



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

MARCOS HENRIQUE DE SOUSA MARQUES

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: DISCUSSÃO ACERCA DA VULNERABILIDADE
ABSOLUTA DO MENOR DE QUATORZE ANOS**

SOUSA
2019

MARCOS HENRIQUE DE SOUSA MARQUES

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: DISCUSSÃO ACERCA DA VULNERABILIDADE
ABSOLUTA DO MENOR DE QUATORZE ANOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito para Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Cecília Paranhos Santos Marcelino

SOUSA

2019

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

M357e Marques, Marcos Henrique de Sousa.
Estupro de vulnerável: discussão acerca da vulnerabilidade absoluta do menor de quatorze anos / Marcos Henrique de Sousa Marques. - Sousa: [s.n], 2019.

54 fl.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2019.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Cecilia Paranhos Santos Marcelino.

1. Estupro de Vulnerável. 2. Sexualidade de Criança e Adolescente. 3. Violência Contra Menores de Quatorze Anos. 4. I. Título.

MARCOS HENRIQUE DE SOUSA MARQUES

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: DISCUSSÃO ACERCA DA VULNERABILIDADE
ABSOLUTA DO MENOR DE QUATORZE ANOS**

Aprovado em: 10 de junho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Cecília Paranhos Santos Marcelino
Orientadora

Prof. Pós-Dr. Iranilton Trajano da Silva
Membro da Banca

Prof.^a Esp. Vanessa Érica da Silva Santos
Membro da Banca

RESUMO

É sabido que a sociedade está sempre passando por transformações no âmbito político, econômico e cultural, transformações estas que possuem reflexos no âmbito da sexualidade, notadamente da sexualidade de crianças e adolescentes, os quais se desenvolvem cada vez mais rápido e iniciam a vida sexual cada vez mais cedo. Desde a época da promulgação do Código Penal, já se discutia se o consentimento do menor deveria ser considerado legítimo para práticas sexuais. A partir da edição da Lei nº. 12.015/2009, o legislador buscou encerrar as discussões acerca do tema, criando a figura do estupro de vulnerável e estabelecendo a vulnerabilidade absoluta do menor de quatorze anos. No entanto, permanece a discussão mesmo após as alterações advindas com a Lei nº 12.015/2009: se antes se discutia se a presunção de violência era absoluta ou relativa nos crimes sexuais contra menores de quatorze anos, agora se discute se a vulnerabilidade dos menores nesses casos é absoluta ou relativa. Sob esse enfoque, questiona-se: a vulnerabilidade dos menores de quatorze anos prevista no crime de estupro de vulnerável tem natureza absoluta ou relativa? A luz da proteção integral, o presente estudo tem como objetivo geral analisar os aspectos polêmicos do crime de estupro de vulnerável, com enfoque na análise da vulnerabilidade do menor de quatorze anos, de modo a identificar se esta é absoluta ou relativa. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo para compreender a natureza da presunção de vulnerabilidade do menor nos crimes de estupro de vulnerável. Enquanto procedimento, foi utilizado o método histórico, para apresentar a evolução histórica da figura típica do crime de estupro de vulnerável, e o método interpretativo para compreender a adoção da teoria mais adequada à realidade jurídica social brasileira. A revisão bibliográfica e documental foram as técnicas de pesquisa utilizadas, de modo construir o referencial teórico a partir de doutrinas, jurisprudências, revistas e artigos especializados na temática.

Palavras-chave: Crime contra a dignidade sexual, estupro de vulnerável, proteção integral.

ABSTRACT

It is well known that society is always undergoing transformations in the political, economic and cultural spheres, which have repercussions in the sphere of sexuality, especially sexuality of children and adolescents, which develop faster and start each sex life time. From the time of the enactment of the Penal Code, it was already discussed whether the consent of the minor should be considered legitimate for sexual practices. As of the edition of Law no. 12.015/2009, the legislator sought to close the discussions about the subject, creating the figure of the rape of vulnerable and establishing the absolute vulnerability of the under fourteen. However, there remains the discussion even after the changes that occurred with Law 12.015 / 2009: if it was previously discussed whether the presumption of violence was absolute or relative in sexual crimes against children under fourteen, it is now discussed whether the vulnerability of minors in these absolute or relative. Under this approach, it is questioned: is the vulnerability of children under fourteen predicted in the crime of rape of vulnerable is absolute or relative? In the light of full protection, the present study aims to analyze the controversial aspects of the crime of rape of vulnerable, focusing on the analysis of the vulnerability of children under fourteen, in order to identify whether this is absolute or relative. For this purpose, the deductive method was used to understand the nature of the presumption of vulnerability of the minor in the crimes of rape of vulnerable. As a procedure, the historical method was used to present the historical evolution of the typical figure of the crime of rape of vulnerable, and the interpretive method to understand the adoption of the theory most appropriate to the Brazilian social juridical reality. The bibliographic and documentary revision were the research techniques used, in order to build the theoretical referential from doctrines, jurisprudence, journals and specialized articles on the subject.

Keywords: Crime against sexual dignity, rape of vulnerable, integral protection.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 ESTUPRO DE VULNERÁVEL: CONTEXTUALIZAÇÃO E TIPIFICAÇÃO	9
2.1 SURGIMENTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS.....	10
2.2 TRATAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DA PROTEÇÃO AO MENOR E SUA SEXUALIDADE ANTES DA LEI Nº 12.015/2009.....	13
2.3 MODIFICAÇÕES ADVINDAS COM A LEI Nº 12.015/2009 EM RELAÇÃO AOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	16
3 O MENOR DE QUATORZE ANOS E A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL	23
3.1 VULNERABILIDADE DO MENOR DE QUATORZE ANOS.....	25
3.2 PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ABSOLUTA X RELATIVA	29
3.2.1 Argumentos Favoráveis à Teoria da Vulnerabilidade Absoluta	30
3.2.2 Argumentos Favoráveis à Teoria da Vulnerabilidade Relativa	32
3.3 ESTRUTURA TÍPICA DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	34
4 DESAFIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL FRENTE AO ESTUPRO DE VULNERÁVEIS	37
4.1 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A PROTEÇÃO AOS VULNERÁVEIS	38
4.2 PERSPECTIVAS PRÁTICAS DA PROTEÇÃO AO VULNERÁVEL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	41
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira, assim como o restante do mundo, constantemente passa por mudanças de cunho político, econômico e principalmente cultural, visto que os costumes e valores que imperam no seio social vão se transformando a cada dia. Tais alterações também são refletidas no âmbito da sexualidade, notadamente da sexualidade de crianças e adolescentes, visto que estes se desenvolvem cada vez mais rápido e, conseqüentemente, iniciam a vida sexual cada vez mais cedo.

Nessa perspectiva, a questão da sexualidade infanto-juvenil sempre foi um tema que instigou os operadores do Direito, seja porque envolve uma tensão entre direitos fundamentais, exigindo uma ponderação entre esses direitos, seja porque a sexualidade ainda é assunto deveras controverso, principalmente quando envolve menores de idade.

Durante muito tempo, doutrina e jurisprudência discutiam acerca da presunção de violência contida no enunciado do revogado artigo 224 do Código Penal. A partir da leitura do referido dispositivo penal, presumir-se-ia a violência sempre que a vítima fosse menor de 14 anos; alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; ou não podia, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Diante disso, a grande questão que gerava inquietação no mundo jurídico-penal consistia na natureza dessa presunção, ou seja, se esta seria absoluta ou relativa. Isto porque a redação do revogado art. 224 do Código Penal abria margem para intensos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da possibilidade de relativização da presunção de violência contra o menor de quatorze anos nos crimes sexuais.

Visando acabar com os debates acerca da referida presunção de violência, em 7 de agosto de 2009 foi promulgada a Lei nº 12.015/2009, que deu nova redação aos crimes contra a dignidade sexual. A Lei nº 12.015/2009 alterou a nomenclatura do Título VI do Código Penal, procedendo a substituição do termo “crimes contra os costumes” por “crimes contra a dignidade sexual”, com vistas a adaptar a legislação penal à nova realidade social oriunda do desenvolvimento das relações interpessoais e ao próprio regramento constitucional.

Com a elaboração da Lei nº. 12.015, em 2009, o legislador buscou encerrar as discussões acerca do tema, introduzindo no Código Penal a figura do estupro de

vulnerável, estabelecendo, desse modo, a vulnerabilidade absoluta do menor de quatorze anos. A nova legislação aboliu a questão da presunção de violência, fazendo emergir o conceito de “vulnerabilidade”.

No entanto, a discussão que pairava sobre o antigo art. 224 do Código Penal permaneceu mesmo após as alterações advindas com a Lei nº 12.015/2009: se antes se discutia se a presunção de violência era absoluta ou relativa nos crimes sexuais contra menores de quatorze anos, agora se discute se a vulnerabilidade dos menores nesses casos é absoluta ou relativa.

Diante dessa celeuma, o presente estudo parte da seguinte problemática: a vulnerabilidade dos menores de quatorze anos prevista no crime de estupro de vulnerável, a luz da proteção integral, tem natureza absoluta ou relativa?

A presente pesquisa se justifica diante da necessidade de compreender a questão da presunção de vulnerabilidade do menor de quatorze anos nos crimes de estupro de vulneráveis, tendo em vista que grandes são as discussões, questionamentos e dúvidas que circundam a temática, não só na sociedade em si, mas principalmente por parte de doutrinadores e jurisprudências, gerando, não raramente, decisões judiciais conflitantes para casos idênticos.

Partindo dessa premissa, o presente estudo tem como objetivo geral analisar os aspectos polêmicos do crime de estupro de vulnerável, com ênfase na análise da vulnerabilidade do menor de quatorze anos, de modo a identificar sua natureza – se absoluta ou relativa.

Como objetivos específicos, buscar-se-á apontar as modificações, benefícios e /ou malefícios advindos com o art. 217-A do Código Penal em vigor; destacar as mudanças efetivadas nos crimes contra a dignidade sexual em relação a criação do crime de estupro de vulnerável; e analisar a vulnerabilidade do menor de quatorze anos no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, se utilizará o método dedutivo para compreender a natureza da presunção de vulnerabilidade do menor nos crimes de estupro de vulnerável. Enquanto procedimento, será utilizado o método histórico, para apresentar a evolução histórica da figura típica do crime de estupro de vulnerável, e o método interpretativo para compreender a adoção da teoria mais adequada à realidade jurídica social brasileira. A revisão bibliográfica e documental serão as técnicas de pesquisa utilizadas, de modo construir o referencial teórico a partir de doutrinas, jurisprudências, revistas e artigos especializados na temática.

No primeiro capítulo será feita uma contextualização histórica da figura típica do delito de estupro de vulnerável, analisando a presunção de violência, seu surgimento e aplicação no Brasil, bem como as modificações inseridas pela Lei nº 12.015/2009 no Código Penal brasileiro.

No segundo capítulo proceder-se-á com a análise do crime de estupro de vulnerável, abordando de forma ampla a vulnerabilidade e o consentimento do menor, e o erro de tipo como excludente de tipicidade, dando maior ênfase aos menores de quatorze anos.

Por último, no terceiro capítulo, será tratado dos desafios da proteção integral dos menores de quatorze anos frente ao estupro de vulneráveis, abordando a doutrina da proteção integral e as perspectivas práticas da proteção ao menor de quatorze anos no ordenamento jurídico brasileiro.

2 ESTUPRO DE VULNERÁVEL: CONTEXTUALIZAÇÃO E TIPIFICAÇÃO

No contexto histórico do ordenamento jurídico brasileiro, não são raros os casos em que a comunidade jurídica e a sociedade como um todo foram surpreendidos por decisões judiciais que absolveram acusados de praticar crimes sexuais contra crianças e adolescentes sob o argumento de que, a partir do quadro fático, poderia ser extraído algum indício de consentimento da vítima, mesmo aquelas de mais tenra idade.

Casos estes nos quais a questão moral da vítima foi debatida, sopesando os atos do agente que praticou o crime diante da “moral sexual” da vítima, analisando seu comportamento prévio e seu possível amadurecimento sexual, de modo a caracterizar uma ausência de vulnerabilidade e uma aptidão para o consentimento do ato sexual.

Tais decisões eram fundamentadas no antigo art. 224 do Código Penal, que autorizava, ao menos para parte da doutrina e da jurisprudência, a relativização da presunção de inocência, permitindo que em determinados casos concretos o comportamento ou consentimento da vítima de estupro fosse levado em consideração para fundamentar a absolvição do acusado de praticar o delito.

Nesse contexto de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da vulnerabilidade dos menores de quatorze anos, a Lei nº 12.015/2009 foi editada com o objetivo de criar, alterar e revogar diversos crimes do Código Penal que diziam respeito às condutas tipificadas no antigo Título VI, que era intitulado “Dos crimes contra os costumes”, agora passando a ser denominado “Dos crimes contra a dignidade sexual”, inserindo no Código Penal, por meio do art. 217-A, o delito de estupro de vulnerável.

No entanto, apesar dessa modificação, implementada pela Lei nº 12.015/2009, ter eliminado a terminologia relativa à presunção de violência, ainda persiste o debate acerca da possibilidade de se afastar a aplicação do art. 217-A em determinados casos concretos.

Diante disso, necessário se faz, de início, apresentar a contextualização histórica da figura típica do delito de estupro de vulnerável, analisando a presunção de violência, seu surgimento e aplicação no Brasil, bem como as modificações inseridas pela Lei nº 12.015/2009 no Código Penal brasileiro.

2.1 SURGIMENTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS

A fundamentação teórica da figura da presunção de violência, conforme Prado (2014), tem sua gênese no Direito Romano com base nas passagens do *Digesto*, documento que representava a mais importante compilação jurídica da época, reunindo decisões dos juristas romanos, configurando-se como uma espécie de repositório oficial de jurisprudência do Império Romano.

Naquela época, o princípio *Qui velle non potuit, ergo nolui* – “quem não pode querer, não quer, quem não pode consentir, dissente” – passou a ser aplicado em relação aos crimes sexuais, resultando na compreensão de que não sendo a vítima maior de determinada idade para que tivesse reconhecido válido seu consentimento, haveria a presunção de que o ato sexual com ela praticado não teria sido por ela consentido, tendo em vista que esta sequer teria capacidade para tanto (SILVA, 2014).

No Brasil, a presunção de violência relativa aos crimes sexuais já revelava suas feições, de certo modo, durante o período colonial, em que vigorava o Direito Lusitano no território nacional. À época, era aplicado o livro V das Ordenações Filipinas, que tipificava, entre suas disposições, o delito “Dos que dormem com mulheres órfãs, ou menores que estão a seu cargo” (SILVA, 2014).

Conforme Martins (2012), antes do Código Criminal do Império de 1830, o direito penal brasileiro consubstanciava-se na aplicação efetiva da legislação estrangeira, que imperava no território nacional até então. Tratavam-se dos 143 Títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, também denominadas de Código Filipino. Em que pese nas Ordenações Filipinas não tivesse sido utilizado o termo “estupro”, nos seus títulos já havia previsão legal para a conduta delitativa de praticar conjunção carnal “per força”, que era punida com a pena de morte, mesmo que o autor se casasse com a vítima.

Percebe-se que nessa época, apesar de não fazer menção expressa à presunção de violência, a legislação já adotava o critério etário, a partir do qual o consentimento do indivíduo no campo da autodeterminação da liberdade sexual era considerado inválido (PIERANGELLI, 2011).

A partir da proclamação da Independência e com a promulgação da Constituição do Império do Brasil, o direito penal brasileiro da época sofreu mudanças significativas, cabendo destacar que o art. 179, inciso XVIII, da

Constituição de 1824 determinou a urgente e necessária elaboração de um Código Criminal “fundado nas solidas bases da Justiça, e equidade” (MARTINS, 2012).

Promulgado no ano de 1830, o Código Criminal do Império do Brasil foi o primeiro diploma normativo a adotar a rubrica “estupro” para caracterizar um delito, muito embora tal denominação não representasse tão somente esse crime em si, isto é, a conjunção carnal forçada, mas também outros delitos de conotação sexual, motivo que fez a doutrina da época repudiar essa técnica redacional utilizada (MARTINS, 2012).

A presunção de violência só veio a ganhar contornos mais bem definidos após a proclamação da República, com a superveniência do Código Penal de 1890. Nesse diploma normativo havia a previsão expressa, pela primeira vez na legislação do país, da figura da presunção de violência, conforme estabelecia o art. 272, que tinha a seguinte redação: “Art. 272. Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos” (PIERANGELLI, 2011).

Ocorre que o Código Penal de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, que o tornava atrasado em relação à ciência de seu tempo, sendo este alvo de diversas críticas acompanhadas de novos estudos que tinham como objetivo a substituição do referido diploma normativo. Os equívocos e deficiências do código republicano acabaram transformando-o em verdadeira “colcha de retalhos”, em virtude da grande quantidade de leis extravagantes que eram utilizadas para complementá-lo (MARTINS, 2012).

No entanto, apesar das críticas que à época foram feitas ao Código Penal de 1890, deve-se reconhecer que, em relação ao crime de estupro, o referido código representou um grande marco na seara do direito penal brasileiro, pois foi a partir dele que a denominação “estupro” foi consagrada e restrita à prática da conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça (MARTINS, 2012).

Posteriormente, já durante o Estado Novo, mais precisamente no ano de 1937, foi apresentado um anteprojeto de Código Criminal Brasileiro, o qual fora apreciado por uma comissão revisora e acabou sendo sancionado por decreto em dezembro de 1940 como Código Penal, passando a vigorar até os dias atuais, embora este diploma tenha sofrido diversas alterações ao longo de sua vigência (PIERANGELLI, 2011).

A redação inicial do anteprojeto do Código Penal de 1940 previa, em seu art. 293, a presunção de violência da seguinte forma:

Presumir-se-á a violência, não se admitindo prova em contrário, quando a vítima de qualquer dos crimes definidos nos dois capítulos precedentes:

I- fôr menor de 16 anos;

II- tiver mais de 16 e menos de 18 anos, e for descendente ou tutelada do agente ou estiver sujeita à autoridade, guarda, cuidado ou vigilância dele, por motivo de educação, tratamento, emprego ou custódia;

III- encontra-se em estado de alienação mental, ou de inconsciência, ou de inferioridade física ou psíquica, provocado ou não pelo agente, que lhe impossibilite ou enfraqueça a resistência.

§ Parágrafo único: não haverá, todavia, presunção absoluta de violência:

I- nos casos dos números I e II do § 1º, se a vítima fôr mulher pública;

II- no caso do nº III, se o agente não conhecer, nem tiver motivo para conhecer o estado da vítima.

Percebe-se que a redação inicial proposta pelo anteprojeto já admitia a relativização da presunção de violência nos crimes sexuais, ao tentar estabelecer que a presunção não seria absoluta em casos de crimes cometidos contra “mulheres públicas”, denominação que anteriormente era dada às prostitutas, e nos casos de crimes cometidos quando o agente não tinha conhecimento do estado de debilidade mental ou inconsciência da vítima. No entanto, essa redação inicial do anteprojeto sofreu diversas modificações até a promulgação do Código Penal em dezembro de 1940.

O crime de estupro no Código Penal de 1940 surgiu inserido no Título VI, Capítulo I, tipificado no art. 213, que possuía a seguinte redação original: “Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de três a oito anos”.

A primeira alteração realizada no tipo penal do estupro aconteceu em 13 de julho de 1990, promovida por meio da Lei Federal nº 8.069, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, que inseriu um parágrafo único no art. 213, passando a prescrever que: “Art. 213. (...) Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos: Pena – reclusão, de quatro a dez anos”.

Posteriormente, a Lei Federal nº 8.072, de 25 de julho de 1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, alterou o preceito secundário do *caput* do art. 213,

dando-lhe a seguinte redação: “Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de seis a dez anos”.

Ainda, a Lei Federal nº 9.281, de 4 de junho de 1996, revogou de forma expressa o parágrafo único do art. 213 e o parágrafo único do art. 214 do Código Penal. A partir de então, distinguia-se claramente no referido código os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, ambos considerados crimes contra os costumes, particularmente, crimes contra a liberdade sexual, dispostos, respectivamente, nos artigos 213 e 214 (PIERANGELLI, 2011).

Vale ressaltar que havia, ainda, previsão legal de duas qualificadoras: violência com resultado lesão corporal de natureza grave e violência com resultado morte (artigo 223, *caput* e parágrafo único) e da chamada presunção de violência nesses delitos sexuais, contida no art. 224 do Código Penal. O regramento penal do delito de estupro permaneceu dessa forma até o advento da Lei nº 12.015, em 7 de agosto de 2009 (MARTINS, 2012).

2.2 TRATAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DA PROTEÇÃO AO MENOR E SUA SEXUALIDADE ANTES DA LEI Nº 12.015/2009

As constantes evoluções da sociedade fazem com que o Direito sempre esteja em atraso em relação ao contexto social, gerando uma corrida em que o legislador busca atualizar as normas de modo a acompanhar e moldar os ditames legais a essas mutações sociais. Essas alterações são efetivadas com o objetivo de adequar a sociedade contemporânea ao ordenamento jurídico, notadamente no que se refere à lesividade dos bens penalmente relevantes (CAPEZ, 2012).

Nesse contexto, diante da mutação social trazida no decorrer dos anos, que retrata um mundo contemporâneo com diferentes valores éticos, morais, sociais, houve a necessidade de adequar a legislação penal brasileira ao princípio constitucional que tutela a personalidade do ser humano, principalmente quanto aos crimes concernentes à liberdade sexual, que até então se referiam aos costumes antes da alteração desencadeada pela Lei nº 12.015/2009, ou seja, os hábitos sexuais das pessoas eram ditados por antigos padrões sociais (GRECO, 2015).

No que se refere à proteção do menor, no ano de 1927 foi editado no Brasil o Decreto nº 17.943-A, denominado Código de Menores, que representou um marco

significativo da legislação relativa aos menores e se tornou o primeiro documento desse tipo a vigorar na América Latina, o qual trazia uma compilação de leis e decretos que desde o ano de 1902 objetivavam criar mecanismos legais de amparo ao menor de idade (PIERANGELLI, 2011).

No entanto, em que pese ser uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere à proteção do menor, o Código de Menores apresentava um forte caráter assistencialista, protecionista e controlador, consistindo num verdadeiro mecanismo de intervenção sobre a população pobre (CASTRO E SILVA, 2015).

Já no Código Penal brasileiro de 1940, os crimes contra os menores encontravam-se prescritos no Capítulo “Da Sedução e da Corrupção de Menores”. Antes da promulgação da Lei nº 12.015/2009, existia, concomitantemente, aos tipos acima descritos, a denominada presunção de violência, especificada no antigo art. 224, *caput*, do Código Penal.

Posteriormente à edição do Código Penal de 1940, foi promulgada a Lei nº 6.697 de 1979, que instituiu o novo Código de Menores no Brasil. O objetivo do referido diploma, conforme Castro e Silva (2015), era prestar assistência às crianças que viviam afastadas das condições ideais de vivência, as quais estavam expostas permanentemente aos maus tratos, castigos desmedidos e condições inadequadas à sua formação física, moral e emocional. O diploma normativo buscava, desse modo, privilegiar a assistência, a proteção e a vigilância de menores com idade até dezoito anos ou, em alguns casos, até 21 anos de idade, que se encontravam em situação sócio-educacional irregular ou de risco.

No entanto, sendo fundamentado pelo que se conceitua como Doutrina da Situação Irregular, o Código de Menores de 1979 foi conduzido a um tipo específico de criança e adolescente, a um grupo particularizado, delinquente ou infrator, e não a totalidade de menores que deveria ser amparada e ter seus direitos assegurados (CASTRO E SILVA, 2015).

Foi somente a partir do ano de 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, que as crianças e os adolescentes passaram a ser tratados como sujeitos de direitos, em virtude da Carta Magna ter privilegiado a dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico brasileiro (PIERANGELLI, 2011).

Sendo resultado de um processo histórico evolutivo do país, a Constituição Federal de 1988 instituiu no Brasil um Estado Democrático de Direito, instituindo

diversos direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos, dispensando, ainda, de forma inovadora, especial atenção às crianças e aos adolescentes brasileiros, conferindo-lhes direitos essenciais que até então não lhes eram dispensados, notadamente em relação à proteção contra abusos e exploração sexual de menores. Nesse contexto, nos termos do *caput* do art. 227 e seu respectivo § 4º da Carta Magna de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Conforme entendimento de Castro e Silva (2015), foi a primeira vez que a dignidade sexual da criança e do adolescente passou a ser resguardada de forma explícita por uma constituição no país. A família ganhou destaque, passando a ser tida como uma entidade essencial para o desenvolvimento social e, juntamente com ela, as crianças e adolescentes passaram a ter assegurados seus direitos básicos e tornaram-se sujeitos de direitos, sendo compreendidos como verdadeiros cidadãos.

A Constituição Federal de 1988, nesse sentido, obrigou que o Estado brasileiro adotasse políticas públicas voltadas à proteção da criança e do adolescente, de modo a criar uma ação conjunta com a família, com a sociedade e o Estado, objetivando dar especial atenção a essa fase de desenvolvimento humano, visto que os menores são sujeitos que requerem proteções específicas, necessitando, portanto, atenção prioritária no que lhes diz respeito.

Posteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, foi editada a Lei nº 8.069, em 13 de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a qual revogou o Código de Menores de 1979 e a arcaica Doutrina da Situação Irregular, passando agora a reconhecer todas as crianças e adolescentes como verdadeiros sujeitos de direitos, que possuem particularidades e necessidades próprias.

O Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu com o objetivo de regulamentar a proteção e os direitos fundamentais que a Constituição Federal de

1988 conferiu aos menores. O ECA trouxe como um de seus princípios basilares a proteção integral instituída à criança e ao adolescente, o que vem disposto já em seu art. 1º, ao estabelecer que “Art. 1º Esta Lei disporá sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

A partir desse histórico da proteção ao menor na legislação pátria, notadamente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, percebe-se que atualmente o ordenamento jurídico brasileiro possui uma evidente política de proteção às crianças e adolescentes, especialmente no que refere à dignidade sexual, o que se revela como importante evolução em relação à legislação antiga que tinha vigência no país.

Ocorre que, apesar de toda a evolução em termos de legislação voltada à proteção do menor, o mundo globalizado, que é cada vez mais marcado pela tecnologia digital e pela internet, viu crescer o número de casos de crimes sexuais contra crianças e adolescentes, o que passou a exigir maior empenho legislativo em relação ao combate da violência sexual contra os menores de idade, diante da ineficiência dos antigos dispositivos do Código Penal de 1940, medidas estas que foram promovidas pela Lei nº 12.015/2009 (CASTRO E SILVA, 2015).

2.3 MODIFICAÇÕES ADVINDAS COM A LEI 12.015/2009 EM RELAÇÃO AOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

A Lei 12.015, promulgada em 7 de agosto de 2009, trouxe inúmeras modificações no Título VI da Parte Especial do Código Penal brasileiro, o qual anteriormente tratava dos “Crimes Contra os Costumes”, passando agora a denominá-los “Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

Conforme leciona Nucci (2014), a referida alteração de nomenclatura indica, desde logo, que a preocupação do legislador não se limitou ao sentimento de repulsa social à conduta praticada pelo criminoso, como ocorria nas décadas anteriores, mas buscou proteger o bem jurídico em questão, ou seja, à dignidade sexual de quem é vítima deste tipo de delito.

Nos termos do disposto na exposição de motivos da Lei nº 12.015/2009:

Sobre a legislação penal reinante pairam concepções características de época de exercício autoritário de poder – a primeira metade dos

anos 40 – e de padrão insuficiente de repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sociais, seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida. (...) A primeira alteração proposta é sobre a nomenclatura do capítulo do Código Penal em tela que, de modo significativo, intitula-se dos Crimes Contra os Costumes. Para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, pois delineiam o bem jurídico a ser tutelado. Assim, a concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes. Dessa forma, a construção legislativa deve começar por alterar o foco da proteção, o que o presente projeto de lei fez ao nomear o Título VI da Parte Especial do Código Penal como dos Crimes Contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual.

A partir da lição de Greco (2014), a expressão “crimes contra os costumes” já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.

Ao adotar a expressão “crimes contra a dignidade sexual”, o legislador estabeleceu a dignidade sexual como o bem jurídico tutelável, passando a ter a dignidade da pessoa humana e o respeito à vida sexual como fundamentos desta proteção, buscando, desse modo, compatibilizar a norma penal com os preceitos constitucionais, entre estes a tutela da liberdade e do desenvolvimento sexual de cada indivíduo (MORAES SÁ, 2012).

Essa modificação de nomenclatura foi bem recepcionada pela doutrina, em virtude da carga de impregnação terminológica de cunho axiológico que o termo “costumes” trazia para o campo dos crimes sexuais, remetendo os operadores de direito à visão ultrapassada de criminalização relacionada à “moral pública sexual” (GUIMARÃES, 2014 apud SILVA, 2014).

Nessa perspectiva, segundo Greco (2015), o nome dado a um Título ou mesmo a um Capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, tendo em vista que, através de uma interpretação sistêmica ou mesmo de uma interpretação teleológica, onde se busca a compreender a finalidade da proteção legal, pode-se concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas.

A Lei nº 12.015/2009 se preocupou, principalmente, com o respeito à dignidade da pessoa humana, a qual foi estabelecida como pilar do Estado Democrático de Direito, visto que não há dúvidas sobre a intensidade da violação que as vítimas de crimes sexuais sofrem. Percebe-se que a referida norma buscou combater as diversas espécies de violência sexual, as quais não foram reguladas de maneira eficaz pela legislação anterior (NUCCI, 2014).

Sob esse mesmo entendimento, conforme assevera Martins (2012, p. 17):

No direito positivo brasileiro a dignidade ocupa posição de destaque. A Constituição de 1988 aponta a dignidade do ser humano como sendo fundamento do próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), que se proclama “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos”. Logo, o constituinte pátrio considera a dignidade humana como valor dos valores, em torno do qual gravitam todos os demais, que devem operar em função do mesmo.

Deve-se destacar que a Lei nº 12.015/2009 não alterou apenas o Código Penal, mas também o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo que a dignidade sexual do menor deve ser resguardada, tendo o Estado o dever de tutelar os incapazes em razão de sua idade.

Desse modo, a partir da referida lei, a dignidade sexual passou a ter adequada proteção sexual no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que foram eliminados os dispositivos penais que eram baseados numa concepção machista e discriminatória da sexualidade. Ao adotar a expressão “crimes contra a dignidade sexual”, a Lei nº 12.015/2009 adequou o Código Penal ao princípio da dignidade da pessoa humana, com vistas a proteger todo e qualquer indivíduo em matéria sexual.

Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 14) leciona nesse sentido, asseverando que:

Dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade. A sua associação ao termo sexual insere-a no contexto dos atos tendentes à satisfação da sensualidade ou da volúpia. Considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e honra, constitucionalmente assegurados (artigo 5, inciso X da Constituição Federal), além do que a atividade sexual é não somente um prazer material, mas uma necessidade fisiológica para muitos, possui pertinência, a tutela penal da dignidade sexual. Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em

matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e a opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver, formas de violência.

Sob esse enfoque, classifica-se os crimes sexuais como o ato típico, ilícito e culpável praticado contra a dignidade sexual de um sujeito, ou seja, crimes sexuais são “todos aqueles atos delituosos que tenham o propósito de satisfação sexual como motivo (enfoque motivacional) ou limitá-los àqueles cuja natureza seja um relacionamento sexual em qualquer das suas formas (enfoque legal)” (TABORDA et al. apud CASTRO E SILVA, 2015).

Destarte, uma das mais importantes alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009 e que trouxe grandes consequências refere-se à junção, em um único tipo penal, das condutas anteriormente previstas nos arts. 213 e 214 do Código Penal, que agora estão previstas sob a rubrica “estupro”, tipificadas no art. 213 do referido código (NUCCI, 2014), que embora não seja o foco do presente estudo, merece destaque diante da relevância da nova tipificação do crime.

Conforme Greco (2015), a Lei nº 12.015/2009, caminhando de acordo com as reivindicações doutrinárias, unificou, no art. 213 do Código Penal, as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor, evitando, dessa forma, inúmeras controvérsias relativas a esses tipos penais, a exemplo do que ocorria com relação à possibilidade de continuidade delitiva, uma vez que a jurisprudência de nossos Tribunais, principalmente os Superiores, não era segura.

Após a promulgação da citada lei, a reunião dos antigos crimes de estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214) criou uma espécie de crime tipo misto alternativo. Essa unificação tornou o tipo penal mais abrangente, mas não alterou o significado da conjunção carnal. O que ocorreu, na verdade, foi a reunião de conceitos distintos, passando o estupro a ser caracterizado como o constrangimento à conjunção carnal, ou o constrangimento à prática de outro ato libidinoso (BITENCOURT, 2012).

A nova lei optou pela rubrica “estupro”, que diz respeito ao fato de ter o agente constrangido alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, conforme prescreve o art. 213 do Código Penal a partir das alterações advindas com a Lei nº 12.015/2009 (GRECO, 2015).

O núcleo do tipo encontra-se no verbo “constranger”, exigindo conduta violenta do agente e a recusa explícita da vítima. A pena aplicada ao delito é de reclusão de seis a dez anos, sendo esta pena aumentada quando a conduta resulta em lesão corporal grave ou morte e se a vítima tem entre quatorze e dezoito anos, nos termos do art. 213 do Código Penal e seus parágrafos primeiro e segundo (GRECO, 2015).

Com a nova epígrafe do referido delito passou-se a tipificar a ação de constranger qualquer pessoa (homem ou mulher) a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso. Deste modo, ações que antes configuravam crime de atentado violento ao pudor (CP, art. 214), atualmente revogado pela Lei n. 12.015/2009, agora integram o delito de estupro, sem importar em *abolitio criminis* (CAPEZ, 2012).

Nesse mesmo sentido, conforme Nucci (2014), não houve uma revogação do art. 214 do Código Penal como forma de *abolitio criminis*; o que ocorreu foi uma *novatio legis*, por meio da integração de dois crimes em uma única figura delitiva, o que é possível, dada a similaridade.

Desse modo, por meio da nova redação legal, foram realizadas algumas modificações no tipo penal, primeiramente em relação à introdução da palavra “alguém” no lugar de “mulher”, de modo que o ato ilícito passou a ser dirigido tanto contra a vítima do sexo feminino quanto do sexo masculino.

A segunda alteração diz respeito à introdução da prática de “outros atos libidinosos”, por meio da revogação expressa do art. 214 que previa o crime de prática de outros atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Ocorreu, portanto, uma atipicidade meramente relativa, com a mudança de um tipo para outro – em vez de atentado violento ao pudor, passou a configurar também estupro, com a mesma pena. O estupro, portanto, passou a abranger a prática de qualquer ato libidinoso, conjunção carnal ou não, ampliando a sua tutela legal para abarcar não só a liberdade sexual da mulher, mas também a do homem (CAPEZ, 2012).

Outra mudança significativa advinda com a Lei nº 12.015/2009 diz respeito à figura da criança e do adolescente. A nova legislação, a fim de compreender e combater melhor o processo de vitimização dos menores, buscou proteger com afinco esta categoria de vítimas, introduzindo na seara do direito penal uma

concepção de infância universal referente aos direitos sexuais infanto-juvenis (MORAES SÁ, 2012).

Este entendimento foi extraído da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu o princípio da proteção integral em seu art. 227, asseverando que é dever de todos assegurar à criança e ao adolescente seus direitos, inclusive a dignidade sexual, o que influenciou a Lei nº 12.015/2009 a buscar formas mais severas de punir os crimes sexuais cometidos contra os menores (CASTRO E SILVA, 2015).

Desse modo, a reforma promovida pela Lei 12.015/2009 inseriu o capítulo dos “Crimes Sexuais Contra Vulnerável” no Código Penal, no qual foi introduzido o art. 217-A, que apresenta a seguinte redação:

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Percebe-se que as alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009 dispensaram especial atenção ao desenvolvimento sexual do menor de dezoito anos, de maneira que o legislador buscou proteger as crianças e adolescentes dos frequentes abusos sexuais bem como da propagação da prostituição infantil, dentre outras formas de exploração sexual, protegendo sobretudo a dignidade sexual do menor de quatorze anos (CASTRO E SILVA, 2015).

A partir da supracitada lei, o legislador eliminou possíveis indagações no caso concreto a respeito da maturidade, conhecimento e experiência do menor em relação às questões sexuais, entendendo de maneira absoluta, que o menor de quatorze anos não possui maturidade suficiente para usufruir de sua liberdade sexual plena (MIRABETE, 2010).

No revogado art. 224 do Código Penal, a presunção de violência era utilizada para a tipificação de estupro e atentado violento ao pudor contra vítima

vulnerável. Com o surgimento da Lei nº 12.015/2009, foi criada a figura de vulnerabilidade para as pessoas inseridas no polo passivo do delito descrito no art. 217-A. Nesse sentido, conforme discorre Nucci (2014, p. 829):

[...] trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não tem a referida capacidade para consentir. Entretanto, inseriu-se no termo vulnerável o que antes se denominava singelamente presunção de violência.

Anteriormente à vigência da Lei 12.015/2009, o Código Penal brasileiro considerava presumidamente violenta a relação sexual com menor de quatorze anos, conforme dispunha o art. 224. Devido a isso, existia grande discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza dessa presunção, ou seja, se esta seria relativa ou absoluta. Uma primeira corrente sustentava a necessidade de apuração concreta da incapacidade do menor para o consentimento, enquanto a segunda, majoritária, defendia a aplicação absoluta da regra relativa à idade (CUNHA, 2017).

Com a promulgação da Lei nº 12.015/2009, o art. 224 do Código Penal foi revogado e a regra da presunção de violência deixou de ser aplicada. A referida lei, conforme visto, inseriu o art. 217-A, que pune a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos, sem mencionar presunção de nenhuma ordem (CUNHA, 2017).

No entanto, essa disposição legal advinda com a Lei nº 12.015/2009 não foi capaz de impedir a continuidade do debate doutrinário e jurisprudencial acerca da presunção, agora de vulnerabilidade, conforme será visto no próximo capítulo.

3 O MENOR DE QUATORZE ANOS E A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL

A partir da década de 1980 do século passado, nossos Tribunais, principalmente os Superiores, começaram a questionar a presunção de violência constante do revogado art. 224, "a", do Código Penal, passando a entendê-la, em muitos casos, como relativa, ao argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia modificado significativamente, e que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção que aqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940 (GRECO, 2015).

No entanto, doutrina e jurisprudência se desentendiam quanto a esse ponto, discutindo se a aludida presunção era de natureza relativa (*iuris tantum*), que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*).

Com o intuito de sanar essa discussão criou-se o tipo penal estupro de vulnerável, que em seu contexto abarcou a conjunção carnal e o ato libidinoso e elevou a sua pena para reclusão, de oito a quinze anos.

A partir da edição da Lei nº 12.015/09, revogou-se o art. 224 do Código Penal e a regra da presunção de violência deixou de ser aplicada. A mesma lei incluiu no Código Criminal brasileiro o art. 217-A, que, sem mencionar presunção de nenhuma ordem, pune, no *caput*, a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso.

Conforme preconiza o citado art. 217-A do Código Penal:

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Diante do que estabelece o referido artigo, pune-se agora no tipo do estupro de vulnerável o agente que tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com vítima com menos de 14 anos (*caput*) ou portadora de enfermidade ou deficiência mental incapaz de discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não tenha condições de oferecer resistência, pouco importando, neste último caso, se a incapacidade foi ou não provocada pelo autor.

No entanto, as controvérsias continuam no sentido de discutir qual a natureza jurídica da vulnerabilidade, notadamente da vítima menos de quatorze anos. A clara disposição legal, no entanto, não foi capaz de impedir a continuidade do debate a respeito da presunção, agora de vulnerabilidade. Conforme destaca Nucci (2014 p. 37-38):

Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real.

Em sentido contrário ao autor, Greco (2015) entende que a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador do código criminal brasileiro. O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no parágrafo 1º do art. 217-A do Código Penal.

Nesta perspectiva, a polêmica quanto ao estupro de vulnerável concentra-se em saber se a presunção de violência é absoluta ou relativa, isto significa, que será possível ou não prova do consentimento por parte da vítima. Diante disso, necessário se faz analisar a vulnerabilidade do menor de quatorze anos, bem com as presunções que decorrem desta vulnerabilidade.

3.1 VULNERABILIDADE DO MENOR DE QUATORZE ANOS

Conforme se depreende do art. 217-A do Código Penal, entende-se que os vulneráveis são aquelas pessoas que se encontram em um estado em que não podem oferecer resistência ou defesa ao crime de estupro, abarcando, nesse grupo, os menores de quatorze anos, os deficientes mentais ou enfermos que não tenham ciência do que está ocorrendo, por serem pessoas incapazes de exteriorizar o seu consentimento e, ainda, aqueles indivíduos que por qualquer outro motivo não tenham condições de oferecer resistência ao crime.

Nas palavras de Mirabete e Fabbrini (2010, p. 411):

Pessoa vulnerável, no sentido que lhe conferiu o Código Penal, é primeiramente, a pessoa menor de 18 anos, que, por sua personalidade ainda em formação, se encontra particularmente sujeita aos abusos e à exploração e sofre, em maior intensidade, os efeitos danosos causados por delitos de natureza sexual.

Percebe-se que o legislador criou uma figura típica em substituição às hipóteses de presunção de violência constantes do revogado art. 224 do Código Penal. Assim, no caput do art. 217-A foi previsto o estupro de vulnerável, considerando como tal a vítima menor de 14 (quatorze) anos. No parágrafo 1º do mencionado artigo foram previstas outras causas de vulnerabilidade da vítima, ou seja, quando, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato, ou a que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência (GRECO, 2015).

A expressão “presunção de violência” deu lugar ao termo “vulnerável”, mantendo-se o rol taxativo daqueles que, em tese, não possuem condições de consentir de forma válida com a prática sexual, seja ela a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

No revogado artigo 224 do Código Penal, a menoridade de quatorze anos apresentava-se como elemento do crime e se traduzia em violência presumida. O novo artigo 217-A manteve a violência indutiva com a nomenclatura de “vulnerabilidade”, tendo por finalidade proteger o menor que não tem condições para dar seu consentimento.

No entanto, conforme entende Nucci (2014), a antiga discussão acerca da presunção de violência, se absoluta ou relativa, travada especialmente no campo da idade, não foi de toda afastada. A interpretação literal do recém editado art. 217-A do CP tem levado a conclusões precipitadas no sentido de que a antiga discussão sobre a natureza da presunção, se absoluta ou relativa, desapareceu, dando lugar à presunção *iuris et de iure* de vulnerabilidade das pessoas ali elencadas.

As controvérsias continuam no sentido de discutir qual a natureza jurídica da vulnerabilidade. As discussões seguem os mesmos caminhos da presunção de violência, pois em realidade o conceito de vulnerável para os fins de estupro, o legislador apenas estipulou as antigas hipóteses que a lei considerava casos de presunção de violência, prevalecendo a corrente que defende a vulnerabilidade absoluta.

A partir da análise do que prescreve o art. 217-A do Código Penal, pode-se entender que o legislador levou em conta as circunstâncias que permeiam a infância e a juventude brasileiras. A lei considera que, pela tenra idade, tais indivíduos ainda não possuem maturidade sexual ou desenvolvimento mental completo para consentir com a prática do ato sexual, considerando-os, assim, vulneráveis.

Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo *status* de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos (NUCCI, 2014).

Observa-se que, quando alguém abusa de um menor de 14 anos com o objetivo de praticar atos libidinosos, ou manter conjunção carnal, trata-se de um crime visto como cruel por toda a sociedade. As vítimas desses crimes, e sua família, muitas vezes não têm meios para se defender, acabam não tomando atitudes por ter vergonha do que lhes aconteceu e, temem passar por um julgamento antecipado.

Desta feita, ao inserir o art. 217-A do Código Penal, o legislador buscou punir com mais rigor comportamentos que atinjam as vítimas por ele mencionadas. Como discorre Greco (2015, p. 542):

O mundo globalizado vive e presencia a atuação de pedófilos, que se valem de inúmeros e vis artifícios, a fim de praticarem algum ato sexual com crianças e adolescentes, não escapando de suas taras

doentias até mesmo os recém-nascidos. A internet tem sido utilizada como um meio para atrair essas vítimas para as garras desses verdadeiros psicopatas sexuais. Vidas são destruídas em troca de pequenos momentos de um prazer estúpido e imbecil.

Importa lembrar que por ocasião do art. 228 da Constituição Federal de 1988, estabelece que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, estando estes sujeitos às normas da legislação especial, fazendo o texto legal referência ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O ECA adotou a doutrina ou teoria da proteção integral e o sistema de proteção aos direitos da criança e do adolescente, previsto já no artigo 1º do referido diploma normativo, fruto da influência da Declaração Universal de Direitos Humanos e da Declaração Universal dos Direitos da Criança, sendo a infância tratada no art. 6º da Constituição Federal de 1988 como sendo um direito social suscetível de proteção.

É a partir da emergência da doutrina da proteção integral e da eclosão do Estatuto da Criança e do Adolescente que é possível evidenciar a inclusão das crianças e adolescentes no rol dos sujeitos titulares de direitos a dignidade sexual (CASTRO E SILVA, 2015).

O referido Estatuto, nessa perspectiva, foi um marco decisivo na inovação das garantias legais referentes aos direitos individuais das crianças e adolescentes, sobretudo ao considerar que a família, a sociedade e o Estado são corresponsáveis pela manutenção desses direitos, como expressamente tipificado em seu art. 4º.

Diante disso, a criança e o adolescente têm merecido especial proteção do Estado brasileiro, notadamente a partir da nova ordem constitucional. Segundo o que também preleciona o art. 227 da Constituição Federal, o ECA estabeleceu que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

E conforme estabelece o parágrafo 4º do art. 227 da Carta Magna de 1988, “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. Essa proteção buscou repelir os abusos sexuais e a multiplicação da prostituição infantil no país.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988, expressamente, decidiu por criminalizar severamente a iniciação prematura e precoce de crianças e adolescentes em atividades sexuais, tendência essa que se observa em praticamente todos os países do mundo, ante os perigos que tal comportamento pode ocasionar à personalidade ainda em formação e ao desenvolvimento biopsíquico de crianças e adolescentes.

A Constituição Federal de 1988, nesse sentido, buscou coibir e punir penalmente a prática de relações sexuais com menores de quatorze anos, evitar a antecipação de experiências da vida adulta, impedindo, em razão de comportamentos libidinosos precoces, a marca de cicatrizes futuras, muitas das vezes escondidas no silêncio das palavras não ditas e na sombra de pensamentos perturbadores de almas marcadas pela infância roubada (COUTO, 2015).

Seguindo esse mandamento constitucional, a atual redação do art. 217-A do Código Penal estabelece que basta apenas que alguém pratique atos sexuais com menores de quatorze anos para que o crime de estupro de vulnerável seja caracterizado, ainda que a própria vítima deixe claro que consentiu com o ato e/ou tenha experiência sexual anterior.

De acordo com Fernando Capez (2012, p. 103), deve-se, contudo, fazer uma distinção:

Vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. 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.

Antes, a lei punia o agente que praticava relações sexuais com menores de quatorze anos, seja com ou sem o consentimento da vítima, o que caracterizava a violência presumida, baseada exclusivamente na capacidade ou não de discernimento das vítimas. Agora, basta que o sujeito ativo tenha conhecimento de que a vítima tem idade inferior a quatorze anos e pratique com ela qualquer espécie de ato sexual, seja conjunção carnal ou ato libidinoso, para que seja relacionado ao tipo penal.

Com isso, o legislador excluiu “possíveis indagações no caso concreto a respeito da maturidade, conhecimento e experiência do menor em relação às questões sexuais” (MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 408), entendendo de maneira absoluta, que o menor de quatorze anos não tem a necessária maturidade para usufruir de sua liberdade sexual plena.

Em sentido contrário, Nucci (2014, p. 37) preleciona que, mesmo após a edição do novo tipo penal, a discussão ainda se mantém, dizendo que:

[...] o nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual?

A partir disso, persiste o debate acerca do tipo penal do estupro de vulnerável, na qual a polêmica reside em identificar se a presunção de vulnerabilidade é absoluta ou relativa.

3.2 PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ABSOLUTA X RELATIVA

O crime de estupro de vulnerável foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de proteger aqueles que, pela lei, não possuem capacidade e discernimento para consentir na prática de atos sexuais. Teve também a finalidade de colocar fim à discussão existente quanto a natureza da presunção de violência prevista no revogado artigo 224 do Código Penal, ou seja, se era absoluta, não admitindo prova em contrário, ou se tinha natureza relativa, possibilitando a produção de provas em favor do réu.

Pela atual redação do art. 217-A do Código Penal, presume-se de forma absoluta que as pessoas menores de quatorze anos não possuem entendimento para a prática de atos sexuais, punindo-se de forma rigorosa aquele que transgredir a dignidade sexual daqueles protegidos por essa norma.

A partir do tipo penal do art. 217-A do CP, tem-se presumida a violência e o agente que desenvolveu a prática com o menor de quatorze anos. No entanto, esse

é um posicionamento que tem sido objeto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, tal como ocorria com o revogado art. 224, do Código Penal.

Pela forma como foi estabelecida a redação do artigo 217-A, o legislador instituiu que no campo da sexualidade, o indivíduo menor de quatorze anos é considerado frágil e hipossuficiente, sendo incapaz, portanto, de proferir consentimento válido para a consumação do ato sexual. Tratou-se de uma tentativa de inibir a jurisprudência que admitia a relativização da presunção de violência.

Atualmente, a mesma dúvida permanece em relação ao tipo penal criado, só que agora no que se refere a vulnerabilidade do adolescente que desenvolve a prática sexual. Deve-se atentar para os termos de presunção de vulnerabilidade: quando for absoluta, não há como se fazer prova ao contrário; já a presunção de vulnerabilidade relativa admite provar em contrário, logo, o acusado terá direito à defesa (NUCCI, 2014).

3.2.1 Argumentos Favoráveis à Teoria da Vulnerabilidade Absoluta

Defendendo a teoria da presunção de vulnerabilidade absoluta, Rogério Greco (2015, p. 541) aduz que “a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. O tipo não está presumindo nada, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos”.

Segundo essa teoria da presunção de vulnerabilidade absoluta, quis o legislador considerar que todas as práticas sexuais desempenhadas por menores de quatorze anos devem ser consideradas estupro de vulnerável, presumindo-se a violência, uma vez que, o consentimento de pessoas nessa condição especial, seria inválido.

Nessa perspectiva, Greco (2015, p. 540) leciona que:

Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento político penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionar denominar de *estupro de vulnerável*, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos.

Desse modo, reconhece a lei penal, em consonância com a Constituição Federal de 1988, que aquele jovem menor de quatorze anos pode até possuir conhecimento objetivo do que é o ato sexual, mas com certeza não terá a maturidade e a plena e livre determinação no plano das atividades sexuais, capaz de compreender o ato sexual e de se autorregar com base nesse entendimento.

Daí se legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual prematura e precoce de crianças e adolescentes menores de 14 anos, 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 (COUTO, 2015).

Observa-se que a intenção do legislador ao criar um crime próprio de estupro de vulnerável realmente era de proibir o sexo com aquele que tem idade menor de quatorze anos. Reforça essa intenção o posicionamento de vários doutrinadores, como Rogério Greco, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, que entendem que a vulnerabilidade deve ser absoluta, logo, proíbe a prática sexual com o menor de quatorze anos.

A presunção de vulnerabilidade absoluta, então, é aquela que entende que a vítima é integralmente incapaz e não possui consciência da prática de suas condutas. A responsabilização penal do agente, nessa situação, é objetiva.

Os adeptos da referida teoria da vulnerabilidade absoluta, portanto, defendem a impossibilidade da vítima de resistir à prática dos atos sexuais como sendo uma incapacidade de autodeterminação, tendo em vista que a pessoa vulnerável não tem a necessária compreensão do ato sexual, ou até mesmo possui uma incapacidade de externar sua oposição à conduta do agente, por condições preexistentes.

Conforme destaca Rogério Sanches Cunha (2017, p. 1):

Leciona a maioria da doutrina não haver espaço para discussão a respeito da presunção de vulnerabilidade, pois a lei nada presume. Sua redação é clara e inequívoca: proíbe-se a relação sexual com menor de quatorze anos. Foi este o manifesto propósito do legislador com a revogação do art. 224 – este sim expresso sobre a presunção de violência. Fosse para se perpetuar o debate, seria evidentemente desnecessária qualquer alteração.

Assim, a teoria absolutista da vulnerabilidade considera que a lei adota o critério objetivo da idade do ofendido, por considerar como sujeitos passivos do

artigo 217-A todos os menores de 14 anos. Desse modo, é irrelevante a verificação da capacidade de consentimento do menor de quatorze anos no caso concreto, visto que presume-se seu dissenso em toda e qualquer hipótese, não se admitindo prova em contrário dessa situação.

3.2.2 Argumentos Favoráveis à Teoria da Vulnerabilidade Relativa

Em que pese a teoria da vulnerabilidade absoluta ser defendida pela corrente majoritária da doutrina e jurisprudência, essa fixação de determinado limite para a presunção de violência não tem sido aceita de forma unânime pelos juristas. Argumenta-se que se fixado uma idade certa para a presunção, nem sempre estará esse limite de acordo com o desenvolvimento do indivíduo que varia de pessoa para pessoa, consoante os fatores étnicos, morfológicos, etc.

De acordo com Nucci (2014), a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseada numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual e capacidade cognitiva das crianças e adolescentes.

É sabido que desde a promulgação do Código Penal em 1940 até os dias atuais, a realidade na qual estamos inseridos é bem mais complexa. Diante disso, a teoria relativa defende que, ao manter a idade de 14 anos como critério objetivo, o legislador deixou de observar a evolução histórica da sociedade, que afasta cada dia mais, a inocência dos jovens para a prática da relação sexual.

A teoria relativa defende a relativização da vulnerabilidade do menor, levando em consideração as particularidades do caso concreto, admitindo prova em contrário. Os defensores dessa teoria entendem que considerar de forma absoluta a vulnerabilidade do menor de quatorze anos é um risco para a sociedade e para o ordenamento jurídico como um todo, uma vez que ao não admitir a prova em contrário, estar-se-ia aplicando uma responsabilidade objetiva do agente.

Isso porque, segundo os adeptos dessa teoria, existem situações complexas em que, pela letra fria da lei não admite exceções, mas em análise à realidade

fática, considerando que hoje os jovens vivem, admitir-se-ia a relativização em caso de excepcionalidade da presunção de vulnerabilidade.

De fato, a letra fria da lei não se reporta mais à presunção de violência, mas sim, impõe ao julgador o dever de aplicar a pena prevista no referido artigo, independentemente do consentimento da vítima, logo, tendo este, total irrelevância jurídica.

Por ser *iuris tantum*, a vulnerabilidade relativa admite a produção de provas a fim de se analisar a capacidade da vítima para a prática do ato sexual. Desse modo, a partir desse entendimento, existe a possibilidade de se cogitar uma possível absolvição do agente caso fique comprovado que a vítima, na data dos fatos, possuía capacidade para consentir com o ato.

De acordo com Nucci (2014), o marco etário de 14 anos encontra-se travado no cenário dos atos sexuais há décadas, o que se denota a necessidade do legislador brasileiro de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade, a fim de adequar a norma à atualidade. Para o autor, a Lei nº 12.015/09 trouxe apenas uma nova roupagem para a já conhecida presunção de violência, não se tendo experimentado, pela simples inovação da redação, uma alteração fundamental na estrutura da conduta delituosa.

Nucci (2014) defende, então, que haja uma interpretação sistêmica, valendo-se dos conceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma a possibilitar o debate quanto à capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos de idade (adolescente); cuidando-se, nesta hipótese, de vulnerabilidade relativa. Exemplifica o autor que manter relação sexual com adolescente prostituído, com plena capacidade de entendimento do ato libidinoso seria atípico. Já no que tange ao menor de 12 anos (criança), o autor entende a vulnerabilidade como absoluta, não admitindo prova em contrário.

Diante desses posicionamentos conflitantes, Bitencourt (2012, p. 1), estabelece de forma resumida as teses que cada uma das teorias defende, quais sejam:

- (a) *presunção absoluta de vulnerabilidade* — pela presunção absoluta admite-se que a vítima é, indiscutivelmente, *vulnerável* e ponto final; não se questiona esse aspecto, ele é incontestável, trata-se de presunção *iure et iure*, que não admite prova em sentido contrário;
- (b) *presunção relativa de vulnerabilidade* — a vítima *pode ser vulnerável*, ou pode não ser, devendo-se examinar

casuisticamente a situação para constatar se tal *circunstância pessoal* se faz presente nela, ou não. Em outros termos, a *vulnerabilidade* deve ser comprovada, sob pena de ser desconsiderada, admitindo, por conseguinte, prova em sentido contrário, tratando-se, portanto, de presunção *juris tantum*.

Vê-se, portanto, que embora a ideia anterior de “presunção de violência” existente nos crimes sexuais praticados contra menores de quatorze anos tenha sido eliminada com o advento da Lei nº 12.015/2009, a essência do tipo continua em vigor de forma intrínseca, agora sobre a celeuma da presunção absoluta ou relativa da vulnerabilidade do menor.

3.3 ESTRUTURA TÍPICA DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Conforme já visto, a Lei 12.015/09 promoveu importantes alterações no Código Penal brasileiro naquilo que diz respeito aos delitos sexuais, a começar pela própria nomenclatura desses delitos. A partir da referida lei, as condutas tipificadas no Título VI do citado Código não configuram mais “crimes contra os costumes”; constituem, no entanto, “crimes contra a dignidade sexual”.

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, o estupro cometido contra pessoa sem capacidade ou condições de consentir, com violência ficta, deixou de integrar o art. 213 do CP, para configurar crime autônomo, previsto no art. 217-A, sob a nomenclatura “estupro de vulnerável”.

A conduta típica consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. De acordo com o § 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.

Com relação à objetividade jurídica, Mirabete e Fabbrini (2010, p. 408) aduzem que o artigo 217-A tutela “como aspectos da dignidade sexual, o sadio desenvolvimento sexual e a liberdade física e psíquica, em matéria sexual, de pessoas que a lei considera mais vulneráveis ao abuso sexual”.

Com as modificações introduzidas pela Lei n. 12.015/2009, o tipo penal passou a abarcar não só a prática de conjunção carnal, mas também de qualquer

outro ato libidinoso. Assim, no estupro de vulnerável, o sujeito ativo pode ser homem ou mulher.

Tendo em vista os verbos nucleares “ter” e “praticar”, pressupõe-se comportamento positivo do agente, ou seja, de regra, o referido dispositivo trata de crime comissivo. No entanto, o delito poderá ocorrer na modalidade de omissão imprópria quando, por exemplo, o agente tiver o dever de cuidado, proteção ou vigilância, e, quando poderia agir para evitar o resultado, manteve-se omissivo, conforme preconiza o artigo 13, § 2º, do Código Penal (NUCCI, 2014).

Conforme destaca Greco (2015), tem sido notícia comum nos meios de comunicação o fato de mães aceitarem que seus maridos ou companheiros tenham relações sexuais com seus filhos menores, nada fazendo para impedir o estupro. Nesses casos, segundo o autor, a omissão deverá ser punida com as mesmas penas constantes no preceito secundário do art. 217-A do Código Penal.

Para a conjunção carnal, o sujeito passivo pode ser de ambos os sexos, e para a configuração de atos libidinosos é possível até mesmo que autor e vítima sejam pessoas do mesmo sexo. O sujeito passivo, portanto, será a pessoa menor de 14 (catorze) anos, ou acometida de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, não possa oferecer resistência.

O dolo é o elemento subjetivo necessário ao reconhecimento do delito de estupro de vulnerável, devendo abranger as características exigidas pelo tipo do art. 217-A do Código Penal, ou seja, deverá o agente ter conhecimento de que a vítima é menor de quatorze anos, ou que esteja acometida de enfermidade ou deficiência mental, fazendo com que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, não possa oferecer resistência (CAPEZ, 2012).

Se, na hipótese concreta, o agente desconhecia qualquer uma dessas características constantes para tipificação do delito, poderá ser alegado o erro de tipo, afastando-se o dolo e, conseqüentemente, a tipicidade do fato. Não é admissível a modalidade culposa, por ausência de disposição legal expressa nesse sentido (GRECO, 2015).

A pena prevista no preceito secundário do art. 217-A do Código Penal é de reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos; se da conduta resulta morte, a pena é de reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. A ação penal,

nos termos do parágrafo único do art. 225 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 12.015/2009, será de iniciativa pública incondicionada, em virtude da vulnerabilidade da vítima.

É importante ressaltar ainda que, nos termos do art. 234-B do Código Penal criado pela Lei nº 12.015/2009, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, ou seja, os crimes contra a dignidade sexual, correrão em segredo de justiça.

4 DESAFIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL FRENTE AO ESTUPRO DE VULNERÁVEIS

Conforme visto nos capítulos anteriores, é antiga a discussão acerca da vulnerabilidade do menor de 14 anos, em virtude da antiga previsão da presunção de violência que havia em relação aos mesmos, inserta no revogado art. 224 do Código Penal Brasileiro de 1940. Desde a época da promulgação do referido código, já discutiam os doutrinadores se o consentimento do menor deveria ser considerado legítimo para práticas sexuais.

Antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09, o Código Penal considerava, pelo disposto art. 224, presumidamente violenta a relação sexual com menor de quatorze anos. Existia, então, um grande debate a respeito da natureza da presunção, ou seja, se esta seria relativa ou absoluta. Uma primeira corrente sustentava a necessidade de apurar, concretamente, a incapacidade do menor para o consentimento, enquanto outra, majoritária, defendia a aplicação absoluta da regra relativa à idade (CUNHA, 2017).

Desta feita, no campo doutrinário e jurisprudencial passou a haver uma grande discussão acerca do caráter absoluto dessa presunção de violência, sustentando-se a controvérsia acerca da possibilidade de se excetuar à regra geral diante de casos em que a vítima demonstrasse conhecimento e experiência em relação a prática sexual.

A partir da edição da Lei nº 12.015/09, revogou-se o art. 224 do Código Penal e a regra da presunção de violência deixou de ser aplicada. A mesma lei incluiu no código o art. 217-A, que, sem mencionar presunção de nenhuma ordem, pune, no caput, a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos.

A partir da referida lei, passou a existir a figura delitiva autônoma do estupro de vulnerável, que contém definição própria, sendo o menor de quatorze anos, em qualquer hipótese, incapaz de consentir validamente para a prática do ato sexual. Diante desse preceito legal, infere-se que a vulnerabilidade é absoluta, ou seja, praticar atos sexuais com menor de quatorze anos sempre será crime de estupro.

Ocorre que embora com a edição da Lei nº 12.015/09 o direito tenha se modificado, apresentando uma nova realidade para os crimes dessa natureza, o

questionamento continua pertinente, na medida em que a categoria jurídica já conhecida no âmbito penal, agora passou a ser denominada presunção de vulnerabilidade, considerando o menor de quatorze anos hipossuficiente, frágil, incapaz de consentir validamente para a realização de qualquer ato sexual.

Em meio a todos os embates, a jurisprudência atual mostra-se confusa na aplicação da lei, uma vez que muitos não concordam com o critério adotado pelo legislador para imputação do crime do artigo 217-A do Código Penal. Existem julgados que apontam a existência de determinados fatores capazes de afastar a presunção em casos concretos e outros compreendem o caráter absoluto da presunção contra aqueles considerados vulneráveis.

Apesar de existirem decisões conflitantes acerca da presunção de vulnerabilidade do menor no crime de estupro de vulnerável, é importante destacar o que dispõe a doutrina da proteção integral estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que determinou que cabe à família, ao Estado e à sociedade protegerem as crianças e os adolescentes de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

4.1 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A PROTEÇÃO AOS VULNERÁVEIS

No Brasil, a partir da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, foi instituída no ordenamento jurídico pátrio a doutrina da proteção integral, passando-se a entender crianças e adolescentes como sujeitos de direitos que merecem atenção especial por parte da família, do Estado e da sociedade.

Conforme destaca Saraiva (2012), atualmente as crianças e os adolescentes brasileiros são sujeitos das mesmas garantias referentes aos direitos fundamentais destinados aos adultos, na Constituição Federal, pois a ordem jurídica nacional reconhece a estes sujeitos as mesmas prerrogativas elencadas no art. 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos individuais e coletivos, os quais possuem todos os direitos dos adultos que sejam compatíveis com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que ostentam.

Fruto da reflexão coletiva de inúmeros movimentos sociais e da atuação de diversos atores da sociedade civil e política, a promulgação do ECA representou uma grande conquista da sociedade brasileira, pois contemplou o que há de mais avançado na normativa internacional em respeito aos direitos da população infanto-juvenil.

O ECA, portanto, surgiu para alinhar a legislação pátria aos compromissos assumidos pelo Brasil na esfera internacional de proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes, sobretudo pela ratificação da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, e o novo modelo constitucional adotado em 1988, que teve repercussões significativas na normatização dos direitos da infância e juventude de maneira geral (SPOSATO, 2013).

A Lei nº 8.069/1990 que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe em seu texto diversos direitos e garantias voltados à proteção e crescimento saudável dos menores. A referida norma regulamentou o art. 227 da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Desta feita, o art. 227 da CF/88 determina que os direitos de crianças e adolescentes devam ser assegurados com absoluta prioridade, obrigando não apenas o Estado, mas também a família e a sociedade na sua garantia, enquanto o § 3º do mesmo artigo define os aspectos da proteção especial que deve ser dispensada a esses sujeitos de direito, por serem vulneráveis no contexto da sociedade.

A doutrina da proteção integral está sedimentada em três pilares: a criança adquire a condição de sujeito de direitos; a infância é reconhecida como fase especial do processo de desenvolvimento; a prioridade absoluta a esta parcela da população passa a ser princípio constitucional, nos termos do art. 227 da CF/88.

A doutrina da proteção integral foi trazida para o universo jurídico pela Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Resolução nº 44/25 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, foi

contemplada no art. 227 da Constituição Federal ao estabelecer que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos da criança e do adolescente com absoluta prioridade.

A partir da noção de proteção integral, portanto, extrai-se o princípio do melhor interesse do menor. O melhor interesse da criança, como princípio geral, não se encontra expresso na Carta Magna de 1988 ou no ECA, sendo este compreendido como inerente à doutrina da proteção integral, servindo tal princípio como critério hermenêutico e como cláusula genérica que inspira os direitos fundamentais assegurados pela Constituição às crianças e adolescentes (BARBOZA, 2000 apud GONÇALVES, 2012).

A inauguração do contexto de proteção integral e o princípio do interesse superior da criança surgiram com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, e foi a partir daí que a infância começou a ser repensada e melhores condições lhe foram atribuídas. O art. 227 da CF/88 foi o princípio norteador, que efetivou a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e passou a tratar de seus aspectos peculiares de desenvolvimento em um estatuto especial, que é o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, aos poucos, a legislação preocupou-se cada vez mais com o melhor interesse desses menores, proporcionando mais dignidade para sujeitos que anteriormente eram vistos como invisíveis para a sociedade.

O referido princípio está previsto de forma expressa na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989, a qual prevê em seu artigo 3.1 que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Nessa perspectiva, estando expresso o princípio geral do melhor interesse do menor na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente que fora ratificada pelo Brasil, denota-se que o referido princípio está inserido e integrado ao direito positivo brasileiro, pois em virtude de ser originário de norma internacional da qual o Brasil é signatário, possui status interno de lei federal e tem verificação obrigatória por força da Constituição Federal de 1988, vinculando, portanto, os operadores do direito à sua observância (GONÇALVES, 2012).

Acerca do referido princípio, Pereira (2005, p. 128-129) destaca que:

O entendimento sobre seu conteúdo pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas. É por esta razão que a definição de mérito só pode ser feita no caso concreto, ou seja, naquela situação real, com determinados contornos predefinidos, o que é o melhor para o menor [...]. Para a aplicação do princípio que atenda verdadeiramente ao interesse dos menores, é necessário em cada caso fazer uma distinção entre moral e ética.

As novas legislações no país surgidas após a adoção da doutrina da proteção integral efetivaram-se em meio a esse novo paradigma, onde os menores passaram a receber uma maior atenção. A partir daí se fizeram presentes os princípios específicos do Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando garantir amparo a esses sujeitos nas situações de vulnerabilidade.

Nessa perspectiva, a mudança de paradigmas em relação aos direitos da criança e do adolescente operada em nosso país a partir da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente reflete-se em todas as áreas do conhecimento, abrangendo os sistemas de saúde, educação, proteção e justiça.

Verifica-se, portanto, que o princípio do melhor interesse do menor deve ser uma consideração primária de verificação de todas as ações direcionadas à crianças e adolescentes. Desse modo, nos termos do que preconiza a Constituição Federal bem como as diretrizes da doutrina da proteção integral, não deve existir espaço para discussão acerca de uma possível relativização da presunção de vulnerabilidade do menor de quatorze anos nos crimes de estupro.

O princípio da proteção integral ao menor, nesse sentido, deve ser aplicado em qualquer área, notadamente nos tribunais quando for necessário decidir em casos nos quais seja parte uma criança ou adolescente, tendo em vista que o conjunto de normas voltadas à criança e ao adolescente no país foi claramente elaborado para proteger esses sujeitos de forma plena, por serem estes indivíduos mais fragilizados no contexto da sociedade.

4.2 PERSPECTIVAS PRÁTICAS DA PROTEÇÃO AO VULNERÁVEL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Conforme destaca Cunha (2017, p. 1), a maioria da doutrina leciona que não há espaço para discussão a respeito da presunção de vulnerabilidade, tendo em vista que a lei nada presume. Sua redação é clara e inequívoca proibindo a relação

sexual com menor de quatorze anos. Foi este o manifesto propósito do legislador com a revogação do art. 224, que extinguiu a presunção de violência. De acordo com o autor, se fosse para se perpetuar o debate, seria evidentemente desnecessária qualquer alteração na lei.

Nesse sentido, compreende-se que as alterações legislativas incorporadas pela Lei nº 12.015/09 ao Código Penal não mais permitem qualquer dúvida razoável quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no art. 217-A, caput, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente.

Sob esse enfoque, verifica-se que a nova tipificação penal foi estabelecida de forma objetiva, sem qualquer referência sobre a presunção de violência, superando-se a polêmica que anteriormente existia no ordenamento jurídico pátrio, tendo a lei vedado objetivamente a conduta de ter conjunção carnal com menor de 14 anos.

Conforme assevera Greco (2015), a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no parágrafo 1º do art. 217-A do Código Penal.

Existe um critério objetivo para análise da figura típica, que é a idade da vítima. Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal que prevê o delito de estupro de vulnerável.

Assim, de acordo com a redação constante do caput do art. 217-A do Código Penal, pode-se destacar os seguintes elementos: a) a conduta de ter conjunção carnal; b) ou praticar qualquer outro ato libidinoso; c) com pessoa menor de 14 (quatorze) anos.

O núcleo “ter”, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo “constranger”, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha efetivamente conjunção carnal, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Ainda, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não terem sido levados a efeito mediante o emprego de violência (GRECO, 2015).

Em decorrência das decisões judiciais conflitantes e da divergência doutrinária acerca da vulnerabilidade da vítima menor de quatorze anos, o Superior

Tribunal de Justiça decidiu firmar seu posicionamento sobre a relevância jurídica do consentimento do menor de 14 anos, nos casos de estupro de vulneráveis.

A controvérsia foi levada pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz à 3ª Seção do Tribunal, em razão da multiplicidade de recursos e principalmente pela relevância da questão. No caso escolhido para amostragem, à vítima menor de 14 anos e o réu que na época dos fatos contava 25 anos, mantinha um relacionamento afetivo e sexual, durante a instrução criminal a própria vítima confirmou o relacionamento entre eles, bem como seus familiares.

O julgamento do recurso repetitivo suspendeu todos os demais processos que tratavam do mesmo tema. Em juízo de primeiro grau, o réu foi condenado a pena de 12 anos de reclusão pela prática do crime de estupro de vulnerável, tendo o magistrado considerado o critério da idade como objetivo e desconsiderado as circunstâncias em que se dava as relações sexuais.

A defesa irrisignada apelou da sentença expondo os fatos excepcionais do caso, quais sejam o relacionamento entre as partes, a estabilidade do namoro e principalmente o consentimento da vítima para as relações sexuais, alegando ainda que a vítima demonstrava ter total discernimento dos atos praticados e não havia situação de vulnerabilidade a ser considerada.

O Tribunal de Justiça do Estado do Piauí deu provimento ao recurso da defesa para absolver o réu, no qual os magistrados ratificaram o entendimento de que o relacionamento amoroso entre a vítima e o réu, o discernimento desta para a prática dos atos sexuais, bem como seu consentimento de forma livre e consciente, descaracterizava o tipo penal, tornando-o atípico.

Em virtude da absolvição do réu, o Ministério Público do Piauí, interpôs recurso especial ao STJ, alegando, em síntese, que o tipo penal mostra-se objetivo e taxativo em seu critério etário, não cabendo aos magistrados criar exceções.

Diante disso, a 3ª Seção do STJ por meio de julgamento de recurso repetitivo, no dia 25 de agosto de 2015, decidiu de forma unânime no REsp 1480881, que o consentimento da vítima não é válido juridicamente, haja vista o critério objetivo do tipo penal, independente de experiência sexual ou relacionamento amoroso mantido entre as partes, o menor de 14 anos deve ser considerado vulnerável.

Desta forma, qualquer relação sexual ou ato libidinoso praticado com menor de 14 anos configura o crime tipificado no artigo 217-A, sem exceções para

discricionariedades dos julgadores. Sob esse enfoque, necessária a transcrição do importante julgado em comento:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, “a”, do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anísse voluntariamente ao ato sexual (REsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

4. 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 esta ainda era uma criança de 8 anos.

5. O exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais.

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.),

compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.

7. 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.

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: **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. (grifo nosso)**

(REsp 1480881/PI (2014/0207538-0) Relator Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO. Data de Julgamento: 26/08/2015 – Unânime. Fonte/Data de Publicação: DJE DATA:10/09/2015)

Desta feita, diante da decisão tomada pelo STJ em sede de recurso repetitivo, resta claro que o critério etário estipulado pelo legislador prevaleceu sobre os demais argumentos sustentados pelos defensores da relativização da vulnerabilidade, que buscavam dar maior poder de julgamento aos magistrados, para decidir em casos concretos, sob suas excepcionalidades.

A partir da decisão tomada pelo STJ, com objetivo de pacificar o entendimento, o critério adotado pela Corte deve ser usado nos demais processos de mesma natureza no país. O objetivo é pacificar o entendimento, no entanto, os juízes não são obrigados a deliberar da mesma forma.

Entende-se ser acertada a decisão do STJ em confirmar a vulnerabilidade absoluta dos menores de quatorze anos nos crimes de estupro, independentemente de consentimento da vítima, desta já ter uma vida sexual ativa ou já existir relacionamento entre a vítima e o agente.

Isso porque a vulnerabilidade do menor não decorre unicamente de sua experiência sexual, mas sim de sua imaturidade frente ao ato sexual e de sua condição de proferir consentimento válido. A nosso ver, o fato de se afastar o crime pelo simples fato de ser a vítima prostituída vai totalmente de encontro à proteção de ingresso precoce na vida sexual, hipótese justamente preconizada pelo artigo 217-A do Código Penal.

Não se pode ignorar que a alteração promovida pela Lei nº 12.015/2009 intencionava justamente conferir especial proteção à dignidade sexual do menor em face da prostituição infanto-juvenil e de abusos sexuais.

Um dos argumentos dos defensores da relativização da vulnerabilidade é que a presunção de vulnerabilidade absoluta traz para o Direito Penal a responsabilidade objetiva, contudo, esta argumentação é de plano afastada, pois para que o delito seja caracterizado é necessário o dolo acerca dos componentes da violência ficta.

Nesse sentido, Greco (2015) destaca que para que ocorra o delito de estupro de vulnerável, o agente obrigatoriamente deverá ter conhecimento de ser ela menor de 14 anos, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado “erro de tipo” que, dependendo do caso concreto, poderá conduzir até mesmo à atipicidade do fato, ou à sua desclassificação para o delito de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal.

Ainda que os adeptos da relativização da vulnerabilidade tentem explicar que a lei não pode fugir a seu tempo, que a mesma é um retrocesso, tais afirmações não podem proceder. Isso porque a modificação legislativa com a introdução do art. 217-A ao Código Penal veio justamente numa forma de modernização do sistema repressor, de modo a ser mais eficiente e abarcar todo e qualquer tipo de abuso contra crianças e adolescentes, diante do crescente número de crimes dessa natureza em todo o território nacional.

Nesse sentido, a lei penal é clara no sentido de impor um dever absoluto do indivíduo de se abster de manter conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com os menores de quatorze anos. Tanto é assim que a justificativa do projeto que originou a Lei nº 12.015/09 foi emitida nos seguintes termos:

Esse artigo [217-A], 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.

É descabido, ainda, qualquer discurso que procure associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos grupos de pessoas física, biológica, social ou psicologicamente fragilizadas, pois esse argumento acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas, em menor ou maior grau, a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce.

Embora parte da doutrina sustente o entendimento de que ainda se mantém a discussão acerca da vulnerabilidade do menor de quatorze anos, afirmando ser necessária a verificação do caso concreto, a partir da análise das condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento da prática sexual, não deve prevalecer esse entendimento.

Isso porque, conforme destacou o Ministro Rogério Schietti Cruz em seu voto no REsp 1480881/PI:

O tipo penal do art. 217-A do CP não traz em sua elementar a expressão "vulnerável". É certo que o *nomem iuris* a que menciona a Lei n. 12.015/2009 ao citado preceito legal estipule o termo "estupro de vulnerável". Entretanto, a "vulnerabilidade" não integra o preceito primário introduzido no art. 217-A do Estatuto Repressivo.

Nesse sentido, oportunas são as considerações feitas por João José Leal e Rodrigo José Leal (2009, p. 65-66):

Para a realização objetiva desta nova infração penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. Formalmente, pode-se dizer que a incriminação da

conduta não repousa mais na polêmica questão da violência presumida. Parece-nos que o que está a sustentar ética e politicamente esta norma repressiva é a ideia de proteção integral do ser humano ainda criança, cuja integridade sexual precisa ser penalmente garantida contra qualquer ato de natureza sexual.

Desse modo, a lei está tutelando a dignidade sexual do menor de 14 anos, que é uma qualidade intrínseca do ser humano. Dentro da dignidade sexual está a liberdade sexual, a liberdade de poder dispor do próprio corpo, bem como está sendo tutelado o desenvolvimento sexual.

Rogério Greco (2015, p. 659), sob esse enfoque, destaca em seus ensinamentos que “o estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual”.

Percebe-se, pois, que o objetivo de se estabelecer critério etário mínimo na vida sexual é a proteção de crianças e adolescentes de abusos e das consequências da atividade sexual prematura sobre seus direitos e desenvolvimento.

Ademais, acentuam-se os riscos à saúde a que estão submetidas crianças e adolescentes que ingressam precocemente na vida sexual, particularmente porque, em virtude da falta de informações, estão mais vulneráveis a doenças sexualmente transmissíveis.

O referido Estatuto apresenta uma série de dispositivos voltados à proteção integral do menor, dispensando atenção universalizada a todas as crianças e adolescentes, respeitando normativas internacionais, como por exemplo a Declaração dos Direitos da Criança da ONU.

Ademais, o Brasil é signatário da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, desta forma deve obedecer, por exemplo, ao que diz o art. 34 do referido diploma, que determina que “Os Estados Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual.”

Diante das normas nacionais e internacionais de proteção à criança e ao adolescente, relativizar o caráter da vulnerabilidade é ofender o ECA, a Constituição Federal e os demais documentos mundiais de proteção aos menores, pelos quais a criança e o adolescente são sujeitos de direito à proteção integral, prioritária e absoluta.

A doutrina da proteção integral dentro desses diplomas reconhece que crianças e adolescentes são titulares de direitos especiais, exatamente por ostentarem a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Assim, além dos direitos fundamentais, os menores de dezoito anos gozam dos direitos subjetivos de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, preservando-se a liberdade e a dignidade, cabendo à família, à sociedade e ao estado assegurar esses direitos.

Diante disso, não deve haver mitigação da presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos vítima de estupro, pois esta possui caráter absoluto por interpretação literal da lei, como também em obediência à Constituição Federal, ao Estatuto da Criança e do Adolescente e aos tratados e convenções internacionais que adotam a doutrina da proteção integral de proteção a esses sujeitos de direitos em desenvolvimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente estudo, verificou-se que a Lei nº 12.015/09 criou um crime autônomo para proteger a dignidade sexual dos menores de quatorze anos, os quais são indivíduos que ainda estão em desenvolvimento. O mesmo tipo penal ainda confere proteção aos sujeitos que possuem alguma enfermidade ou são doentes mentais e àqueles que têm sua capacidade de resistência reduzida.

Dessa forma, a Lei nº 12.015/09 criou um novo capítulo que trata dos crimes contra os vulneráveis. Ocorre que mesmo sendo clara a redação do art. 217-A do Código Penal, ainda reside polêmica quanto à presunção de violência no estupro de vulnerável, havendo o debate se esta presunção deve ser absoluta ou relativa, ou seja, se seria possível ou não a prova do consentimento por parte da vítima.

O STF e o STJ, confirmando a intenção do legislador penal, entendem que a presunção do estupro de vulnerável é absoluta, portanto, independe da prova do consentimento ou não da vítima. Desse modo, as Cortes entendem que o crime existirá mesmo que a vítima permita a prática da conjunção carnal.

Em consonância com os posicionamentos do STJ e STF, entendemos que o debate perdeu razão de existência, tendo em vista que, quando o legislador criou um crime autônomo para tutelar os crimes contra vulneráveis, notadamente os menores de quatorze anos, ele buscou considerar o crime como sendo de presunção absoluta, ou seja, independe de prova do consentimento da vítima.

A *ratio legis* desse tipo penal foi a de tutelar integralmente a criança e o adolescente até quatorze anos, os quais ainda se encontram em processo de formação, tanto no plano biológico, quando no psicológico e no moral, circunstâncias estas que atestam o caráter de vulnerabilidade a que esses menores estão expostos, especialmente no âmbito sexual, fatores que conferem legitimidade ao legislador penal para criminalizar com maior rigor o delito de estupro contra os menores de quatorze anos.

Dessa maneira, conclui-se que não se pode considerar que o consentimento da vítima menor de quatorze anos seja relativizado no delito de estupro, tendo em vista que a redação do art. 217-A é clara e inequívoca ao estabelecer o caráter absoluto da vulnerabilidade dos menores.

Defende-se, portanto, a interpretação literal da referida norma penal, de modo que a vulnerabilidade da criança ou do adolescente seja confirmada como forma de garantia da proteção integral dos menores, independentemente da existência de um eventual consentimento ou de sua vida pregressa, devendo o fato típico ser afastado apenas na hipótese de erro inevitável, o qual é compreendido quando o agente é induzido a erro em relação à idade da vítima.

O art. 217-A do Código Penal buscou tutelar a proteção integral do ser humano menor de quatorze anos, cuja integridade sexual necessita ser penalmente protegida, não cabendo quaisquer discussões sobre o consentimento desses indivíduos no que se refere à temática da sexualidade.

A intenção do legislador ao editar a referida norma foi a de estabelecer a proteção do Estado no saudável desenvolvimento das crianças e adolescentes menores de quatorze anos. A *ratio legis*, portanto, não foi a de violar o direito que cada indivíduo possui à intimidade e a vida privada previstos constitucionalmente, tendo em vista que os menores de quatorze anos não apresentam desenvolvimento suficiente em matéria de sexualidade.

Diante do presente estudo, portanto, foi possível concluir que, ao criar o tipo penal do estupro de vulnerável, o legislador buscou proteger os menores de quatorze anos de criminosos exploradores sexuais e pedófilos, assegurando aos menores um desenvolvimento saudável e seguro.

É dever dos pais, do Estado e da sociedade como um todo a proteção da dignidade das crianças e adolescente. É certo que não se pode deixar de reconhecer as modificações nos costumes da sociedade, no entanto, não há que se falar em consentimento do menor de quatorze anos para manter relações sexuais, vez que estes não têm discernimento suficiente para saber se lhes é prejudicial ou não o ato sexual praticado. Entender ao contrário disso representaria um verdadeiro retrocesso da Ciência Jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita. **In: ConJur**. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>. Acesso em: 1 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Decreto nº 17.943-a, de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistência e proteção aos menores (revogado). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 1979**. Institui o Código de Menores (revogada). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 7 nov. 2018.

BRASIL. **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: 10 nov. 2018.

BRASIL. **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/L8072compilada.htm. Acesso em: 7 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.281, de 4 de junho de 1996**. Revoga os parágrafos únicos dos arts. 213 e 214 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9281.htm. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. **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: 10 nov. 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1480881/PI** (2014/0207538-0) Relator Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO. Data de Julgamento: 26/08/2015 – Unânime. Fonte/Data de Publicação: DJE DATA:10/09/2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Cláudia Gomes de; SILVA, Fernando Laércio Alves da. Fundamentos históricos e legais da tutela da dignidade sexual de crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Revista de Direito**. 2015. Disponível em: www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/189. Acesso em: 10 out. 2018.

COUTO, Cleber. Estupro de vulnerável menor de 14 anos: presunção absoluta ou relativa?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41151>. Acesso em: 1 nov. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Art. 217-A do Código Penal: Presunção de vulnerabilidade?** 2017. Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2017/02/07/art-217-a-do-codigo-penal-presuncao-de-vulnerabilidade>. Acesso em: 10 out. 2018.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: **Revistas Jurídicas LEX**. n. 56 -. Mar/Abr 2012. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOL_ESCENTE.aspx. Acesso em: 13 dez. 2018.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 9. ed. Impetus: Rio de Janeiro, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume 3. 12. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2015.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Estupro Comum e a Figura do Estupro de Pessoa Vulnerável: Novo Tipo Penal Unificado (**Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal n. 32**), out-nov/2009.

MARTINS, José Renato. **O delito de estupro após o advento da lei 12.015/09**: questões controvertidas em face das garantias constitucionais. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2012. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte especial: arts. 121 a 234 do CP. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES SÁ, Rodrigo. **Estupro de vulnerável**: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor. 2012. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigoestuprodevulneravelenviar.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009**. 2014. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-0152009>. Acesso em: 8 nov. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil – Evolução histórica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio. **Crimes Sexuais**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em Conflito com a Lei da Indiferença a Proteção Integral** – uma abordagem sobre a responsabilidade penal. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Savigny Gonçalves de Sousa da. **A relativização do conceito de vulnerabilidade por critério etário nos crimes sexuais**. Monografia de Direito. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/24407/24407.PDF>. Acesso em: 10 out. 2018.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.