

Estupro De Vulnerável Na Legislação Brasileira

Vulnerable Rape In Brazilian Legislation

Luanna Natally Costa Souza¹
Ataalba França de Almeida Martins²
William Artur Pussi³

RESUMO: O crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, do Código Penal, foi inserido por meio da Lei nº 12.015/09, a qual revogou o instituto da presunção de violência vaticinado no antigo artigo 224 do mesmo *Codex*. Juntamente com sua criação, o artigo 217-A trouxe uma antiga discussão que permeia o meio jurídico, acerca da vulnerabilidade dos adolescentes com idade entre 12 e 14 anos, se esta seria absoluta ou relativa. Diante do exposto, a presente pesquisa tem como objetivo a análise dos aspectos jurídicos que envolvem o estupro de vulnerável e a vulnerabilidade das vítimas acima citadas, buscando demonstrar a necessidade de se discutir uma possível solução para a problemática da vulnerabilidade nesses casos concretos. Serão utilizados materiais contidos em livros, artigos científicos, revistas jurídicas e dados de institutos, legislações, jurisprudências e outras fontes acerca do tema exposto.

Palavras-Chave: Estupro. Vulnerabilidade. Adolescentes.

Abstract: The crime of rape of vulnerable, provided for in article 217-A, of the Penal Code, was inserted through Law 12,015 / 09, which revoked the institute of presumption of violence predicted in former Article 224 of the same Codex. Along with its creation, article 217-A brought an old discussion that permeates the legal environment about the vulnerability of adolescents between the ages of 12 and 14, whether this would be absolute or relative. In view of the above, the present research has as objective the analysis of the legal aspects that involve the rape of vulnerable and the vulnerability of the victims mentioned above, trying to demonstrate the need to discuss a possible solution to the problem of vulnerability in these concrete cases. Materials contained in books, scientific articles, legal journals and data from institutes, legislations, jurisprudence and other sources about the subject matter will be used.

Keywords: Rape. Vulnerability. Adolescents.

Introdução

A vulnerabilidade dos adolescentes, com idade entre 12 e 14 anos, é um tema bastante delicado e que constantemente está presente na mídia, pois, infelizmente, o crime de estupro de vulnerável gera novas vítimas todos os dias, as quais têm sua dignidade tanto humana quanto sexual atingidas pela prática desse delito, vez que são pessoas que não

¹Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Anápolis, Campus Ceres. Email: luanna.nat@hotmail.com

²Mestre em Ciências Ambientais pelo Centro Universitário de Anápolis, Advogada, Professora do Centro Universitário de Anápolis, Campus Ceres. Email: ataalba@hotmail.com

³Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito-FADISP. mestrado em direito civil pela Universidade Estadual de Maringá (2002), professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Professor de Direito da Unicesumar- Maringá e professor da Faculdade Maringá. Juiz de Direito vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e lotado junto a 1º Vara de Família da Comarca de Maringá.

possuem capacidade de compreender determinados atos e suas consequências. Considera-se indivíduos vulneráveis aqueles que são menores de 14 anos, pessoas enfermas ou deficientes mentais que não possuem o necessário discernimento para praticar determinados atos, ou pessoas que por qualquer outro motivo não possam oferecer resistência.

O crime previsto no artigo 217-A do Código Penal (CP) foi inserido pela Lei nº 12.015 de 2009, não sendo o crime de estupro de vulnerável tão recente em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, não impede que ainda existam controvérsias entre doutrinadores e juristas acerca de algumas questões que envolvem esse tipo penal.

Tendo em vista tais controvérsias, a problemática principal gira em torno dos aspectos jurídicos da vulnerabilidade no crime de Estupro de Vulnerável, vertendo o estudo para a especificidade de vítimas maiores de 12 e menores de 14 anos. A análise, tanto da vulnerabilidade dessas vítimas quanto da relativização e não-relativização desta, é o principal ponto de discussão em que se envolve o art. 217-A do CP. Tal presunção de vulnerabilidade era anteriormente conhecida sob o termo presunção de violência, que foi extinto com a Lei nº 12.015/2009.

O crime em estudo busca amparo no princípio da dignidade humana como também no princípio da dignidade sexual (que é espécie do primeiro) de pessoas vulneráveis, as quais necessitam da proteção do Estado e da sociedade, que devem tutelar a formação da personalidade e do amadurecimento sexual destes indivíduos para que não sofram consequências tanto físicas quanto psíquicas.

A falta de consenso sobre o tema torna necessário um estudo aprofundado sobre os seus aspectos jurídicos, quando busca-se compilar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais de modo que se possa contribuir com maior conhecimento acerca do tema para os acadêmicos, operadores do Direito e para a sociedade, para que estes discutam sobre uma futura pacificação acerca da discussão que é objeto desse estudo.

Para a produção deste estudo, serão utilizados materiais contidos em livros, pesquisas em plataformas científicas *online* para acesso a artigos científicos, revistas jurídicas e dados de institutos, legislações, jurisprudências e outras fontes acerca do tema exposto.

Para nortear a problemática, algumas indagações foram levantadas para serem respondidas durante a produção deste estudo, tais como: por que e como se deu a inserção do crime de estupro de vulnerável no ordenamento jurídico brasileiro; se o ordenamento jurídico brasileiro considera a presunção de vulnerabilidade como sendo absoluta ou relativa; nos casos de estupro de vulnerável, em que a idade da vítima é entre 12 e 14 anos, qual espécie de

vulnerabilidade seria melhor aplicável; se a problemática da vulnerabilidade no estupro de vulnerável de adolescentes maiores de 12 e menores de 14 anos, é assunto sobre o qual a jurisprudência e a doutrina brasileira possuem entendimento consolidado.

Com o escopo de responder tais questionamentos, tem-se como objetivo geral realizar um estudo dos aspectos jurídicos da vulnerabilidade no crime de Estupro de Vulnerável, na perspectiva de retratar a necessidade de se pôr termo à discussão acerca da natureza relativa ou absoluta da vulnerabilidade quando esta se aplicar a adolescentes entre 12 e 14 anos de idade.

Para conseguir uma melhor resolubilidade das questões propostas, tem-se ainda como objetivos definir, caracterizar e historiar o crime de estupro de vulnerável apresentando os aspectos jurídicos da vulnerabilidade em suas formas, relativas e absoluta; compreender os prós e contras de cada uma dessas formas de vulnerabilidade, bem como qual seria a melhor a se aplicar nos casos concretos em que a vítima for maior de 12 e menor de 14 anos; pesquisar o tratamento do sistema jurídico pátrio em relação aos casos de estupro de vulnerável em que figurem as vítimas supracitadas.

Faremos as contextualizações e conceituações relativas a vulnerabilidade e suas formas, e ao crime de Estupro de Vulnerável, um histórico para compreender como e porque foi feita a introdução do artigo 217-A no Código Penal e, ainda, uma análise sobre a antiga presunção de violência, hoje conhecida sob a figura da presunção de vulnerabilidade.

1. O Estupro De Vulnerável E Sua Introdução Na Legislação Penal Brasileira

A impressionante quantidade de casos de violência e exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil, e a impunidade gerada nesses fatos, levaram à criação da Lei nº 12.015 de 2009, que tinha como objetivo tornar mais rigorosos os crimes sexuais previstos no Código Penal brasileiro. A supracitada Lei dentre as diversas reformas que fez, criou o artigo 217-A do CP que trata do estupro de pessoas vulneráveis, e tal dispositivo trouxe consigo algumas discussões que permeiam o ordenamento jurídico penalista. Uma dessas contendas refere-se à vulnerabilidade dos adolescentes entre 12 e 14 anos de idade, o que torna necessária uma exata compreensão desse crime e da vulnerabilidade de tais indivíduos, para que haja uma justa aplicação nos casos concretos.

Diante deste fato, resta clara a importância do estudo do referido crime e do instituto da vulnerabilidade nos crimes sexuais desde suas origens no direito brasileiro, pois, deste modo, será possível uma melhor compreensão dos mesmos. Assim, neste primeiro ponto

será feita uma contextualização e histórico da origem do crime de Estupro de Vulnerável em nosso ordenamento jurídico que ocorreu com a criação da Lei nº 12.015 de 2009, bem como de sua introdução na legislação penal brasileira.

1.1 Contextualizações Relativas à criação da Lei nº 12.015 de 2009 e as mudanças produzidas no Código Penal

O acesso irrestrito aos meios de comunicação e a sexualização de menores feita pela mídia têm sido a causa do amadurecimento precoce de crianças e adolescentes que tem ocorrido nas últimas décadas, trazendo como principal consequência o fato de que esses indivíduos estão lidando naturalmente com assuntos considerados adultos, como, por exemplo, assuntos relacionados à sexualidade, os quais não são mais vistos como tabus e chegam a ser fontes de informações nas escolas, em palestras e nos meios de comunicação. Costa et al (2009) fazem uma panorâmica histórica da questão juvenil:

A adolescência é um período do desenvolvimento cujo conceito consolidou-se apenas a partir do século XIX, pois nesse momento histórico, o conceito de núcleo familiar é reestruturado e, por consequência, o interesse nas características que pontuam a transição para a vida adulta (Áriès, 1981). A progressiva exclusão das crianças do mundo do trabalho pela Revolução Industrial e a introdução dos novos Códigos Civis e dos ideais iluministas "passaram a reconhecer as crianças como sujeitos, com direito tanto a proteções legais específicas, quanto ao reconhecimento de uma subjetividade diferenciada dos adultos" (Kehl, 2006: 16). Assim, vê-se que a invenção da infância tal como a conhecemos hoje e, conseqüentemente, do que entendemos por adolescência é conceito relativamente recente. Assim como nosso Estatuto da Criança e do Adolescente, introduzido em 1990, a adolescência é ainda tema de discussões. O interesse pela juventude desponta de tempos em tempos, mas parece contaminado sempre por esses motores: as crises e os excessos, os conflitos e as explosões que a eles se seguem, acompanham a história da preocupação social e acadêmica com a juventude (GONÇALVES, 2005).

Nos anos 40 do século XX, época do surgimento do Código Penal vigente, essa realidade era totalmente diferente, pessoas com 12 anos de idade eram vistas ainda como crianças sem preparo para enfrentar os problemas da vida, realidade essa não tão encontrada atualmente, pois menores de 14 anos vêm demonstrando a cada dia possuir maior discernimento acerca de assuntos que antes não lhes diziam respeito. O fato de que menores de 14 anos têm demonstrado uma maturidade precoce, se dá em razão da grande cobrança feita pelos adultos à esses indivíduos, para que se comportem de forma mais madura e

responsável.

Rodrigues (2009) afirma que as novas realidades sociais e os novos costumes que se estabeleceram na sociedade brasileira, após a criação do Código Penal de 1940, levaram o povo a reivindicar uma adaptação do ordenamento jurídico pátrio à realidade existente. Em decorrência desse clamor e de outros fatos, como o grande número de casos de abuso sexual contra crianças e adolescentes no Brasil, é que o legislador se viu obrigado a realizar mudanças importantes no Título VI do Código Penal vigente, que tratava dos Crimes Contra os Costumes, visto que este se relacionava, de acordo com Gomes (2012, *online*), “com hábitos, comportamentos sexuais aceitáveis ou não e, assim, tendo grande conteúdo moral”.

Assim, a Lei nº 12.015 de 2009 foi criada por meio de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) instaurada em 2003 pela Deputada Federal Maria do Rosário, mediante o Requerimento nº 02/2003. A CPMI “tinha por finalidade investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil”, visto que a violência sexual que atinge crianças, adolescentes, mulheres e pessoas com maior indefensibilidade se tornou um problema extremamente grave no país (GRECO, 2014, p. 456).

Dezenas de casos de violência sexual são registrados diariamente no Brasil, conforme dados divulgados no site da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SDH), que constatou que foram feitas pelo Disque 100 cerca de 4.953 denúncias sobre exploração e abuso sexual de crianças e adolescentes somente nos primeiros quatro meses do ano de 2016. Tais dados demonstram a necessidade de ter sido criada a CPMI que deu origem à Lei nº 12.015/2009 e que reformou o tratamento dos crimes sexuais no Código Penal brasileiro.

A CPMI também teve como motivação a impunidade presente nos casos de violência sexual, pois muitos dos acusados saem impunes nesses crimes, sem se levar em conta o fato de que grande parte das ocorrências não chegam ao conhecimento do Judiciário. Diante destas situações, a CPMI ao finalizar seus trabalhos no ano de 2004 notou ser necessária a realização urgente de alterações na lei penal, para que crianças, adolescentes, mulheres e pessoas mais vulneráveis recebessem maior proteção em relação à sua dignidade tanto humana quanto sexual. Também foi vista a necessidade de tais alterações devido à constatação de que a legislação brasileira estava inadequada a realidade existente.

As mudanças trazidas pela Lei nº 12.015/2009 tinham como foco o Título VI da Parte Especial do Código Penal, e a primeira alteração ocorreu em relação à nomenclatura do Título, passando este a prever os chamados Crimes Contra a Dignidade Sexual, pondo-se um fim à denominação Crimes Contra os Costumes, a qual era tida como ultrapassada pelos

doutrinadores e juristas.

Ao escolher a nova expressão, o legislador fez com que este Título deixasse de se preocupar com valores morais e o comportamento sexual das pessoas e passasse a ter como foco a tutela da liberdade e a proteção da dignidade sexual dos indivíduos, sendo esta espécie de dignidade decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o qual segundo Gomes (2012), alude ao respeito, à honra, à liberdade e à autonomia do exercício da sexualidade. Para Rodrigues (2009, *online*)

Verifica-se, a partir do contraste entre as expressões "Costumes" *versus* "Dignidade Sexual", que o bem jurídico que agora se busca salvaguardar é diametralmente diverso do anterior, na medida em que se preocupava com as concepções sociais acerca da sexualidade, com os valores morais atribuídos a esta, e não com a própria naturalidade e dignidade em relação ao objeto, e com o indivíduo ofendido imediatamente.

Segundo Nucci (2014, p. 18), a disciplina sexual e o que era considerado como ético em 1940, época em que foi criado o Código Penal que hoje vige no Brasil, não mais se relacionam com o modo de ser, agir e pensar das gerações existentes após a Constituição Federal de 1988.

A alteração realizada na nomenclatura do Título VI tem como escopo a proteção da respeitabilidade do ser humano em relação à sua sexualidade, garantindo a esse a liberdade de escolher com quem, quando e onde manter relações sexuais, sem que seja explorado ou violentado.

Outras modificações realizadas no Código Penal, com a vigência da Lei nº 12.015 de 2009, se deram em relação às tipificações penais, com a junção das figuras do estupro e do atentado violento ao pudor em uma única tipificação penal, que foi denominada estupro (art. 213 do Código Penal). Foram feitas, também, alterações em outros artigos do Título VI, levando estes a abarcarem situações que não eram previstas anteriormente na legislação criminal pátria.

Porém, uma das mais importantes alterações realizadas diz respeito à criação do artigo que trata do delito de estupro de vulneráveis, que substituiu o antigo art. 224 do Código Penal, o que levou à extinção do instituto da presunção de violência e ao surgimento do crime de estupro de vulnerável como tipo penal autônomo, criado com o objetivo de proteger unicamente as pessoas tidas como vulneráveis, tendo como objetivação também, o enrijecimento do tipo penal buscando uma punição mais gravosa aos criminosos sexuais, e,

um dos principais motivos que levaram à criação desse artigo, a extinção da discussão acerca da presunção de violência, que será detalhada mais adiante.

Outra mudança trazida pela Lei nº 12.015 de 2009, diz respeito ao disposto em seu artigo 4º, que alterou o inciso VI do artigo 1º da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), tornando crime hediondo o tipo penal do estupro de vulnerável.

1.2 Histórico do Crime de Estupro de Vulnerável e sua Introdução no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Na década de 80 do século XX, despertou no Judiciário brasileiro um questionamento sobre a chamada presunção de violência que era prevista no artigo 224, alínea “a”, do Código Penal de 1940, que tratava dos atos sexuais praticados com menores de 14 anos. Questionava-se se a presunção de violência nesses casos seria considerada como absoluta ou relativa, tendo os Tribunais como argumento o fato de que os costumes da época da criação do Código Penal vigente não mais se aplicavam à sociedade do final do século XX (GRECO, 2014, p. 539),

Algumas pessoas, consideradas como sendo mais fracas, vulneráveis, não possuem, por diversas razões, condições de compreensão e defesa como as de indivíduos comuns. Tal vulnerabilidade, faz com que o Estado tenha uma obrigação maior em proteger essas pessoas, pois estas necessitam de uma proteção diferenciada para que tenham direitos iguais aos das outras pessoas.

Para Passos (2012, p. 5) a figura da presunção de violência surgiu no Código Penal de 1890, que, em seu artigo 272, dispunha que eram presumidos como cometidos com violência qualquer dos crimes especificados nos capítulos I, que tratava Da Violência Carnal, e II, que tratava Do Rapto, quando estes tivessem como ofendidos pessoas menores de 16 anos. Manteve-se tal instituto no Código Penal de 1940, passando a ser previsto no revogado artigo 224, em que a proteção da presunção de violência foi estendida também a outras pessoas vistas como frágeis: pessoas alienadas ou débeis mentais, ou ainda pessoas que, por qualquer outra causa, não podiam oferecer resistência.

Além dessa alteração, houve a redução da idade da vítima para 14 anos, reconhecendo o legislador que houveram mudanças nos costumes da sociedade brasileira entre a vigência do Código de 1890 e a criação do Código de 1940, buscando-se assim adequar a legislação à realidade condizente com a época.

Tal fato leva a um dos questionamentos mais recorrentes entre os operadores do Direito acerca do instituto em análise: se em 1940 o legislador entendeu que a idade de 16 anos não mais toava com a realidade vivida nessa época, por qual razão não teria este visto a idade de 14 anos como ultrapassada, quase 80 anos depois?

Presunção no Direito, como ensina Morelli (2003), ocorre quando a partir de um fato se deduz a existência de outro fato ou o estado de uma pessoa ou coisa. O instituto da presunção de violência se dá, como explica Passos (2012, p. 5), quando algumas situações ou características de uma vítima fazem com que ela seja incapaz de entender o ato praticado, não podendo de tal modo consentir com esse ato. Presume-se assim que a vítima foi obrigada a tal prática, sendo esta decorrente de violência mesmo que de forma indireta.

Nucci (2014, p. 111) assevera que o instituto da presunção de violência foi criado devido ao fato de que as pessoas incapazes podem manter relações sexuais sem que ocorra alguma coação física para isso, porém pode ser que haja uma coação psicológica, utilizando-se o agente da condição em que a vítima se encontra, de ser incapaz de compreender a seriedade daquele ato que está sendo praticado. A incapacidade desses indivíduos é resultante de sua idade e imaturidade, relacionando-se essa última às características físicas e psíquicas destes.

Na relação sexual não se fazia necessário o consentimento da vítima, estando esta sob a condição de alguma das alíneas do artigo 224 do CP, já se consumava o crime. Nesse dispositivo penal, presumia-se a violência se a vítima referida na alínea “a” fosse menor de 14 anos ou possuíse 14 anos completos.

No Código Penal de 1940, a presunção de violência era utilizada para a tipificação do crime de estupro ou atentado violento ao pudor quando a vítima se encaixasse em alguma das hipóteses previstas no artigo 224 do Código Penal. Tal dispositivo penal previa que eram presumidos como cometidos com violência, os crimes sexuais em que a vítima não contava com idade maior do que catorze anos; ou se a vítima era alienada ou débil mental, e o autor do fato tinha conhecimento desta situação; ou ainda, se a vítima não podia, devido a qualquer outra causa, oferecer resistência ao ato praticado.

De acordo com Nucci (2014, p. 112), para se tipificar os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor, quando a vítima fosse vulnerável, na vigência do revogado artigo 224 do Código Penal, era necessário que se fizesse a combinação de alguns artigos. Quando se tratava do crime de estupro, o art. 213 era combinado com o art. 224; esse artigo 213, que sofreu alterações com a Lei nº 12.015 de 2009, previa o tipo penal do estupro, considerando

este como o constrangimento feito a uma mulher por meio de violência ou grave ameaça, para que essa praticasse conjunção carnal (introdução do pênis na vagina da mulher).

Quando o crime era de atentado violento ao pudor, o art. 214 combinava com o art. 224. O art. 214, que foi revogado e teve seu conteúdo inserido no art. 213, previa que o atentado violento ao pudor consistia no constrangimento feito a alguém, por meio de violência ou grave ameaça, e que tinha o intuito de fazer com que a vítima praticasse ou permitisse que com ela fosse praticado algum ato libidinoso (ato com intuito de satisfazer a libido, o desejo sexual) diferente da conjunção carnal.

A presunção de violência se dividiu em duas correntes doutrinárias: a da presunção absoluta e a da presunção relativa. Na presunção absoluta (*juris et de jure*), todo ato sexual praticado com menor de 14 anos é presumido como sendo violento e é considerado como crime, independentemente se houve consentimento da vítima. Essa presunção se caracteriza pela não permissão de questionamentos sobre o caso concreto. Nesta corrente, não se admite provas em contrário. De acordo com Laranjeira (2012), nos casos nos quais a presunção de violência era absoluta, mesmo que houvesse consentimento da vítima esse não seria levado em consideração, subsistindo o crime mesmo que houvesse prova em contrário.

Na presunção relativa (*juris tantum*), o juiz analisa as particularidades de cada caso concreto, levando em conta questões como a aparência física da vítima, se esta já possuía vida sexual ativa, se houve consentimento com o ato sexual, se esta se prostituía etc. Nesta corrente o juiz cede perante a situação apresentada no caso e admite provas em contrário, ou seja, permite-se que o acusado apresente provas que possam evidenciar sua inocência. Para Gomes (2014, *online*), é imprescindível para essa corrente que seja feita “uma análise materialmente valorativa de todas as circunstâncias presentes no caso”.

Tais espécies de presunção de violência geraram enorme discussão no sistema judiciário pátrio, levando doutrinadores e juristas a questionarem qual teoria deveria ser aplicada nos casos concretos, particularmente aqueles em que a vítima fosse menor de 14 anos. Nucci (2010, p. 927) explica que o que se questionava era se haveria algum caso concreto no qual a pessoa menor de 14 anos poderia ter uma completa noção do que significa se relacionar sexualmente com alguém, podendo tal fato afastar a aplicação do instituto da presunção de violência. O autor afirma que inúmeras decisões nos tribunais pátrios, em relação a casos em que o sujeito passivo era menor de 14 anos, acabavam por repelir a presunção de violência, levando o réu a ser absolvido, sendo a presunção nesses casos, relativa.

Enquanto ainda estava em vigor o revogado artigo 224 do Código Penal, começou

a se estabelecer entre os doutrinadores e tribunais uma posição favorável à presunção relativa, a qual, segundo Oliveira *et al* (2012), era aplicada nos casos em que o juiz entendesse que a vítima possuía algum discernimento, compreensão acerca das questões referentes à sexualidade e à vida, e apresentasse ter uma certa maturidade.

Alguns Tribunais pátrios entendiam que quando menores de 14 anos tivessem um relacionamento com o agressor, seja convivendo maritalmente ou apenas um namoro, e que tal relação tivesse o consentimento dos pais da vítima, significaria que as relações sexuais foram consentidas pelo indivíduo menor e que este demonstraria ter maturidade e consciência do ato sexual praticado. Sendo assim, era relativizada a presunção de violência e o réu absolvido da acusação, como demonstra o seguinte julgado realizado pelo Tribunal de Justiça (TJ) de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL - ESTUPRO - CRIME PRATICADO CONTRA MENOR DE QUATORZE ANOS - PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO - AGRESSOR E VÍTIMA QUE CONVIVIAM MARITALMENTE NA CASA DOS PAIS DAQUELE COM O CONSENTIMENTO DOS GENITORES DESTA - EXISTÊNCIA DA CERTEZA DE QUE A RELAÇÃO SEXUAL FOI CONSENTIDA, NÃO RESTANDO DÚVIDAS DE QUE A ADOLESCENTE TINHA PLENA CONSCIÊNCIA DO QUE ESTAVA FAZENDO E COMPLETA NOÇÃO A RESPEITO DO ATO - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE - RECURSO PROVIDO (TJ-SC – Apelação Criminal n. 2005.018594-9, Relator: Solon d'Eça Neves, Data de Julgamento: 16/08/2005)

Da mesma maneira julgou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RS) em 2009, ano em que foi criada a Lei nº 12.015/2009:

Não é de hoje que o STF vem considerando a possibilidade de relativizar a presunção do artigo 224, a, do CP, no concernente à menor de quatorze anos, quando houver demonstração de maturidade suficiente para autodeterminar sua vontade sexual. No caso, a relação entre o acusado e a vítima evidenciou namoro legítimo, contando com aquiescência da mãe da garota e de seu padrasto, adentrando o acusado inclusive no recinto familiar. Diante desta hipótese, inviável a condenação por estupro por violência presumida, em respeito aos entendimentos do STF que vem conferindo interpretação flexível à rigidez anacrônica de norma forjada na década de 40 do Século XX; não mais adequada à hodierna realidade social (TJRS, Ap. Crim. nº 70020907895, Relator Des. Mario Rocha Lopes Filho, j. 22.01.2009).

Porém, o julgado considerado como de maior relevância pelos defensores da relativização da presunção de violência, é o referente ao *Habeas Corpus* (HC) nº 73662 (MG) julgado pelo STF, em que se teve como relator o Ministro Marco Aurélio Mello. Convém citar

partes importantes do voto do eminente Ministro:

O quadro revela-se estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. [...] Portanto, é de se ver que já não socorrem à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. [...] A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público (STF, HC 73.662-MG, 2ª T., 21.05.1996).

Como depreende-se da leitura destes julgados, os operadores do Direito que julgavam os casos concretos de acordo com a presunção de violência relativa, tinham como motivação o fato de que as vítimas haviam consentido com as relações sexuais. Outra motivação citada se refere à mudança de costumes vivida pela sociedade brasileira após a década de 1940.

Apesar de muitos tribunais entenderem em seus julgados que a violência presumida do artigo 224, alínea “a” do Código Penal, possuía natureza relativa, este não era o entendimento firmado pelo STF e pelo STJ. De acordo com Teodoro (2015, *online*), “o STF já havia assentado seu entendimento no sentido de que a presunção de violência, em casos que envolvessem vítima menor de 14 anos, era absoluta”. Nesse sentido, tem-se o seguinte acórdão julgado pelo STJ, em que se presume que houve violência na relação sexual devido à chamada *innocentia consilii* da vítima, a qual em razão do fato de ser menor de 14 anos, não possui maturidade suficiente para compreender a dimensão das consequências que podem advir da vida sexual:

1. O art. 224 do CPB prevê algumas circunstâncias, dentre as quais está inserida ser a vítima menor de 14 anos, em que, ainda que não haja efetiva violência física ou real, será essa presumida, diante da indubitosa restrição da capacidade volitiva da vítima de se posicionar em relação aos fatos de natureza sexual. 2. Estando tal proteção apoiada na *innocentia consilii* da vítima, que não pode ser entendida como mera ausência de conhecimento do ato sexual em si, mas sim como falta de maturidade psico-ética de lidar com a vida sexual e suas consequências, eventual consentimento, ainda que existente, é desprovido de qualquer valor, possuindo a referida presunção caráter absoluto. Precedentes do STJ e STF. 3. O acusado não desconhecia a

menoridade da vítima, que era enteada de seu pai, e a levava a um hotel onde mantinha relações sexuais com a menina, de apenas 13 anos, no horário em que a mesma deveria estar na escola. 4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (STJ, Quinta Turma, HC 86808/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11/09/2008).

Na mesma linha do julgado anterior, em um de seus acórdãos o STF considerou como irrelevante o consentimento ou experiência sexual anterior de menor de 14 anos, caracterizando-se assim a presunção de violência absoluta:

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.(STF, Primeira Turma, HC 97052/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16/08/2011).

Percebe-se que já havia sido pacificado pelo STF e pelo STJ o entendimento de que a presunção de violência possuía caráter absoluto nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos. Desse modo, bastava a prática sexual com indivíduo contando com idade menor que 14 anos para que se configurassem os crimes anteriormente citados. Mesmo que o acusado utilizasse em sua defesa a existência de circunstâncias que pudessem caracterizar a conduta como sendo atípica, estas não deveriam prevalecer sobre o critério etário.

Em relação à polêmica sobre as teorias da presunção de violência, Nucci (2010, p. 928) entende que quando a vítima de crime sexual for menor de 12 anos, deverá ser considerada absoluta a tutela do direito penal, ou seja, não se admitirá prova em contrário; já em casos excepcionais, em que figure como vítima maior de 12 anos, e especialmente a vítima entre 12 e 14 anos, essa tutela deverá ser relativa, cabendo provas em contrário e devendo o julgador analisar as circunstâncias presentes no caso, adotando-se assim uma teoria mista.

Por outro lado, Greco (2014, p. 540) entende como desnecessária essa controvérsia acerca da presunção de violência, afirmando que a lei penal determinou de modo objetivo e absoluto, que o menor de 14 anos, mesmo que já tendo iniciado sua vida sexual, não possui desenvolvimento suficiente para decidir sobre sua sexualidade, e mesmo que consinta com atos sexuais, este consentimento deverá ser considerado inválido.

O posicionamento de Greco parece-nos o mais correto, visto que o menor de 14

anos não possui maturidade e desenvolvimento físico e psíquico de modo satisfatório a poder autodeterminar sua vontade sexual, sendo este consentimento inválido do menor de 14 anos denominado *innocentia consilii*.

Outra controvérsia relacionada à presunção de violência diz respeito ao seguinte, em relação ao fato de que não se exigia o consentimento da vítima para a caracterização do estupro de vulnerável, bastando que esta estivesse incluída em uma das hipóteses do artigo 224 do CP para que o crime fosse materializado, Rodrigues (2009) assevera que houve uma adoção da teoria da Responsabilidade Objetiva feita pelo Código Penal. Tal adoção contraria a doutrina do Direito Penal, considerando que esta é fundada na Responsabilidade Subjetiva, entendendo que os fatos não devem ser tratados como presumíveis.

Esse foi outro motivo que levou doutrinadores e juristas a defenderem mudanças relacionadas ao termo presunção de violência, afirmando estes que tal expressão criava uma falsa ideia de que no Direito Penal haveriam presunções ou conjecturas. Esse é o entendimento de Nucci (2010, p. 927), que discorre que “muita polêmica gerou essa expressão, pois em Direito Penal torna-se difícil aceitar qualquer tipo de presunção contra os interesses do réu, que é inocente até sentença condenatória definitiva. Por isso, a mudança na terminologia configura-se adequada”.

Tamanho foi a proporção dessas discussões acerca da presunção de violência, que o legislador foi levado a revogar o artigo que previa tal instituto e a criar um tipo penal em que foi abolido o instituto da presunção de violência e criada a figura da vulnerabilidade, daí advém o *nomen juris* “estupro de vulnerável”. Desse fato deu-se origem ao artigo 217-A do Código Penal vigente, que se tornou um tipo penal autônomo voltado à proteção da sexualidade de pessoas vulneráveis.

Houaiss e Villar (2009, p. 1961) definem vulnerabilidade como sendo “qualidade ou estado do que é ou se encontra vulnerável”. Na obra Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (2009, p. 1961) tem-se que o vocábulo vulnerável diz respeito a quem está “ferido, sujeito a ser atacado, derrotado: frágil, prejudicado ou ofendido”.

Oliveira Júnior (2011, *online*) entende que o termo vulnerabilidade “demonstra sempre a incapacidade ou a fragilidade de alguém, motivada por circunstâncias especiais”. Já Nucci (2015, p. 864) conceitua a vulnerabilidade como sendo “estado de quem está privado da capacidade de resistência, sujeito à lesão ou despido de proteção”, a vulnerabilidade, no caso do estupro de vulnerável, indica um estado de fraqueza. No artigo 217-A do Código Penal, a vulnerabilidade está ligada à incapacidade de certos indivíduos de compreender e,

conforme Oliveira (2014, *online*), “externar seu consentimento de forma válida, racional, segura e responsável” acerca dos atos sexuais.

O *caput* do artigo 217-A diz que é crime com pena de reclusão, de 8 a 15 anos, “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”, incorrendo na mesma pena, conforme o §1º, “[...] 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”. Se a conjunção carnal ou o ato libidinoso, com as vítimas anteriormente descritas, resultar em lesão corporal de natureza grave, a pena de reclusão será de 10 a 20 anos (§3º), e se o resultado da conduta for morte, a pena de reclusão será de 12 a 30 anos (§4º).

Com a criação desse artigo, tornou-se crime o relacionamento sexual com pessoa vulnerável, ou seja, é proibido manter conjunção carnal ou qualquer outro ato cujo objetivo seja a satisfação da libido sexual com qualquer indivíduo especificado no dispositivo legal. Nota-se que houve uma reprodução do que estava disposto no revogado artigo 224 do CP no artigo 217-A da mesma Lei, porém o legislador não mencionou a expressão violência presumida, visando acabar com a polêmica acerca dessa figura. Foi extinto o sistema de presunção de violência e estabelecido um critério objetivo, o qual é a idade da vítima. Para que haja caracterização do crime é necessário que o agente tenha conhecimento a respeito da vulnerabilidade da vítima, ou seja, quando esta for menor de 14 anos, o agente deverá ter ciência da idade da mesma, senão restará configurado o erro de tipo.

Como se vê no artigo supracitado, o legislador se preocupou em fazer uma junção dos tipos penais do estupro e do atentado violento ao pudor como havia feito no artigo 213 do CP, porém, no dispositivo em análise a proteção da dignidade sexual foi voltada para os entes considerados vulneráveis. Ao contrário do que ocorria no revogado artigo 224 do CP, esse dispositivo passou a considerar como sujeito passivo o menor de 14 anos, ou seja, no dia em que o indivíduo completa 14 anos este não será sujeito passivo de um estupro de vulnerável, se considerada a sua idade, mas sim vítima do crime de estupro na forma simples, previsto no artigo 213 do Código Penal.

Outra alteração advinda da criação do artigo 217-A do Código Penal diz respeito à desnecessidade de se combinar dispositivos penais tal qual ocorria na vigência do artigo 224 do mesmo Código, visto que o novo tipo penal é autônomo, possuindo assim suas próprias condutas e sanções. No crime em estudo, não se exige o emprego de violência ou grave ameaça para que seja consumado o delito, bastando apenas que o agente pratique algum ato

sexual com pessoa vulnerável inserida nesse tipo penal. Porém, se o sujeito ativo (quem comete o crime) afirmar que não sabia que a vítima era menor de 14 anos ou que esta aparentava ter idade superior à verdadeira, poderá alegar que houve erro de tipo, o que será analisado no próximo capítulo deste estudo.

A vulnerabilidade dos menores de 14 anos é fruto das situações pelas quais estes são submetidos na fase da adolescência, onde estão construindo sua identidade e vivenciando mudanças biológicas, que acabam por gerar uma confusão em relação aos seus pensamentos, sentimentos, escolhas etc. Em razão dessa desordem psicológica e emocional em que se encontram, sua compreensão das consequências que suas escolhas e atos irão causar é pequena, não sabendo, esses indivíduos, tomarem as decisões certas muitas das vezes ou as tomando levados pela emoção.

Sendo na época da adolescência que o indivíduo formará sua identidade, este não possui ainda um senso de responsabilidade, a qual de acordo com Fiorelli e Mangini (2010, p. 152), é um atributo que se firma na vida de uma pessoa entre os 12 anos, aproximadamente, e o início da vida adulta; isso faz com que haja um período de transição da adolescência para a fase adulta no qual o jovem é submetido a cobranças e escolhas para as quais não está psicologicamente preparado.

Os menores de 14 anos são considerados como vulneráveis não apenas por não terem capacidade para consentirem ou não com um ato sexual, mas por outras razões como o fato de estarem em processo de desenvolvimento e serem dependentes de outras pessoas, o que os leva a serem facilmente manipulados e a tomarem escolhas erradas devido a fatores como a sua condição social e econômica, suas condições psíquicas, emocionais e familiares.

Franco *et al* (2011, p. 501) afirmam que a proibição feita pelo legislador acerca de prática sexual com menor de 14 anos tem como principal motivo o fato de que o exercício da sexualidade antes nesta faixa etária poderá “afetar o desenvolvimento da personalidade do menor” e “nele produzir alterações importantes que incidam em sua vida e em seu equilíbrio no futuro”.

A criminalização da prática sexual com pessoa vulnerável, especialmente com o menor de 14 anos, para Bitencourt (2015, p. 99), possui o intuito de assegurar que este indivíduo desenvolva sua personalidade de maneira saudável, para que, na fase adulta, exerça sua sexualidade de forma consciente sem que haja influência de traumas psicológicos sofridos na sua infância ou adolescência, podendo assim, decidir livremente acerca de sua vida sexual, até mesmo sobre sua orientação sexual.

A relação sexual com o menor de 14 anos, como explica Nucci (2015, p. 863), pode ter ocorrido com o seu consentimento, porém tal prática sexual é proibida pela legislação, dado que a maioria dos indivíduos nessa faixa etária não possui discernimento razoável, nem condições de permitir o ato, sendo assim, a vulnerabilidade desses seres em desenvolvimento leva à presunção de que foi violenta a prática sexual. Surge entre os doutrinadores, então, o entendimento de que não houve realmente a extinção da figura da presunção de violência. Alguns acreditam que houve apenas a substituição da figura da presunção de violência pela figura da vulnerabilidade, que é o caso de Nucci (2015, p. 864), que assevera que a presunção de que algumas pessoas não possuem capacidade de consentir com determinados atos continua existindo, porém inseriu-se no termo vulnerável o que era conhecido anteriormente como presunção de violência.

Nucci (2010, p. 927) afirma que essa presunção que continua existindo no art. 217-A do CP, se refere “à falta de capacidade para compreender a gravidade da relação sexual”. Concorde-se com o entendimento de que ainda existe uma presunção no delito em estudo, porém esta deixa de ser denominada como presunção de violência e passa a ter a alcunha de presunção de vulnerabilidade, ou seja, presume-se que o indivíduo menor de 14 anos não possui maturidade tanto física quanto psíquica para dar início à sua vida sexual.

Outros doutrinadores, como Capez (2015, p. 76), afirmam que na verdade há uma diferença entre as figuras da vulnerabilidade e da presunção de violência, sendo a vulnerabilidade referente àquelas pessoas que se encontram em situações que as deixam frágeis e em perigo. Para esse autor, o artigo 217-A do Código Penal Brasileiro não se refere “à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima”, mas sim ao fato de que esse indivíduo vulnerável possui “maior fraqueza” nos aspectos sociais, morais, físicos, psíquicos etc. Para o autor, o conceito de vulnerabilidade não leva à presunção de que a vítima é incapaz ou que houve violência no ato sexual, pois este é um conceito com maior abrangência do que o antigo instituto da presunção de violência e que leva em consideração a proteção do Estado necessária para a tutela de certas pessoas.

Com a inserção do delito de estupro de vulnerável no Código Penal, resta claro que houve intenção do legislador de afastar a possibilidade de se relativizar a presunção de violência que vinha sendo intensamente utilizada pelos tribunais pátrios. Para os doutrinadores e juristas favoráveis à relativização da presunção de violência, agora denominada vulnerabilidade, resultou-se inútil a tentativa de acabar com os debates doutrinários e jurisprudenciais acerca desse instituto, pois, conforme Nucci (2014, p. 113), o

fato da presunção de violência ter sido inserida na figura da vulnerabilidade, faz com que esta última também possa ser relativa ou absoluta. O autor ainda afirma que:

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continua a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não torna sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência.

Acredita-se que a nova figura da presunção de vulnerabilidade possui tanto natureza absoluta quanto relativa, dessa forma, é necessário que se faça uma diferenciação entre essas duas teorias. Na presunção de vulnerabilidade absoluta presume-se que todo menor de quatorze anos não possui discernimento satisfatório para a prática de ato sexual, derivando-se essa insuficiência do seu pouco desenvolvimento corporal e psicológico. Assim como na antiga presunção de violência absoluta, nessa teoria não se admite provas em contrário, materializando-se o crime mesmo com a existência de consentimento do menor.

Já na presunção de vulnerabilidade relativa, cabe ao juiz competente analisar as circunstâncias presentes no caso concreto, tais como o consentimento da vítima, se esta possui aparência física incompatível com a aceitável para alguém da sua idade, se esta já havia mantido relações sexuais com outras pessoas etc. Nesta corrente, assim como na presunção de violência relativa, são admitidas provas em contrário, ou seja, o acusado poderá provar que a vítima consentiu com o ato e que esta possuía capacidade psicológica suficiente para tal consentimento.

Nucci (2014, p. 114-116) e Martinelli (2012) se posicionam favoravelmente à relativização da vulnerabilidade, especificamente nos casos em que figuram como sujeito passivo menores com idade superior a 12 anos e inferior a 14 anos. Em relação à substituição da presunção de violência feita pela vulnerabilidade, Bitencourt (2015, p. 102) declara que o legislador tentou de maneira dissimulada “estancar a orientação jurisprudencial que ganhava corpo no Supremo Tribunal Federal sobre a relatividade da presunção de violência”, que estava compreendida no antigo artigo 224.

Com o fim de resolver a contenda acerca da figura da vulnerabilidade, alguns doutrinadores e juristas favoráveis à relativização desse instituto, veem como necessária a equiparação do disposto no Código Penal com o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que em seu artigo 2º prevê que será considerada como criança a pessoa que tem até doze anos de idade incompletos e como adolescente a pessoa que tem entre doze e dezoito anos de idade.

Desse modo, alguns operadores jurídicos, como Franco *et al* (2011, p. 502), Nucci (2010, p. 928) e Martinelli (2012), entendem como importante a eliminação da idade de 14 anos do tipo penal de estupro de vulnerável, para que sejam equiparadas a legislação penal e a legislação criada propriamente para a proteção das crianças e adolescentes, a qual possui o entendimento de que indivíduos de 12 anos já possuem um certo discernimento acerca de seus atos e suas consequências.

Diferentemente do que pensam os autores supracitados, Greco (2014, p. 540) entende que a criação do artigo que versa sobre o delito de estupro de vulnerável pôs fim à discussão que assolava o ordenamento jurídico penal pátrio. Para esse doutrinador, com o advento do artigo 217-A do Código Penal os Tribunais não poderão julgar de forma relativa os casos em que o ofendido do ato sexual for menor de 14 anos, pois teria o legislador firmado no novo tipo penal o entendimento de que a nova figura da vulnerabilidade nesses casos seria absoluta, não cabendo provas em contrário.

Desta mesma forma entende Laranjeira (2012), que afirma que o crime de estupro de vulnerável possui caráter objetivo, ou seja, a presunção de vulnerabilidade é absoluta, não sendo permitida a análise do caso e não se admitindo prova em contrário. Essa determinação de que a vulnerabilidade é absoluta, foi a saída que o legislador encontrou para que se esgotassem as discussões jurídicas acerca desse tema, mas como já exposto anteriormente, esse objetivo não foi alcançado.

Nos posicionamos favoráveis ao entendimento de que o surgimento do art. 217-A do CP pôs fim à discricionariedade do operador de Direito em decidir se o caso em análise carrega uma presunção de vulnerabilidade relativa ou absoluta, tornando assim definitivo o caráter absoluto da vulnerabilidade. Para maior esclarecimento, traz-se um trecho do que o legislador transcreveu na Justificação do projeto de lei que levou à criação do artigo 217-A no CP, expondo o seu entendimento de que a natureza do instituto em estudo é absoluta:

Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.

Conclui-se com a leitura desse fragmento da Justificação do projeto de lei, que passou a ser a presunção de vulnerabilidade absoluta a espécie de vulnerabilidade que deverá guiar os operadores de Direito ao julgarem casos concretos nos quais figuram o crime de Estupro de Vulnerável, especialmente aqueles em que a vítima contar com idade inferior a 14 anos. Todavia, mesmo com essa determinação dada com a criação do art. 217-A do CP, viu-se que não foi sepultada a discussão sobre as espécies de vulnerabilidade, sendo ainda motivo de longos debates entre doutrinadores e juristas.

Antes de concluir a análise do histórico do crime de Estupro de Vulnerável e sua introdução na Legislação Penal Brasileira, é necessário compreender que este crime foi criado com o fim de se não acabar, ao menos diminuir o número de casos de violência sexual contra crianças e adolescentes, como também pôr um fim na impunidade dos criminosos sexuais e dar maior proteção aos indivíduos vulneráveis. O crime de Estupro de Vulnerável foi criado com a Lei nº 12.015 de 2009 e extinguiu a antiga presunção de violência que era motivo de intenso debate no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar da discussão continuar existindo em torno da agora denominada presunção de vulnerabilidade, foi determinado entendimento de que esta vulnerabilidade deverá ser sempre absoluta nos casos concretos em que são vítimas de estupro os menores de 14 anos, protegendo-se assim a dignidade humana e sexual dessas pessoas.

Conclusão

O crime de Estupro de Vulnerável foi inserido no Código Penal Brasileiro por meio do artigo 217-A, que por sua vez foi criado pela Lei nº 12.015 de 2009 que tinha como objetivo modificar o Título VI do Código Penal que trata dos crimes sexuais. A criação da Lei nº 12.015/09 teve como principais motivações a adequação dos crimes sexuais à realidade existente, aumentar a rigorosidade do Judiciário em relação aos criminosos sexuais e dar maior proteção a dignidade humana e sexual dos indivíduos vulneráveis, das mulheres, dos idosos etc.

O crime de Estupro de Vulnerável tem como bem a ser tutelado a dignidade humana e sexual das pessoas vulneráveis, que são os menores de 14 anos, as pessoas enfermas ou deficientes mentais que não possuem o necessário discernimento para praticar um ato sexual ou pessoas que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência ao ato

praticado.

Um dos maiores motivos que levaram o legislador a criar esse tipo penal foi a polêmica em que se envolvia a presunção de violência prevista no revogado artigo 224 do CP, em que doutrinadores e demais operadores do Direito discutiam qual o tipo de presunção de violência deveria ser adotado quando os crimes sexuais fossem praticados contra menores de 14 anos, especialmente quando o adolescente tivesse mais de 12 anos, se tal presunção seria absoluta ou relativa.

Como demonstrado no decorrer da pesquisa, essa discussão não foi extinta com a criação do artigo 217-A, persistindo ainda em nosso ordenamento jurídico a dúvida sobre qual presunção de vulnerabilidade deve ser adotada nos casos concretos em que menores de 14 anos praticam conjunção carnal ou ato libidinoso com outro indivíduo.

Parte dos doutrinadores e o próprio legislador afirmam que a vulnerabilidade estabelecida pelo artigo 217-A é absoluta, devendo o julgador ao analisar o caso concreto não levar em conta questões como consentimento da vítima, anterior relação sexual praticada pela mesma, etc. Apesar disso, muitos dos casos concretos julgados recebem decisões em que a vulnerabilidade levada em conta é a relativa, sendo os réus absolvidos porque a vítima menor de 14 anos consentiu com o ato sexual ou não era virgem mais à época dos fatos.

Buscou-se com a presente pesquisa desenvolver maior conhecimento sobre o tema e emitir maiores informações para a sociedade e demais acadêmicos de Direito. Pretende-se com este trabalho contribuir com possíveis informações na busca de uma solução para a polêmica em que se envolve a vulnerabilidade dos menores de 14 anos e maiores de 12 anos, adotando-se a vulnerabilidade absoluta sempre que possível e protegendo as pessoas vulneráveis de indivíduos que se aproveitam de seu estado para satisfazerem suas vontades sem se importar com as consequências que estas acarretam nas vidas das crianças e adolescentes.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal* - parte especial, v. 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890*. Código Penal dos Estados Unidos do

Brazil. Disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____. *Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____. *Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. *Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

_____. *Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____. *Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____. *Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009*. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 18 ago. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal* – v. 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CERA, Denise Cristina Mantovani. *O que se entende pelo princípio da adequação social?* 28 dez. 2011. LFG. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100414191800877>. Acesso em: 01 abr. 2017.

CONDÉ, Teófilo Tavares Ducarmo. *Estupro de Vulnerável: relativização da vulnerabilidade do maior de doze anos*. 52 f. Monografia. Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Barbacena - FADI. (Graduação). Barbacena, 2012. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-74b4f5118c3951acd24058e0dc8bbbbb.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

COSTA, Larissa Spautz da; CARVALHO, Maria Cristina Neiva; WENTZEL, Tiago Rafael. Intervenção psicológica focal em adolescentes autores de ato infracional. *Ciênc. cogn.*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 130-146, jul. 2009. Disponível em

Revista Jurídica, v. 16, n. 2 (2017): Julho - Dezembro, Anápolis/GO, UniEVANGÉLICA
<http://revistas.unievangelica.edu.br> - v.16, n.2, jul.-dez. 2017 • p. 79-104 - ISSN 2236-5788

<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-58212009000200010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 set. 2017.

FARIAS, Vanessa de Souza. Estupro de vulnerável e direito à autodeterminação sexual do menor. In: *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4007, 21 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29641/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-o-direito-a-autodeterminacao-sexual-do-menor>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Camilla de Magalhães. *Pedofilia e estupro de vulnerável: delimitando conceitos*. In: Blogueiras Feministas, 24 mai. 2012. Disponível em: <<http://blogueirasfeministas.com/2012/05/pedofilia-e-estupro-de-vulneravel-delimitando-conceitos/>>. Acesso em: 12 out. 2016.

GOMES, Tainã Silva. *Presunção de Violência do Artigo 217-A do Código Penal possui Natureza Absoluta ou Relativa?* 2014. Disponível em: <http://tainasilvagomes.jusbrasil.com.br/artigos/168855963/presuncao-de-violencia-do-artigo-217-a-do-codigo-penal-possui-natureza-absoluta-ou-relativa?ref=topic_feed>. Acesso em: 02 out. 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I*. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014.

_____. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III*. 11 ed. Niterói: Impetus, 2014.

GUIMARÃES, Juliana Vianna. *Adequação social como limite à incriminação nos crimes sexuais: da presunção de violência ao estupro de vulneráveis*. 75 f. Monografia. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. (Graduação). Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videteca/monografia/Monografia_pdf/2013/JulianaViannaGuimaraes_Monografia.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2017.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LADEIRA, Mariana de Souza. *Estupro de Vulnerável*. ViaJus. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4283&idAreaSel=4&seeArt=yes>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

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: 20 set. 2016.

LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra; SOUSA, Sônia M. Gomes (Org.). *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*. São Paulo: Casa do Psicólogo; Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2004.

LIMA, Mayara. *A doutrina da proteção integral e os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse*. 2016. Disponível em: <<https://mayaralima05.jusbrasil.com.br/artigos/306261323/a-doutrina-da-protecao-integral-e-os-principios-da-prioridade-absoluta-e-do-melhor-interesse>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Relativização da presunção de vulnerabilidade no estupro de vulnerável*. 2012. Disponível em: <<http://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/121938067/relativizacao-da-presuncao-de-vulnerabilidade-no-estupro-de-vulneravel>>. Acesso em: 20 out. 2016.

MORELLI, Daniel Nobre. *Teoria Geral da Prova no Processo Civil*. 04 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1390/Teoria-Geral-da-Prova-no-Processo-Civil>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Manual de Direito Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Dalva Lelis de; VOLPE, Luiz Fernando Cassilhas; CUISSI, Luis Augusto. Os delitos de Estupro e Estupro de Vulnerável e a possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do art. 217-A do Código Penal pátrio. In: *JUDICARE*, Alta Floresta, v. 3, n. 3, 3 jun. 2012. Disponível em: <judicare.com.br/index.php/judicare/article/download/46/145>. Acesso em: 11 out. 2016.

OLIVEIRA, Gisele Graciano de; BARRETO, Maria de Lourdes Mattos et al. Estupro de vulnerável e presunção de violência. In: *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4115, 7 out. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29758>>. Acesso em: 6 out. 2016.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. *Estupro de vulnerável: absolvição do agente*. 2011. Disponível em: <<http://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823118/estupro-de-vulneravel-absolvicao-do-agente>>. Acesso em: 6 out 2016.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães. *Absoluta ou relativa: como o STF interpreta a presunção de violência*. 70 f. Monografia. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. (Graduação). São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/209_Ana%20Beatriz%20Passos%20-%20Versao%20Final%2018%2007%2013.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. São Paulo: Método, 2011.

PIETRAFESA, José Paulo; BORBA, Odiones de Fátima (orgs.). *Redação Científica: orientações e normas*. 2 ed. Anápolis: Associação Educativa Evangélica, 2016.

RAMOS, Diego da Silva. *O princípio da proporcionalidade*. 02 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5865/O-principio-da-proporcionalidade>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

RIBEIRO, Fábio José Pereira. *A relação sexual consentida com a adolescente menor de 14 anos*. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/FaBioJosePereiraRibeiro.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2017.

RODRIGUES, Júlia de Arruda; CARDOSO, Larissa Ataíde et al. O novo tipo penal estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica. In: *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2338, 25 nov.2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13908>>. Acesso em: 8 out. 2016.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente: comentado artigo por artigo*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. Proporcionalidade, razoabilidade e Direito Penal. In: *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 340, 12 jun. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5328/proporcionalidade-razoabilidade-e-direito-penal>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

TEODORO, Rafael Theodor. Presunção absoluta de violência no crime de estupro de vulnerável. In: *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4468, 25 set. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42590>>. Acesso em: 06 out. 2016.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>. Acesso em: 24 mar. 2017.