere-se que o agente ativo da conduta delituosa descrita no art. 217-A do Código Penal pode ser qualquer pessoa. Assim, para praticar este delito capitulado independe de qualquer condição, o qual, qualquer um pode ativamente ser agente.

No entanto, tratando-se do agente passivo, ou seja, a vítima do crime de estupro de vulnerável, Masson (2014, p. 525) diz, “o art. 217-A do Código Penal apresenta os vulneráveis para fins sexuais. São pessoas consideradas incapazes para compreender e aceitar validamente atos de conotação sexual, razão pela qual não podem contra estes oferecer resistência.”

Com base nesse entendimento, o art. 217-A enumera as hipóteses de vulnerabilidade, começando pelo menor de 14 (quatorze) anos, que, com as alterações da Lei nº 12.015/2009 não mais se fala em presunção de violência, mas sim em vulnerabilidade do agente que provém de seu incompleto desenvolvimento psicológico, físico e moral, e por essa razão, não estão preparados para começar a atividade sexual. Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal ao tratar sobre o tema manifestou o seguinte juízo:

Inicialmente, enfatizou-se que a Lei 12.015/2009, dentre outras alterações, criou o delito de estupro de vulnerável, que se caracteriza pela prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos ou com pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento ou não possa oferecer resistência. Frisou-se que o novel diploma também revogara o art. 224 do CP, que cuidava das hipóteses de violência presumida, as quais passaram a constituir elementos do estupro de vulnerável, com pena mais severa, abandonando-se, desse modo, o sistema da presunção, sendo inserido tipo penal específico para tais situações.(HC 99.993/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.^a Turma, j. 24.11.2009,noticiado no *Informativo* 569.).

Assim, percebe-se que a presunção da violência é algo já superado, não se falando mais neste instituto, cabendo aos aplicadores do direito, abordar a perspectiva da vulnerabilidade.

Com isso, a vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos é determinada por um critério de política criminal, sendo ele o critério etário, o qual, a princípio obsta a possibilidade de afastar estes agentes do polo passivo em razão de questões consubstanciadas ao estilo de vida, a educação ou a promiscuidade.

Por conseguinte, o art. 217-A na primeira parte de seu § 1º, considera como vulnerável aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato.

Em princípio, do mesmo modo que era com o menor de 14 (quatorze) anos, também aos deficientes e enfermos mentais presumia-se a violência, porém, como já abordado anteriormente, esta condição foi substituída pela vulnerabilidade.

Em suma, a condição de enfermidade ou doença mental pode possuir caráter temporário ou permanente, podendo dar início de forma congênita ou adquirida no decorrer da vida. Contudo, o principal aspecto que vai definir a vulnerabilidade destes agentes é a eliminação do discernimento para a prática do ato sexual, que, para ser analisado será necessário a comprovação mediante perícia médica, demonstrando não só a enfermidade ou doença mental, mas como também, a inexistência do discernimento para a prática do ato, decorrente dos efeitos dessas patologias. Em conformidade, Masson (2014, p. 532 e p.533) relata que:

Consagrou-se, portanto, o sistema biopsicológico: para aferição da vulnerabilidade não basta a causa biológica (enfermidade ou deficiência mental), pois também se exige a afetação psicológica do ofendido (ausência de discernimento para o ato sexual).

Por fim, a parte final do §1º do art. 217-A define como sendo vulneráveis, aqueles que, por qualquer outra causa não podem oferecer resistência. A terminologia “qualquer outra causa” foi empregada pelo legislador com o escopo de ser interpretada em sentido amplo, abrangendo todo aquele que, embora não seja menor de 14 (quatorze) anos ou que não possua enfermidade ou deficiência mental, é afetado por outra causa que o impossibilita de oferecer qualquer resistência.

Diante de todo o exposto, foram definidos os dois polos da relação jurídica, tanto o agente passivo como o ativo. Assim, a partir da compreensão destes dois agentes, o próximo capítulo tratará sobre o elemento subjetivo e elemento objetivo.

2.2 ELEMENTO SUBJETIVO E OBJETIVO

Este capítulo tratará sobre o elemento subjetivo e objetivo do tipo penal capitulado no art. 217-A com a finalidade de descrever a e qualificar ambos conforme a perspectiva jurídica.

Desta forma, o presente capítulo será elaborado a partir da análise do código penal, bem como posicionamentos doutrinários a respeito do tema.

Conforme discorre Florentino, o elemento objetivo configura-se pela descrição dos elementos que compõem o tipo penal, como: autor da ação, uma ação ou uma omissão, um resultado, nexos causal e imputação objetiva.

Com base nisso, o elemento objetivo presente no delito estupro de vulnerável se dá pela prática de duas condutas, as quais constituem o verbo do tipo penal, sendo elas: ter conjunção carnal e praticar outro ato libidinoso. Observa-se que o dispositivo penal que trata sobre o estupro de vulnerável, descrito no art. 217-A, não exige o emprego de violência ou grave ameaça para que se efetive o delito, pois se considera viciado o consentimento.

Por essa razão, ocorrerá o crime de estupro de vulnerável ainda que a vítima consinta plenamente sobre a prática da conjunção carnal ou de qualquer outro ato libidinoso que venha a ser realizado com ela, pois como já mencionado, seu consentimento carece quanto sua capacidade de determinar

Contudo, a polêmica quanto ao estupro de vulnerável concentra-se em saber se a presunção de violência é absoluta ou relativa, porém, este é um tema para outro capítulo desta monografia, o qual responderá a questão que traz grandes debates em relação a este delito.

Já o elemento subjetivo são características voltadas para a consciência e vontade do agente com desejo de realizar um tipo penal. A partir disso, analisando o art. 217-A do Código Penal, conclui-se que o elemento subjetivo deste tipo penal é o dolo, ou seja, a vontade de efetuar a conjunção carnal ou de praticar qualquer outro ato libidinoso. Assim, diante da ausência de previsão legal, é inadmissível a caracterização da modalidade culposa.

Em síntese, neste capítulo foi definido o elemento objetivo e o elemento subjetivo do crime de estupro de vulnerável capitulado no art. 217-A do Código Penal. Em continuidade discorrerei sobre a consumação e tentativa do respectivo delito.

2.3 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Este capítulo discorrerá sobre as modalidades de consumação e de tentativa no delito de estupro de vulnerável, com a finalidade de demonstrar quando se consuma este tipo penal e quando não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, o estupro de vulnerável, trata-se de crime material, assim, haverá a consumação do respectivo delito com a existência do resultado naturalístico, ou seja a prática de conjunção carnal ou qualquer outro

ato libidinoso. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende que, “para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a conjunção carnal propriamente dita, mas qualquer prática de ato libidinoso contra menor. Jurisprudência do STJ.” (STJ, AgRg no REsp 1244672 / MG, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), j. 21/05/2013).

Já, no que se refere à tentativa, na análise do delito, a intenção do agente ativo deverá ser considerada. Portanto, se o agente, com intenção de praticar conjunção carnal, e esta conduta não se consuma por circunstância alheias a sua vontade (art. 14, II do CP), deverá ser considerado o delito em sua modalidade tentada.

Nota-se que neste crime haverá consumação no momento que o corpo da vítima é violado. Portanto, considerando que o agente rasgue a roupa da vítima, com a intenção de praticar conjunção carnal, e antes que ocorra a penetração pênis e vagina, o agente é impedido mediante circunstâncias alheias a sua vontade, será caracterizada a modalidade tentada.

No entanto, muitos autores não concordam quanto a aplicação da modalidade tentada no delito de estupro de vulnerável, mas, não admitir a respectiva tese da tentativa, inviabilizará a aplicação do instituto da desistência voluntária, em que o agente, após iniciar os atos executórios, de forma voluntária, desiste de consumir o delito.

Contudo, tratando-se da prática de atos libidinosos, o crime estará consumado no momento em que o agente ativo concretizado o ato buscado, como por exemplo, toque nas regiões genitais, seios e entre outras. Entretanto, mais uma vez é importante ressaltar que, muitos autores, não concordam com esta tese, e entendem que o crime se consuma no momento em que o corpo da vítima é violado. Porém, quanto a proporcionalidade e tentativa, o STJ declara que:

“Na hipótese em que tenha havido a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra vulnerável, não é possível ao magistrado – sob o fundamento de aplicação do princípio da proporcionalidade – desclassificar o delito para a forma tentada em razão de eventual menor gravidade da conduta. De fato, conforme o art. 217-A do CP, a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra vulnerável constitui a consumação do delito de estupro de vulnerável. Entende o STJ ser inadmissível que o julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta (REsp 1.313.369-RS, Sexta Turma, DJe 5/8/2013).

Neste sentido, no momento de realizar a dosimetria da pena, o magistrado deve considerar os fatos com referência nos limites mínimos e máximo do tipo penal com o escopo de aplicar a pena conforme a gravidade do ato praticado pelo agente na realização da conduta criminosa.

Em suma, o presente capítulo tratou das duas modalidades da prática do crime estupro de vulnerável, sendo ela da forma consumada, ou então tentado, quando o agente inicia os atos executórios, mas não se consuma por circunstâncias alheias a sua vontade.

3 RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL

Este capítulo trata-se da relativização no que tange a vulnerabilidade sexualidade. Assim, este visa compreender o instituto da relativização da vulnerabilidade sexual tanto no que se refere ao menor de 14 (quatorze) anos, como ao portador de deficiência mental.

Portanto, sua elaboração se deu principalmente a partir de pesquisas doutrinárias, assim como, análises legislativas e jurisprudenciais, acerca da relativização da vulnerabilidade sexual.

Assim, o capítulo será dividido em dois tópicos para compreender melhor a relativização sobre os agentes vulneráveis descritos no art. 217-A, do CP, sendo os subtítulos: a) Relativização da vulnerabilidade sexual do menor de 14 (quatorze) anos.

Contudo, é importante ressaltar que ao que refere à vulnerabilidade, o agente principal a ser estudado será o menor de 14 (quatorze) anos, mas em alguns momentos, poderá ser tecidas algumas considerações acerca do deficiente mental.

Desse modo, o subtítulo a seguir discorrerá sobre a relativização da vulnerabilidade sexual, no que tange ao menor de 14 (quatorze) anos, descrendo a possibilidade ou não de sua aplicação.

3.1 VULNERABILIDADE ABSOLUTA E VULNERABILIDADE RELATIVA

Diante do novo posicionamento do legislador no que tange ao art. 217-A do Código Penal, a vulnerabilidade passou a ser o ponto mais importante na configuração do delito em questão, motivo este que se faz necessária a sua compreensão.

Inicialmente, cumpre destacar que, a partir das modificações, o legislador passou a admitir duas espécies de vulnerabilidade, uma no que diz respeito ao seu aspecto absoluto, que compreende os menores de quatorze anos e outra em seu aspecto relativo, tratando-se do menor de dezoito anos.

Assim, observa-se que o legislador preocupou-se em resguardar amplamente a condição do menor de 14 anos, diante de sua condição psicológica, física e moral, tornando-o absolutamente vulnerável.

Ademais, podemos entender a presunção de vulnerabilidade absoluta como aquela em a vítima além de ser integralmente incapaz, esta não possui consciência da prática de suas condutas. Esta classificação independe da análise do dolo ou da culpa do agente que pratica o delito, devendo este ser penalizado independentemente do consentimento do menor de 14 (quatorze) anos, ou de sua vida sexual pregressa, uma vez que, para o legislador, a vulnerabilidade deste menor não pode ser modificada por qualquer dessas situações, tratando-se, de responsabilização penal objetiva.

Por outro lado, no que diz respeito à presunção relativa, esta tem como característica permitir que o agente traga elementos probatórios suficientes com o fim de modificar essa vulnerabilidade, permitindo assim, o contraditório, o qual, se for comprovada a capacidade agente relativamente vulnerável, a sua condição poderá ser reconfigurada. No entanto, é importante destacar o posicionamento doutrinário do autor Jesus (2011, p. 155):

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

Observa-se que o autor transmite o entendimento de que os conceitos de vulnerabilidade absoluta e relativa são distintos, porém, não podem se distanciar, uma vez que, um não exclui o outro. Portanto, o primeiro passo é constatar a vulnerabilidade, em seguida deve-se classificar se esta é absoluta ou relativa valorando-a quanto às características apresentada pela vítima.

Neste mesmo contexto, o autor supracitado entende que, verificada a existência da vulnerabilidade, esta irá influenciar na configuração do dispositivo penal a ser aplicado ao autor do delito, em que, tratando-se da vulnerabilidade absoluta, compreenderá na tipificação do artigo 217-A, do CP, já, configurando vulnerabilidade relativa, o tipo penal respectivo será o artigo 218-B do CP.

Contudo, alguns autores têm o entendimento de que, as condições e as peculiaridades de cada caso concreto, influenciará diretamente na configuração da vulnerabilidade do menor. Nesse sentido, importante frisar o entendimento de Capez (2011, p. 81):

A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica, etc. Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida em prostituição, pode atingir 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 à exploração sexual.

Por fim, antes de adentrarmos no próximo capítulo que tratará especificamente sobre a relativização da vulnerabilidade sexual do menor de 14 (quatorze) anos, é de suma importância destacar que, o atual legislador mostra-se incoerente em alguns casos ao proteger um agente que, em razão de sua maturidade psicológica não se encaixa na definição do tipo penal.

3.2 RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL DO MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS

Os debates acerca da capacidade de compreensão e discernimento do adolescente nos crimes contra a liberdade sexual do menor de 14 (quatorze) anos, vem ocorrendo antes mesmo da criação do art. 217-A do Código Penal, período este que se tratava da presunção absoluta de violência. Portanto, é importante destacar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 73. 662/MG de 21/05/1996, de relatoria do Ministro Marco Aurélio:

EMENTA: ESTUPRO – CONFIGURAÇÃO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – IDADE DA VÍTIMA – NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência o grave ameaça – artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 214, alínea a, do Código Penal.

Nota-se que a referida decisão compreende um período anterior a 2009, porém, a sociedade evolui constantemente, a qual vive diante da explosão desenfreada da informatização, onde, adolescentes tem acesso livre a conteúdos sexuais, gerando uma prematura compreensão acerca da prática de relações sexuais.

Diante da alteração normativa, o legislador impossibilitou que o poder judiciário absolvesse os agentes acusados pela prática do delito descrito no art. 217-

A do CP, não cabendo o argumento do menor de 14 (quatorze) anos ser sexualmente ativo, possuir uma vida sexual pregressa, ou consentir com o ato.

No entanto, a polêmica está no sentido de que, se o objetivo primordial do tipo penal supracitado é resguardar e proteger a vulnerabilidade do adolescente, caracterizada pela pureza e inocência, quando esse já possui experiência sexual, fica inviabilizado essa proteção.

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

Portanto, o ponto importante a destacar é que, se o adolescente detém capacidade de compreender a ilicitude de determinados atos, possibilitando a aplicação de medidas socioeducativas em razão de suas condutas, pressupõe que este possui semelhante capacidade, a qual deveria tornar válida o seu consentimento no que se refere à prática de atos sexuais. Nesse sentido é o seguinte julgamento:

ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA COM 13 ANOS E 11 MESES DE IDADE. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCABOUÇO JURÍDICO, INCLUINDO O ECA. MENOR A PARTIR DOS 12 ANOS PODE SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. [...] DESCARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA E, POIS, DO ESTUPRO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Se o ECA aplica medidas socioeducativas a menores a partir dos 12 anos, não se concebe que menor com 13 anos seja protegida com a presunção de violência. 2. Habeas corpus em que os fatos imputados sejam incontroversos é remédio hábil a desconstituir sentença condenatória. 3. Ordem concedida. (HC 88664/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 23.06.2009, DJ 08.09.2009).

Assim, empregando a relativização à vulnerabilidade do adolescente menor de 14 (quatorze) anos e maior que 12 (doze) anos, seria validado o consentimento deste no que diz respeito à prática da relação sexual, em se tratando de um menor que possua uma certa experiência sexual e que tenha consentido voluntariamente, ocasionando assim, a perda da ilicitude do agente.

Ainda, a respeito do assunto, alguns doutrinadores defendem a aplicação do instituto da relativização da vulnerabilidade sexual em razão de algumas peculiaridades. Dentre esses Mirabete (2006, p. 478) disserta que:

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.

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

4 DO POSICIONAMENTO JURISPRUDÊNCIAL

O estupro de vulnerável constitui um crime que causa uma aversão e consternação social enorme quanto aquele que pratica o crime, pois muito se delimita que o vulnerável no caso, não tem uma percepção ideal sobre a prática do qual está sendo vitimado.

A vulnerabilidade da vítima como previsto no artigo 217-A do Código Penal, pode influenciar na realização desses atos criminosos, impedindo que elas possam ter um discernimento e se proteger dessas ações que acabam por ameaçar sua integridade sexual.

O maior esclarecimento atual de crianças e adolescentes sem uma distinção de faixa etária, tendo acesso a informações claras e precisas dos mais variados assuntos, seja por meios de programas, novelas, jornais, internet e outros meios tecnológicos não deve ser considerado como elementar para se ter uma noção se a criança ou adolescente tem o discernimento do ato do qual está sendo vítima.

A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psicologicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. (BRASIL, 2014).

A própria ementa do recurso especial direcionado ao Superior Tribunal de Justiça prevê que a mudança de foco das crianças e adolescente e a sabedoria desses não pode ser considerada em diversas ocasiões, especialmente nesse caso de uma apresentação mais rápida a uma vida sexual para crianças.

Por mais que as crianças e adolescentes tenham meios nos dias atuais de saber o estão vivendo em determinados crimes, como no caso do estupro de vulnerável, deve-se reconhecer que essa percepção não é tão clara, a ponto de se dizer que essa criança ou adolescente possa se expressar favorável ou não no consentimento a atividade.

Este capítulo estudará, em uma perspectiva jurisprudencial as decisões engendradas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal no que tange a esse tema que afeta e preocupa diretamente a sociedade e sobretudo no resguardo de crianças e adolescentes.

A metodologia que auxiliará a escrita do capítulo em destaque no momento vai ser basicamente voltada para uma análise de julgamentos de jurisprudências pronunciados pelo Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

4.1 O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO QUE TANGE A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás tem algumas decisões que vão no sentido de entender o consentimento como preponderante para a verificação do estupro de vulnerável, reconhecendo esse elemento subjetivo como importante para delimitação ou não da existência do crime de estupro de vulnerável.

O julgamento da Apelação Criminal nº 420894-88.2005.8.09.0014, do ano de 2005, entende o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que deve ser levada em consideração o consentimento da vítima, para que seja caracterizado o estupro do vulnerável.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 224, ALÍNEA 'A', DO CÓDIGO PENAL. DESCARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA. A simples condição de ser a vítima ser menor de quatorze anos não basta para que se afirme como caracterizado o estupro, sendo relativa a presunção de violência, manifestamente, quando a ofendida consente ou adere para a realização do ato sexual, constituindo um verdadeiro contrassenso, em certos casos em que se observa o envolvimento íntimo entre acusado e vítima. Desse modo, se o acervo probatório demonstrou a capacidade de autodeterminação e vontade consciente da vítima menor de quatorze anos para a prática do ato sexual e, não havendo violência ficta para a consumação da conjunção carnal, inexistente a tipicidade da conduta. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. DECISÃO: ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de APELAÇÃO CRIMINAL Nº 420894-88.2005.8.09.0014. (200594208947) acordam os componentes da 4ª Turma, de sua Primeira Câmara Criminal, do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, acolhendo o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, em conhecer do apelo e dar-lhe provimento, para absolver o apelante.

A decisão do Tribunal de Justiça de Goiás ao analisar o caso da apelação acima citada, reforça um entendimento que deveria ser considerada a vontade do menor, a consciência dela da prática do ato da qual é parte, ou seja, entende-se a capacidade da tomada de decisão como fundamental para se definir se houve ou não um crime de estupro de vulnerável.

Em uma decisão parecida, no ano de 2015 foi entendido por uma juíza na capital Goiânia, da 10ª Vara Criminal, que entendeu que os casos devem ser analisados além do que a lei prescreve. Houve a absolvição do acusado pois ficou comprovado no entendimento da juíza que havia o consentimento nos atos do acusado.

Para que seja configurada a violência sexual é preciso que o julgador não se restrinja tão somente aos elementos objetivos do tipo penal, bem como a idade cronológica do ofendido e analise as peculiaridades de cada caso concreto, especialmente aqueles que envolvam jovens casais de namorados. Sob esse enfoque, a juíza Placidina Pires (foto), da 10ª Vara Criminal de Goiânia, absolveu um rapaz denunciado por estupro de vulnerável contra uma garota que na época tinha 12 anos, por entender que não houve ofensa à dignidade da menor. Os dois vivem atualmente como marido e mulher com o apoio dos pais, tem um filho e declararam em juízo que se apaixonaram cedo. (BRASIL, 2015).

O consentimento se tornaria mais fácil percepção pelo fato dos dois passarem a constituir um lar, se tornando casados, fato que comprovara a manifestação de vontade da parte da menor, não existindo no entendimento da juíza um atentado a dignidade da menor.

A decisão pronunciada pela juíza da 10ª Vara Criminal de Goiânia no de 2015, surpreende por ser contrária ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça em análise ao Recurso Especial nº 1.480.881 do Piauí, que não reconhece o consentimento como um valor a ser analisado para se caracterizar o estupro de vulnerável.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a presunção de violência não é relevante para se analisar determinados casos, não dando prosseguimento ao entendimento que o consentimento da vítima e sua manifestação de vontade seriam importantes para que se fosse delimitado o crime de estupro de vulnerável.

EMENTA HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. CONSENTIMENTO E EXPERIÊNCIA ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM DENEGADA. 1. Para a configuração do estupro ou do atentado violento ao

pudor com violência presumida (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009), é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência a que se refere a redação anterior da alínea a do art. 224 do Código Penal é de caráter absoluto. Precedentes (HC 94.818, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 15/8/08). 2. Ordem denegada. (BRASIL, 2008).

Então, por entendimento que vem se repetindo em diversos julgamentos, como no *Habeas Corpus* nº 94.818 de 2008, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que não devem ser consideradas a vontade da vítima nesses casos, pois entende-se haver a vulnerabilidade, sendo irrelevante seu consentimento acerca do ocorrido.

4.2 O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO QUE TANGE A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL A LUZ DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

O resguardo a vulnerabilidade da criança e adolescente até os catorze anos de idade compreenderia um dever de todos, impedindo que esses menores sofram com processos que não correspondam a faixa etária que estão enquadrados, pulando fases da vida, que são especiais e essenciais para se formar a personalidade, a sua conduta e os valores morais. No recurso acentua-se diversos momentos o valor dado a capacidade de discernimento da vítima e a expressão de vontade sobre o caso:

A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – "beijos e abraços" – com a ofendida quando está ainda era uma criança de 8 anos. (BRASIL, 2014).

A discussão desse tema ganhou contornos maiores com a decisão do Superior Tribunal de Justiça, em resposta ao Recurso Especial movido pelo Ministério Público do Estado do Piauí no ano de 2014, tendo na relatoria do Recurso Especial nº 1.480.881 do Piauí, o Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Recurso Especial movido pelo Ministério Público do Piauí tem a finalidade de reaver e reformar pela instância superiora a decisão do Tribunal de Justiça do Piauí,

que acatou o recurso de Apelação que no caso, absolveu o agente que teria cometido o crime de estupro de vulnerável.

Por esses motivos, o Ministério Público impetrou o recurso especial, para se reconhecer a existência do crime, pois não deveria se falar em consentimento, já que estavam previstos os requisitos que a lei expressa, no artigo 217-A do Código Penal.

Alega que "o tipo penal de estupro de vulnerável apresentou considerações objetivas e taxativas, a se entender que, em sendo a vítima menor de 14 (catorze) anos à época dos fatos e tendo o acusado conjunção carnal com a pessoa vulnerável nos termos legais, a imputação do crime do artigo 217-A do Código Penal mostra-se plausível na espécie, sendo despidendo o consentimento da vítima" (fl. 221). (BRASIL, 2014).

A de se notar que o tipo penal fala somente na existência do crime com preenchimento dos requisitos, ou seja, desde que a vítima tenha essa idade transcrita no texto do artigo, quando ocorreram os fatos, a violação da integridade sexual, seja por meio de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

Tendo a vítima catorze anos ou menos, observa-se se alguma agente chegar a cometer os atos que o artigo 217-A prevê, pouco importa se a vítima tinha vontade de praticar os atos, ou então tenha facilitado a prática desses atos, pois já haveria se configurado o crime.

Apresentada as contrarrazões pelo recorrido, no caso o autor do crime que fora analisado, tentou-se transpor o entendimento que acontecera no caso em epígrafe um erro quanto ao tipo, não se tendo conhecimento da real idade da menor, visto seu físico ser semelhante a idade superior.

Em seu arrazoado, o recorrido alega a incidência do Enunciado Sumular n. 7 do STJ, pois "o Tribunal a quo se convenceu, com base na prova dos autos que a conduta do acusado apesar da subsunção ao art. 217-A do CP, foi perpetrada em erro de elementar do tipo, bem como, que a violência presumida existente no tipo exige que a vítima se encontre em situação de vulnerabilidade, o que não se verificou no caso em epígrafe" (fl. 629). Ressalta, ainda, que nos crimes de estupro de vulnerável "deve ser objeto de consideração não só a simples subsunção dos fatos ao tipo penal, mas às mudanças sociais quanto à sexualidade, a relevância do consentimento do menor à prática sexual e a existência de ofensa ao bem jurídico protegido" (fl. 630). Por fim, invoca a tese do erro de tipo, aplicável quando o agente desconhece que a vítima era, ao tempo do fato, menor de 14 anos. (BRASIL, 2014).

A decisão do Superior Tribunal de Justiça em não reconhecer o consentimento da vítima como um dos atenuantes do crime é base para a uniformidade de casos semelhantes, pois essa observação da vontade contrariaria o texto do artigo 217-A do Código Penal.

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (BRASIL, 2014).

O caso em síntese reflete uma violação ocorrida desde os nove anos de idade, onde começou-se a manter relações entre o autor e a vítima, comprovações que acentuam a impossibilidade de discernimento da vítima com relação ao envolvimento, pois há anos ocorriam esses atos, como comprova a ementa do acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

I - DOS FATOS 01. No dia 13 de julho do ano em curso, foi preso por ordem judicial o denunciado acima nominado e qualificado, em razão do mesmo vir mantendo há aproximadamente um ano, de forma continuada, conjunção carnal com E. M. P. S., nascida no dia 14 de abril de 1997 – certidão de nascimento às fl. 07 –, visando obtenção de prazer sexual. 02. Discorre a peça investigativa que o denunciado frequentava a residência do genitor da vítima, tinha laços de amizade com toda a família, inclusive, dormia nessa casa, era considerada pessoa de confiança pelos familiares da menor. 03. Narra ainda o caderno investigativo que a vítima era virgem quando manteve o primeiro ato sexual com o acusado. O fato só descoberto depois de um ano, porque a genitora da menor desconfiou, a levou para fazer exame, foi então que a mesma diante do resultado, como não tinha mais como negar, confessou que estava sedo abusada sexualmente pelo acusado. 04. Interrogado acerca da prática delituosa, o denunciado confessou que realmente vinha mantendo relações sexuais com a menor a cerca de um ano. 05. Ouvida também pela autoridade policial a menor disse que só manteve relações sexuais com o acusado e que a última vez foi em maio do ano em curso, pormenorizando todo iter criminis. 06. Extraí-se das provas apuradas no inquérito policial que E. M. P. S., ainda quando criança começou a sofrer coação psicológica, diante o estado natural de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado pelo denunciado, pois desde seus nove anos que é perseguida pelo acusado. (BRASIL, 2014).

A disposição dos fatos da forma como foram evidenciados no recurso não deixam dúvida quanto a ocorrência do delito, dos atos previstos pelo artigo 217-A do Código Penal. Passando-se a discutir a punibilidade do agente pelo aspecto do consentimento da vítima com a violação a sua integridade sexual por parte do autor, que era ao tempo dos fatos com uma idade bem superior à da menor.

Pelos fatos, houve a condenação do autor, atendendo o que a lei penal no Brasil determina, aludindo ao artigo 217-A, demonstrando uma continuidade dos atos durante muito tempo, em que se ficou demonstrada a manipulação do autor perante a vítima a coagi-la a praticar determinados atos. A decisão da juíza que analisou o caso foi no sentido.

Depreende-se dos autos que o recorrido foi condenado à pena de 12 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do CP. Da sentença, da lavra da Juíza Maria do Perpétuo Socorro Ivani de Vasconcelos, Juíza de Direito em exercício na Comarca de Buriti dos Lopes – PI. No depoimento em juízo a vítima confirma que teve sua primeira relação sexual com o acusado aos 11 anos de idade, conforme se vê às fls. 79, tendo a menor, na fase investigativa afirmado que o réu fazia muitas promessas, dizendo até que iria se casar com a vítima quando a mesma ficasse maior de idade, conforme se vê às fls. 18/19. (BRASIL, 2014).

Assim, ficou comprovado que os fatos aconteceram e da forma como aconteceram, pois, houve uma concordância das ações entre as testemunhas e as partes que foram interrogadas. Porém, a não aceitação com a decisão deu a oportunidade de se impetrar recurso de apelação pela defesa, o qual recebeu provimento, pelo Tribunal de Justiça do Piauí.

Passa-se a discutir não o fato, mas pela absolvição do agente levantando-se e afastando o conceito de vulnerabilidade, que seria o preponderante para se ter uma noção da infringência da lei, conforme a defesa tentou integrar a decisão. Conceito que foi lembrado pela Lei nº 12.015/2015.

Isso permitiria que se verificasse se a vítima tinha uma possibilidade de entender a validade dos atos e contrapor, o que pela duração da relação mostrava que não eram realizados forçosamente, para a defesa então não estava comprovado o estupro de vulnerável, pois a vítima não seria uma vulnerável, tendo consciência dos atos que estavam sendo praticados contra ela e tendo consentimento quanto a realização dos atos. No julgamento do recurso de apelação, entendeu-se o sentido que:

Dessa forma, analisando o caso concreto, entendo que a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos – até mesmo porque, conforme afirmou, foi ela que disse a R. que gostava dele; que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; que se apaixonou por R.; que foi ela

que deu em cima de R.; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade; que umas das vezes que brigou com o acusado, namorou uma semana outro rapaz, mas não teve relação sexual com esse namorado; que quando tinha uns sete anos ouviu sua mãe dizer que era para ela depoente casar com ele acusado, pois ele iria dar uma boa vida pra ela (fls. 43/44 e 79). (BRASIL, 2014).

No tribunal a decisão foi conferida favorável ao acusado, por não ter sido configurada uma violência contra a menor, pois os atos teriam ocorrido devido a confiança dela, a existência de uma relação à bastante tempo, que teriam refletido a vontade da vítima, portanto, absolvendo o acusado do crime de estupro de vulnerável do qual era acusado.

Pelo entendimento do relator do Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, Ministro Rogério Cruz, afrontou-se ao artigo 217-A, ficando o voto do relator a favor da condenação do acusado, por ter cometido os atos descritos no artigo em discussão.

Posta a questão, delineados os fatos e indicados os fundamentos de que se valeu a Corte estadual para considerar atípica a conduta imputada ao recorrido, encaminho o presente voto em sentido contrário ao decidido na origem, por entender violado o dispositivo de lei federal invocado na impugnação especial. (BRASIL, 2014).

Houve também julgamento de embargos de divergência, que foram favoráveis a manutenção da não observação do consentimento como fator preponderante para a consolidação do crime de estupro de vulnerável, como foi o caso em questão analisado pelo recurso especial.

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ART. 214, C/C ART. 224, ALÍNEA A. AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO. NATUREZA. I - No atentado violento ao pudor com violência presumida, a norma impõe um dever geral de abstenção de manter conjunção carnal com jovens que não sejam maiores de 14 anos. II - O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal (Precedentes do STF, da 3ª Seção, e da 5ª e 6ª Turmas e do STJ). Embargos de divergência desprovidos. (BRASIL, 2010).

Assim, ao mudar a decisão proferida no Tribunal de Justiça do Piauí e reconhecer a existência do estupro de vulnerável, reconhecendo a vulnerabilidade da menor ao momento do fato, exclui-se do caso a pretensão de se valer de um possível consentimento da mesma para que a prática fosse realizada.

Fato é que, voltando à análise do caso vertente, o acórdão absolutório centrou-se muito mais sobre o comportamento da vítima do que sobre o comportamento que deveria estar sob julgamento. A denúncia imputou ao réu, ora recorrido, a prática do crime de estupro de vulnerável. Manteve o réu, por "aproximadamente um ano, de forma continuada, conjunção carnal com E. M. P. S.", quando tinha menos de 14 anos, e "que o denunciado frequentava a residência da vítima, tinha laços de amizade com toda a família, inclusive, dormia nessa casa, era considerada pessoa de confiança pelos familiares da menor" (fl. 3, destaquei). (BRASIL, 2014).

A decisão pronunciada no Recurso Especial em alusão unifica as decisões dos tribunais que analisariam os casos posteriormente, atendendo a necessidade de se proteger esses menores e não abrir entendimento para se discutir um possível consentimento da vítima como forma de não aplicação da lei penal como é positivada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, ressalta-se que, no decorrer de toda a análise do tema em questão, ficou demonstrado que o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás em algumas decisões utilizou sim do instituto da relativização da vulnerabilidade sexual.

Nessas decisões, os magistrados argumentaram de que, os casos de estupro de vulnerável devem ser analisados além do que o Código Penal e demais legislações pertinentes prescrevem, não podendo o julgador ficar restrito apenas à lei.

Ademais, alguns magistrados do TJGO, consideraram, como critério de julgamento, a consciência do(a) menor na prática do ato, seja conjunção carnal ou ato libidinoso, conferindo a estes agentes a capacidade de consentir na prática das ações.

Ainda, os magistrados reforçaram esse entendimento quando se depararam com casos em que o (a) menor constitui um lar com o agente ativo, tornando-se casados, demonstrando que o(a) menor detém um claro interesse, e diante disso, deixaram de condenar o agente pelo crime de estupro de vulnerável pelo fundamento de que não constituiu atentado à dignidade deste.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, manifesta o entendimento contrário, em que declara ser inviável a aplicação do instituto da relativização da vulnerabilidade sexual nos crimes de estupro de vulnerável.

O STJ entende que, para o crime de estupro de vulnerável, (artigo 217-A do Código Penal) ser caracterizado, basta que ocorra a prática de conjunção carnal ou que pratique qualquer outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 (quatorze) anos.

Portanto, diante dessa divergência surge o questionamento acerca de qual posição deve-se adotar diante de determinados casos, o do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que possui uma visão inovadora acerca da vulnerabilidade flexibilizando o seu conceito, ou o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça com sua visão rígida e imutável. Nota-se que o Superior Tribunal de Justiça detém um posicionamento positivista, seguindo a visão do legislador penal brasileiro.

Contudo, diante das grandes evoluções sociais, com a explosão da informação e da tecnologia, levando na palma da mão de crianças e adolescentes, os mais variados conteúdos, não seria a hora de modificar o conceito de vulnerabilidade referente ao delito descrito no artigo 217-A do Código Penal, haja

vista que, os jovens de hoje em dia estão amadurecendo cada vez mais cedo, tendo plena consciência de determinados atos diante de avalanche de conhecimentos emanados via digital.

Por fim, cumpre ressaltar que, o estudo da presente monografia pode auxiliar na defesa ou contestação da tese de relativização da vulnerabilidade sexual nos termos do artigo 217-A do Código Penal, uma vez que, além de estudar a conduta e compreender o respectivo instituto, esta monografia trouxe também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Portanto, respondida a problemática de que houve sim, no ano de 2014 a 2015 a aplicação do instituto da relativização da vulnerabilidade sexual nos delitos de estupro de vulnerável, nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, porém não de forma ampla, sendo analisado cada caso em questão de forma isolada segundo suas peculiaridades.

Enfim, em continuação a este estudo, é viável que, como forma de aprimoramento de conhecimento, o leitor realize pesquisas e estudos voltados em relação ao deficiente mental que também figura na condição de vulnerável, uma vez que, a presente monografia se pautou a analisar especificamente o menor de 14 (quatorze) anos, na condição de agente passivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL (organização: Anne Joyce Angher). Código Penal. Vade Mecum Saraiva. 18ª ed. Ridel, 2014.

BRASIL. **Apelação Criminal nº 420894-88.2005.8.09.0014(200594208947)**. Relator: Des. Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos. Estupro de Vulnerável. Tribunal de Justiça de Goiás, 2005. Disponível em:<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/689_31465/djgo-secao-i-11-04-2014-pg-228>. Acesso em 10 de jun. 2017.

BRASIL. **Habeas Corpus 97052 PR**. Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 16/08/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-176 Divulg 13-09-2011 public 14-09-2011 ement vol-02586-01 pp-00012). Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20623347/habeas-corpus-hc-97052-pr-stf>>. Acesso em 10 de jun. 2017.

BRASIL. **Não há ofensa a dignidade sexual se a relação é baseada em afeto decide justiça**. Disponível em:<<http://tjgo.jus.br/index.php/home/imprensa/noticias/119-tribunal/11560-nao-ha-ofensa-a-dignidade-sexual-se-a-relacao-e-baseada-em-afeto-decide-justica>>. Acesso de 10 de jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm> Acesso em: 06 de abril de 2017.

BRASIL. **Recurso Especial nº 1.480.881 do Piauí**. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf>. Acesso em 10 de jun. 2017.

BRASIL. **Recurso Especial nº 762.044/SP**. Rel. Ministro Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14 de abri. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no **REsp 1244672 / MG**, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), j. 21/05/2013.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.313.369-RS**, Sexta Turma, DJe, 05 de agosto de 2013.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 3. Editora Saraiva. 9º edição, São Paulo, 2011.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 9ª ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2016.

FLORENTINO, Bruno. **Tipo e tipicidade, tipo objetivo e tipo subjetivo. Dolo e culpa**. Disponível em: <https://brunoflorentinosilva.jusbrasil.com.br/artigos/183249818/tipo-e-tipicidade-tipo-objetivo-e-tipo-subjetivo-dolo-e-culpa> Acesso em: 04 de abril de 2017.

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

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: vol. 3: parte especial, arts. 213 a 359-H. 4. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 12ed.. São Paulo: Atlas, 2006, v.2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.