

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

ALINE PAIVA PIRES

A RELATIVIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA
ABORDAGEM SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA À LUZ DA LEGISLAÇÃO
VIGENTE

SOUSA

2014

ALINE PAIVA PIRES

A RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ABORDAGEM
SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA À LUZ DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao curso de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade
Federal de Campina Grande, como
exigência para a obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Allison Haley dos Santos

SOUSA

2014

ALINE PAIVA PIRES

A RELATIVIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA
ABORDAGEM SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA À LUZ DA LEGISLAÇÃO
VIGENTE

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao curso de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade
Federal de Campina Grande, como
exigência para a obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Allison Haley dos Santos

Banca Examinadora

Data de aprovação: ____/____/____

Orientador: Prof. Allison Haley dos Santos

Examinador interno 1

Examinador interno 2

À minha família, por todo apoio e dedicação, fundamentais para a concretização de mais uma etapa em minha vida.

AGRADECIMENTOS

O grande Deus, o criador e senhor do universo, meu guia, meu abrigo incondicional. Obrigada por derramar sua bondade em mim, sempre amparando nos momentos difíceis, provendo a paz e a luz necessária quando precisei, e sei que jamais esterei sozinha, pois a minha fé me leva ao Senhor.

Agradeço à minha família, exemplo de dedicação e empenho, por todo carinho, amparo, dedicação e amor essenciais para minha vida.

Em especial, ao meu avô, Emílio (*in memoriam*), por todo o cuidado e zelo que demonstrava por mim, fonte de amor incomparável.

Agradeço também ao meu namorado por todo apoio e atenção, ajudando-me nesta caminhada.

Ao meu orientador, professor Allison, por todo comprometimento e disposição, cuja orientação foi salutar para que alcançasse com dedicação a realização deste projeto.

Aos amigos que me deram apoio para que eu pudesse superar as adversidades da vida, logrando com êxito o curso.

Enfim, obrigada a todos as pessoas que contribuíram pela efetivação desta conquista, não podendo deixar de exprimir pela minha gratidão.

“A justiça, cega para um dos dois lados, já não é justiça. Cumpre que enxergue por igual à direita e à esquerda.” Rui Barbosa.

RESUMO

A Lei nº. 12.015/09 alterou o Código Penal retirando a proteção da moral e dos bons costumes, passando a resguardar a dignidade pessoa humana sob o viés sexual. Criou-se o delito do estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A, consistindo em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, estabelecendo um critério objetivo de vulnerabilidade. Das alterações sofridas pelo Código Penal, então, merece ênfase a condição de vulnerável do menor de catorze anos, valendo-se do critério do mais fraco, que, por se tratar de menor de idade, não pode opor resistência, portanto, o legislador pátrio utilizou-se da teoria absoluta da presunção de vulnerabilidade. Contudo, uma celeuma jurídica é travada desde a vigência do antigo art. 224 do Código Penal que se conservou mesmo após as referidas mudanças. Atualmente, com o advento do novo tipo penal a discussão é acerca do critério de vulnerabilidade, se esta possui natureza relativa ou absoluta. A teoria absoluta mostrou-se insuficiente para resolução dos conflitos práticos, dada a sua inflexibilidade e rigidez. Por outro lado, a aplicação da teoria relativa se apresentou como adequada, vez que acompanha as modificações pelas quais a sociedade sofreu no decorrer dos últimos anos, e seus novos padrões de comportamento. O objetivo do trabalho é, mesmo havendo discussão sobre o tema, demonstrar a possibilidade de relativização da vulnerabilidade, tendo em vista vários elementos, tais como o comportamento da vítima, as circunstâncias nas quais está inserido o delito, o princípio da inocência e da dignidade da pessoa humana. No trabalho foi adotado como método de abordagem o dedutivo para que a temática possa chegar a uma conclusão lógica científica. Ainda, como procedimento metodológico foi utilizado o histórico e monográfico. A técnica de pesquisa explorada foi a fonte indireta, com a análise bibliográfica, jurisprudencial e artigos especializados. Ressalte-se que o trabalho tem o intuito de estudar o tema suscitando a justificação do projeto de lei que culminou com a Lei 12.015/09, o entendimento adotado pelos doutrinadores e Tribunais Pátrios.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável. Relativização. Comportamento da Vítima. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

The Law nº. 12.015/09 changed the Criminal Code by removing the protection of morality and good manners, passing to safeguard human dignity person by the sexual perspective. Was created the crime of rape of vulnerable, typified in Article 217-A, consisting of having sexual intercourse or the practice other libidinous acts with a minor under 14 (fourteen) years old, establishing an objective criterion of vulnerability. From the changes made by the Criminal Code, then, deserves emphasis on the vulnerable condition of the minor of fourteen, using the criterion of the weaker, which, in the case of a minor, cannot resist, therefore, the legislator used the theory of the absolute presumption of vulnerability. Nevertheless, a legal controversy is going on since the validity of the former art. 224 of the Penal Code remained even after such changes. Nowadays, with the advent of new criminal norm the discussion is about the criterion of vulnerability, if it has relative or absolute nature. The absolute theory proved to be insufficient to resolve practical conflicts, due to its inflexibility and rigidity. On the other hand, the application of the relative theory proved to be appropriate, since it comes with changes that the society has undergone over the past few years, and their new patterns of behavior and esteem. The objective of this work is, even having discussion on the subject, to demonstrate the possibility of relativization of the vulnerability, considering various elements, such as the behavior of the victim, the circumstances in which the offense is inserted, the principle of innocence and human dignity. The work adopted as a method of approach the deductive so the issue could come to a scientific logic conclusion. Still, as a methodological procedure and the historical monograph was used. The technique explored research was the indirect source, with the bibliographic, jurisprudence and expert analysis articles. It is noteworthy that the work aims to study the issue posing the justification of the bill that led to the Law 12.015/09, the understanding adopted by native jurists and courts patriotic.

Keywords: Rape of Vulnerable. Relativization. Behavior of the Victim. Constitutional Principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO.....	12
2.1 O CÓDIGO PENAL DE 1940	12
2.2 A REFORMA PENAL TRAZIDA PELA LEI Nº. 12.015/2009.....	14
3. DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	17
3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	17
3.2. BEM JURÍDICO PROTEGIDO E OBJETO MATERIAL	20
3.3 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO	21
3.4 DA CONSUMAÇÃO E DA TENTATIVA	22
3.5 ELEMENTOS OBJETIVO E SUBJETIVO	23
3.7. DA POSSIBILIDADE DO ERRO DE TIPO	29
4. DA RELATIVIZAÇÃO DO CARÁTER DA VULNERABILIDADE.....	31
4.1 DO CRITÉRIO JURÍDICO DE VULNERABILIDADE.....	31
4.2 DA IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO POR RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA DO AGENTE.....	33
4.2.1. Os Princípios da Presunção de Inocência e Dignidade da Pessoa Humana	37
4.2.2. A Verdade Real e a Valoração das Provas.....	40
4.3 ELEMENTOS NORMATIVOS DE RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL	42
4.3.1. Da Innocentia Consilii e do Estado de Maturidade da Vítima	42
4.3.2. A Relevância do Comportamento da Vítima nos Delitos Sexuais.....	44
4.4 DA POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE	47
5 CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

A tutela estatal sobre o bem jurídico da dignidade sexual, alterada pela Lei nº. 12.015/2009, deu-se por força de política criminal, e teve como objetivo a mudança do bem jurídico protegido que antigamente era a moral e os bons costumes, e atualmente passou a ser a dignidade sexual da pessoa humana.

Criou-se então, o tipo penal previsto no artigo 217-A, do Código Penal, intitulado como Estupro de Vulnerável, que consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.

A reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade do menor de catorze anos, utilizando o critério do mais fraco, que por sua faixa etária não pode oferecer resistência. Portanto, o legislador pátrio aplicou a teoria absoluta da presunção de vulnerabilidade.

Todavia, uma celeuma jurídica vem se travando desde a revogação do art. 224 do Código Penal, que teve seu espírito mantido mesmo após as alterações já mencionadas. A discussão em momento atual, com o novel tipo estampado no art. 217-A, é acerca do critério de vulnerabilidade: deve esta ser relativa ou absoluta?

Tal discussão, todavia, deve ser apreciada com minuciosa cautela, e, sobretudo deve ser observada sob a ótica do princípio constitucional da presunção de inocência, que em conjunto com as demais garantias constitucionais permitem ao acusado pela prática de uma infração penal um julgamento justo, conforme o espírito de um Estado Democrático de Direito, baseado em provas concretas e levando em conta critério jurídicos seguros e justos.

Outro ponto que merece destaque é a necessidade de estudo do tema sob o enfoque sociocultural, especialmente quanto ao comportamento das próprias vítimas. À época em que foi editado o Decreto-Lei nº. 2.848 (Código Penal), em 7 de dezembro de 1940, não havia espaço para a flexibilização dos padrões da moral sexual, sendo o sexo considerado um tema imoral.

O atual Código Penal busca proteger a liberdade sexual levando em consideração a dignidade sexual da pessoa humana e ainda critérios históricos e culturais para expurgar do cenário social a violência contra crianças e adolescentes que não podem ficar expostas a prática sexual.

Importante mencionar que a moral sexual como fruto social evoluiu, sendo visível, através de comportamentos, gestos e modismos de conotação sexual, além

da influência da mídia, que despertam nas crianças e adolescentes uma prematura consciência sexual.

Observa-se, portanto, que o tema é controverso e suscita debates mais aprofundados, especialmente porque não possui entendimento pacificado quanto ao critério da vulnerabilidade sexual, devendo o operador do direito analisar os casos concretos sob a ótica do princípio da presunção de inocência e das mudanças socioculturais que ocorrem, o que pode levar a relativização do critério absoluto da vulnerabilidade de menores de idade.

Com a previsão do princípio da presunção de inocência incrustado na Constituição Federal de 1988, além de todas as mudanças socioculturais que a sociedade apresenta, a controvérsia sobre o caráter relativo ou absoluto da vulnerabilidade mostra-se mais atual e polêmico. Por conseguinte, traçando ao longo do texto um raciocínio linear, torna-se possível, ao final, se chegar à identificação dos resultados.

Para a realização do presente trabalho, foi utilizado o método de abordagem dedutivo para que a temática possa chegar a uma conclusão lógica científica. Tal escolha se baseou no fato desse tipo de método fundamentar-se no silogismo, partindo de uma premissa maior, passando por outra menor e chegando a uma conclusão particular.

O trabalho adotou os tipos de métodos de procedimento: histórico e monográfico, pois visa comparar formações anteriores que eram precursoras do que há na atualidade, e ainda, acompanhar a evolução do objeto pesquisado pela história, e observar determinados indivíduos e condições com a finalidade de obter generalizações.

Possui objetivo, eminentemente, explicativo, vez que tem em vista identificar os fatores que determinam ou contribuem para se chegar a mais benéfica solução do conflito sob exame. Mais especificadamente, visa explicar qual a teoria de melhor aplicação em relação à vulnerabilidade do tipo penal do art. 217-A do Código Penal.

A técnica de pesquisa utilizada foi a do levantamento bibliográfico, utilizando o material disponível sobre o assunto, tomando como base as leis que o regulam, assim como os princípios constitucionais que norteiam o caso, bem como o entendimento da doutrina e da jurisprudência, propiciando o exame de um tema e uma futura conclusão.

Com o intuito de melhor atender aos objetivos estabelecidos, o presente

trabalho foi estruturado em três capítulos.

Inicialmente foi feita uma abordagem preliminar sobre o delito do estupro, trazendo breves comentários a respeito da redação anterior até as alterações promovidas pela Lei nº. 12.015/09 no delito de estupro.

No segundo capítulo foram apresentados os principais elementos do tipo penal do artigo 217-A, do Código Penal, e, para isso, foi exposta a sua conceituação, trazendo breves apontamentos pertinentes ao tema, especialmente tratando das elementares do tipo.

E, por último, são apresentados os diversos pontos de vista acerca da interpretação sobre a elementar vulnerabilidade, expondo sobre os elementos que podem justificar a flexibilização da elementar vulnerabilidade.

2 EVOLUÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

Antes de fazer uma abordagem sobre a problemática que envolve o presente trabalho de pesquisa acadêmica, se faz necessário contextualizar historicamente o crime de estupro de vulnerável, destacando as principais mudanças, desde o Código Penal de 1940 até o presente momento.

2.1 O CÓDIGO PENAL DE 1940

O Código Penal, editado pelo Decreto-Lei nº. 2.848 de 1940, através do seu Título VI, sob a epígrafe “Dos Crimes contra os Costumes”, com alicerce nos fortes valores éticos-sociais que na época se faziam presentes, tutelava a moral social, sob o viés sexual.

Sob relevante influência do Código Italiano (Código Rocco), o Código Penal de 1940 buscava a proteção sexual referente aos costumes, primando pela defesa de bens jurídicos que a sociedade considerava importantes, como a moralidade sexual.

O pudor recebera toda atenção do legislador da época da edição do referido diploma legal. Assim, não havia espaço para a tutela dos direitos fundamentais da pessoa, não se buscava o amparo em si do indivíduo, a preocupação se tinha em relação ao comportamento sexual perante a coletividade.

Nesse sentido, merece destaque a lição do autor Fernando Capez (2010):

A proteção dos bons costumes, portanto, sobrelevava em face de outros interesses penais juridicamente relevantes como a liberdade sexual. Era o reflexo de uma sociedade patriarcal e pautada por valores éticos-sociais que primava, sobretudo, pela moralidade sexual e seus reflexos na organização da família, menoscabando, isto é, deixando para um segundo plano, a tutela dos direitos fundamentais do indivíduo.

Como se pode observar, a nomenclatura costumes foi a utilizada pelo legislador de 1940, o qual ditou regras de como as pessoas daquela época deveriam se comportar no âmbito sexual perante a sociedade. Dessa forma, os crimes contra os costumes tratavam-se das condutas que o corpo social reiteradamente repeliu,

taxando-as como moralmente incorretas, vindo a serem tipificadas, sob a ameaça de sanção penal.

Dissertando sob o tema, o insigne HUNGRIA (1959, p. 114 e 115) ressalta a utilização da terminologia adotada, costumes, esta sendo um justo reflexo do pensamento social naquela década:

Os crimes que, de modo genérico, se poderiam denominar sexuais ou atentatórios do pudor (individual ou social), são contemplados pelo nosso atual estatuto penal sob a rubrica 'Dos Crimes Contra os Costumes'. Apesar de mais concisa do que a do antigo Código ('Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor'), essa rubrica é, no entanto, mais compreensiva ou mais correspondente ao conteúdo das disposições que se seguem. O vocábulo 'costumes' é aí empregado para significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale mesmo, a conduta social adequada a convivência e disciplina sociais.

Uma vez adotada a rubrica 'Dos Crimes Contra os Costumes', no seu Título VI, o Código Penal de 40, abarcava diversos tipos penais, a saber: Estupro (art. 213), Atentado violento ao pudor (art.214), Posse sexual mediante fraude (art. 215), Atentado ao pudor mediante fraude (art.216), Sedução (art.217), Rapto (art.219 a art. 222), disposições gerais (art.223 a art. 226), o Lenocínio (art. 227), Tráfico de Mulheres (art. 231) e Ultraje ao Pudor (art. 233 a art. 234).

O Estupro era então tipificado como crime próprio, ou seja, na lição de GRECO, é aquele cujo o tipo penal, exige uma qualidade ou condição especial dos sujeitos ativos e passivos. (2012, p. 90). Dessa forma, apenas o homem poderia ser sujeito ativo, enquanto a mulher necessariamente figurava no polo passivo. Para sua configuração, exigia-se a conjunção carnal, tratando-se, portanto, de crime com forma vinculada.

Em contexto distinto, o atentado violento ao pudor se apresentava como delito comum, isto é, nas palavras do doutrinador CAPEZ (2011, p. 286), pode ser cometido por qualquer pessoa, e de forma livre, não se exigindo requisito especial para sua consumação.

O art. 224 da referida legislação criminal, dentro do Capítulo VI – Disposições Gerais, estabelecia que é ficta a violência quando praticada em desfavor de vítima não maior de catorze anos ou sendo alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância. Nestas situações incidiam a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei nº. 8.072/90, que dispõe sobre os Crimes Hediondos.

Tratava-se, portanto, da denominada Presunção de Violência, tema que foi alvo de diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, acerca de sua natureza, se seria a mesma relativa ou absoluta.

A década de 1940 apresentava padrões de comportamento mais rigorosos em relação aos verificados nos dias de hoje, calcado em valores éticos-sociais que profetizavam uma alta moralidade sexual, resguardando acima de tudo o pudor, deixando em segundo plano a liberdade individual sexual.

2.2 A REFORMA PENAL TRAZIDA PELA LEI Nº. 12.015/2009

A Lei nº. 12.015, publicada em 10 de agosto de 2009, alterou diversos dispositivos do Código Penal de 1940, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei dos Crimes Hediondos, mormente em relação aos crimes contra a liberdade sexual, punindo com maior rigor aqueles cometidos contra crianças e adolescentes.

A primeira das modificações foi a nova denominação do Título VI da Parte Especial do Código Penal, que em legislação anterior se intitulava como “Dos Crimes Contra os Costumes”, passando a tratar de “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

A presente reforma passou a se preocupar com a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, mais especificamente na ótica sexual, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, como também com a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 1º, inciso III a elenca como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Ademais, tal reforma buscou adaptar a legislação às mudanças dos comportamentos sociais ocorridas desde década de 40, já que à época em que foi editado o Decreto-Lei nº. 2.848 (Código Penal), não havia espaço para a flexibilização dos padrões da moral sexual, sendo o sexo considerado um tema imoral, além de que não havia a tutela da dignidade, como elemento ínsito a condição humana.

O atual Código Penal busca proteger a liberdade sexual levando em consideração critérios históricos e culturais para expurgar do cenário social a violência contra crianças e adolescentes que não podem ficar expostas a prática sexual prematura, atendendo aos exaustivos reclames sociais e doutrinários.

Nesse diapasão, é o ensinamento de CAPEZ (2010):

O Título VI, com as modificações operadas pela Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, passou a tratar dos delitos contra a dignidade sexual, substituindo a expressão “Dos crimes contra os costumes”. Mudou-se, portanto, o foco da proteção jurídica. Não se tem em vista, agora, em primeiro plano, a moral média da sociedade, o resguardo dos bons costumes, isto é, o interesse de terceiros, como bem mais relevante a ser protegido, mas a tutela da dignidade do indivíduo, sob o ponto de vista sexual.

Nesse mesmo sentido, o autor GRECO (2012, p. 453) aduz que:

A expressão *crimes contra os costumes* já não traduziam 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.

Nos ensinamentos de ESTEFAM (2009, p. 19):

A expressão escolhida, em nosso sentir, foi oportuna e se encontra em sintonia com o Texto Maior. Deveras, o Direito Penal não se volta à proteção de regras puramente morais ou éticas, mas notadamente à defesa de bens jurídicos (concepção dominante).

Outra importante modificação trazida pela Lei nº. 12.015/09 foi a fusão, em um único artigo, dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, cujas penas eram idênticas. O novo texto do artigo 213 do Código Penal, portanto, passou a ter a seguinte redação: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Assim, este delito deixou de ser somente um crime praticado contra mulheres, admitindo também o homem como sujeito passivo, não se exigindo necessariamente a presença da conjunção carnal para a sua caracterização.

A reforma de 2009 revogou alguns ilícitos penais, tais como atentado violento ao pudor (art. 214), atentado ao pudor mediante fraude (art. 216), sedução (art. 217), raptos (arts. 219 a 222). Outros tipos penais foram modificados pela reforma, quais sejam: casa de prostituição (art. 229), o rufianismo (art. 230), e o estupro (art. 213).

Em relação à corrupção de menores (art. 218), este tipo penal foi trasladado do Código Penal para o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim o Capítulo II do Título VI do Código Penal deixou de se intitular “Da Sedução e da Corrupção de

Menores” recebendo da Lei nº. 12.015/09, a denominação “Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável”.

O atual Código Penal tutela de forma expressa o menor de 14 (catorze) anos de idade, definindo objetivamente como crime de estupro qualquer ato libidinoso praticado contra ele.

Essa previsão legal acabou de certa forma, pondo fim a discussão travada sobre presunção de violência, se seria de natureza absoluta ou relativa, haja vista que todos os casos de presunção de violência previsto no artigo 224 foram revogados pela Lei nº. 12.015 de 2009.

Desta maneira, nasceu o artigo 217-A tratando sobre o estupro de vulnerável. O legislador afastou a acometida expressão presunção de violência, criando o conceito de vulnerabilidade.

Passou a ser considerado como crime hediondo não apenas o estupro, como também o estupro de vulnerável, sendo delitos inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia de acordo com o artigo 5º, inciso XLIII da Carta Magna (1988):

Art. 5 [...].

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Assim, a Lei nº. 12.015/2009 eliminou de vez do ordenamento jurídico brasileiro a denominada presunção da violência, porém observa-se que o legislador pode ter permanecido alheio as transformações sociais, sendo trazida à baila uma nova discussão jurídica acerca da natureza da vulnerabilidade, se esta seria relativa ou absoluta, quando se tratar de menor de 14 anos de idade figurando como vítima no crime de estupro de vulnerável.

Com essa reforma, é possível admitir que existe um novo Direito Penal relativo à liberdade sexual. Tais mudanças demonstraram avanços no âmbito criminal, todavia infelizmente persistiram algumas falhas em relação à incompatibilidade da legislação com o atual cenário sociocultural, como se pode ver a seguir, ao tratar especificadamente do delito de estupro de vulnerável.

3. DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

É imprescindível, antes de adentrar na problemática da pesquisa proposta, fazer a análise do tipo penal do estupro de vulnerável, mencionando suas principais características, elementares normativas e peculiaridades. Trata de familiarizar-se com o presente delito para a posterior apresentação da problemática do referido trabalho monográfico.

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A doutrina aponta que a grande preocupação do legislador, ao elaborar a Lei nº. 12.015 de 7 de agosto de 2009, foi garantir ao menor de 18 anos proteção especial sob a ótica sexual, objetivando combater os diversos tipos de exploração sexual.

Foi necessária a edição de normas mais rígidas com o fim de se combater o abuso sexual, a prostituição infantil, o tráfico de menores para fins sexuais. Tais situações adquiriram maiores proporções no decorrer dos anos, tanto em âmbito nacional, como também no cenário internacional, obrigando o Estado a adotar medidas coercitivas contra tais práticas ilegais.

O Relatório do Estudo das Nações Unidas sobre a Violência Contra Crianças apresentado pelo brasileiro Paulo Sérgio Pinheiro à ONU em agosto de 2006, abordando sobre a exploração sexual contra a criança e adolescente no âmbito doméstico, indica que:

Num resumo de estudos realizados em 21 países (principalmente países desenvolvidos), de 7 a 36 por cento das mulheres e de 3 a 29 por cento dos homens relataram ter sido vítimas de violência sexual na infância e a maioria dos estudos observou que meninas sofreram abusos numa proporção 1,5 a 3 vezes mais alta que meninos. Na maioria dos casos, o abuso ocorreu dentro do círculo familiar. Da mesma maneira, num estudo multipaíses realizado pela OMS envolvendo países desenvolvidos e em desenvolvimento, entre 1 e 21 por cento das mulheres relataram que haviam sofrido abuso sexual antes de completarem 15 anos, na maioria dos casos por parte de parentes do gênero masculino que não eram o pai ou o padrasto.

Como se observa, a exploração sexual praticada contra o menor de 18 anos se acentuava à época do colhimento dos dados, se apresentando como um

problema internacional, merecendo plena atenção dos Parlamentos de cada país. No Brasil, em 2012, fora instaurada, pela Câmara Federal, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, visando apurar e combater os casos de exploração sexual dos menores.

Destarte, o legislador pátrio reservou um capítulo à parte no Código Penal aos crimes contra o vulnerável, resguardando a proteção ao menor de 18 anos. Procurou-se, portanto, atribuir maior efetividade ao mandamento incrustado no § 4º, do artigo 227, da Constituição Cidadã, ao dizer que a lei punirá severamente o abuso, violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Conforme dito anteriormente, o Capítulo II do Código Penal estabelece os crimes sexuais contra vulnerável. Pessoa vulnerável, na dicção do aludido diploma legal, é o menor de 18 anos, que, por sua personalidade ainda em formação, são, em tese, frágeis vítimas do abuso e exploração sexual, sofrendo com maior amplitude a intensidade dos danos causados por delitos dessa natureza. A lei ainda tratou de forma diferenciada o menor de 14 anos, repudiando, à todo custo, as práticas sexuais envolvendo tal sujeito.

Assim, parece ser perceptível que o legislador se utilizou da expressão vulnerável tanto para se referir ao menor de 18 anos, quanto para o menor de 14 anos. Nesse contexto, merece destaque a lúcida explanação de BITENCOURT (2011, p. 90), que assim preleciona acerca do caráter absoluto e relativo da vulnerabilidade:

Na realidade, o legislador faz uma grande confusão com a idade vulnerável, ora refere-se a menor de catorze anos (arts. 217-A, 218 e 218-A), ora a menor de dezoito (218-B, 230, § 1º, 231, § 2º, I, 231-A, § 2º, I). A partir daí pode-se admitir que o legislador, embora não tenha sido expreso, trabalhou com duas espécies de vulnerabilidade, uma absoluta (menor de catorze anos) e outra relativa (menor de dezoito), conforme destacou, desde logo, Guilherme Nucci.

Em sentido oposto, o doutrinador GRECO (2012, p. 535) leciona sem opor qualquer distinção, referindo-se somente ao estupro de vulnerável, o tipo penal previsto no artigo 217-A do Código Penal:

Percebe-se, sem muito esforço, 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 (catorze) anos. No § 1º do mencionado artigo foram previstas entre as

causas de vulnerabilidade da vítima, ou seja, aquelas que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou a que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

O estupro de vulnerável, todavia, não mereceria essa distinção, pois se encontra tipificado no artigo 217-A do Código Penal, no qual consiste em alguém praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de catorze anos, ou com alguém com deficiência mental ou enfermidade não possua o discernimento necessário para a prática, ou por qualquer outro motivo, não possa oferecer resistência.

Trata-se de um delito de forma livre, no qual não se exige forma predeterminada em para sua configuração, ao contrário do que previa anteriormente o crime de estupro, que exigia a conjunção carnal, sendo sua forma vinculada.

Para punir aqueles que venham a infringir essa norma incriminadora, o Código Penal traz como sanção reclusão de oito a quinze anos, sendo o mínimo legal até mesmo superior a pena mínima do crime de homicídio, demonstrando, assim, maior rigor na fixação abstrata da reprimenda.

O tipo penal prevê em seus §§ 3º e 4º modalidades qualificadas, se da prática resulta lesões corporais graves ou morte, respectivamente, exigindo a presença de violência contra a vítima. Por outro lado, observa-se que a conduta em sua forma simples não prevê tal exigência. Na precisa lição de NUCCI (2013, p. 869):

A relação sexual com vulnerável pode ter sido 'consentida' pelo ofendido, que, após, não reclama e pode até ter apreciado. Entretanto, por regras de experiência, captadas pelo legislador, é vedada a prática sexual com tais pessoas, visto que a maioria não tem discernimento suficiente, nem condições de autorizar o ato, logo, a vulnerabilidade de suas situações indica a presunção de ter sido violenta a prática do sexo. De todo modo, são previstas as formas qualificadas pelo resultado, pois é possível ocorrer a relação sexual com efetivo emprego de violência.

Assim, as peculiaridades do referido tipo penal, em pouco tempo, vem causando várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais, tudo objetivando propor a melhor interpretação da real vontade do legislador. Nesse sentido, procura-se aqui debater acerca da natureza jurídica da vulnerabilidade, e as circunstâncias que a envolvem.

3.2. BEM JURÍDICO PROTEGIDO E OBJETO MATERIAL

Devido a mais recente alteração do Título VI do Código Penal Brasileiro, deixou o mesmo de possuir a denominação “Crimes Contra os Costumes”, vindo a ser intitulado “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

O legislador visou elencar como bem jurídico protegido pelo artigo 217-A, a dignidade da pessoa humana, em sua espécie a dignidade sexual. Como consequência protege-se a liberdade sexual do indivíduo, visando dar amparo ao desenvolvimento sexual, para que este possa ocorrer de maneira mais natural possível, sem perturbações, constrangimentos ou traumas.

Na conceituação de SARLET (2002, p. 62), a dignidade humana seria:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Para uma melhor compreensão, cita-se lição de Fernando CAPEZ (2010):

A tutela da dignidade sexual, portanto, deflue do princípio da dignidade humana, que se irradia sobre todo o sistema jurídico e possui inúmeros significados e incidências. Isto porque o valor à vida humana, como pedra angular do ordenamento jurídico, deve nortear a atuação do intérprete e aplicador do direito, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva possibilitar a concretização desse ideal no processo judicial. Na realidade, o princípio da dignidade humana como valor moral e espiritual inerente à pessoa, não foi criado nem construído pela ciência, constituindo “um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais”.

É possível, deste modo, perceber que o Estado abandonou por vez a tutela da proteção jurídica sobre os costumes, enaltecendo mais ainda o seu caráter paternalista, vindo proteger e tutelar a dignidade das pessoas que considera ser mais vulneráveis.

Por objeto material entende ser aquele bem corpóreo ou incorpóreo o qual sofre as consequências da conduta praticada. Segundo, Prado (2011, p. 314), o objeto da ação vem a ser o elemento típico sobre o qual incide o comportamento

punível do sujeito ativo da infração penal.

Nessa toada, GRECO (2012, p. 539) preleciona da seguinte forma:

O objeto material do delito é a criança, ou seja, aquele que ainda não completou os 12 (doze) anos, nos termos preconizados pelo caput do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90) e do adolescente menor de 14 (catorze) anos, bem como a vítima acometida de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, não pode oferecer resistência.

Vê-se com clareza que o objeto material do delito tipificado no artigo 217-A é o menor de 14 anos ou 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, ou seja, a pessoa vulnerável.

3.3 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Com o advento da Lei nº. 12.015/09 qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo do delito de estupro de vulnerável, sem distinções, homem ou mulher, independentemente se a conduta criminosa recaia sobre pessoa do mesmo sexo. Trata-se, pois, de crime comum quanto ao sujeito ativo, haja vista que não se exige qualquer característica especial.

Com efeito, é perfeitamente possível que a conduta atinja indivíduo do mesmo sexo, todavia, quando ocorrer a conjunção carnal, ou seja, o encontro das carnes, a relação deve ser, necessariamente, heterossexual. Exigência não contemplada quando se tratar de prática de outro ato libidinoso, podendo ser o sujeito ativo e passivo do mesmo gênero.

Nesse diapasão, merece destaque os comentários do doutrinador GRECO (2012, p. 539):

Tanto o homem quanto a mulher podem figurar como sujeito ativo do delito de estupro de vulnerável, com a ressalva de que, quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá, obrigatoriamente, ser heterossexual; nas demais hipóteses, ou seja, quando o comportamento for dirigido a praticar outro ato libidinoso, qualquer pessoa poderá figurar nessa condição.

Há de se asseverar que por fazer parte do rol dos crimes hediondos (art. 1º, inciso VI, da Lei nº. 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos), respondem pelo crime de

estupro de vulnerável os mandantes, os executores, e os que, podendo evitá-los, se omitirem, conforme artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988.

Sujeito Passivo, de igual modo, pode ser qualquer pessoa que apresente peculiar condição de vulnerabilidade exigida pelo tipo penal, em razão de ser menor de catorze anos de idade, ou, ainda, tratar-se de indivíduo que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa ou circunstâncias, não pode oferecer resistência ou defesa.

Ressalta-se que, no estupro de vulnerável, a pessoa do gênero masculino também pode ser vítima do aludido delito, figurando como sujeito passivo, tal como ocorria no revogado tipo penal do atentado violento ao pudor. Dessa forma, o crime de estupro de vulnerável se configura independentemente se a relação é heterossexual ou homossexual.

3.4 DA CONSUMAÇÃO E DA TENTATIVA

O Código Penal, em seu artigo 14, inciso I, estabelece que o crime está consumado quando nele se reunirem todos os elementos normativos para caracterização do tipo legal. Ou seja, nas palavras de PRADO (2011, p. 507), dá-se a consumação delitiva quando o autor realizou toda a conduta descrita no tipo de injusto, provocando, ainda, o resultado, quando esse for aquele exigido.

Destarte, em se tratando da primeira parte do *caput* do artigo 217-A, do aludido diploma repressivo, o delito de estupro de vulnerável se consuma com a efetiva conjunção carnal, sendo irrelevante se a penetração fora parcial ou total, mesmo se não houver o rompimento da membrana do hímen, quando existe, ou ainda, a ejaculação.

No que tange a parte final do *caput* do referido dispositivo, o crime de estupro de vulnerável também estará consumado com a efetiva realização de ato libidinoso diverso da conjunção carnal com a vítima.

Por outro lado, na dicção do inciso II do artigo 14, do Código Penal, a tentativa é a execução incompleta do tipo objetivo, que não se realiza por circunstâncias alheias à vontade do agente. Para ZAFFARONI (2011, p. 601), a tentativa é conduta que não chega a preencher todos os elementos do típico, por

permanecer numa etapa anterior a sua realização.

Por se tratar de crime plurissubsistente, a doutrina majoritária entende perfeitamente admissível a figura da tentativa no delito de estupro de vulnerável, malgrado sua difícil constatação prática.

A tentativa se configura quando o agente, iniciando a execução do delito com a prática dos atos propensos à sua consumação, é interrompido por circunstâncias alheias à sua vontade, seja por reação da vítima, intervenção de terceiro, ou, ainda, a desistência voluntária, que deve acontecer antes da prática libidínosa. Exige-se, ainda, que, no caso concreto, fique cabalmente demonstrado que o agente possuía o ânimo de praticar ato sexual com pessoa vulnerável.

Nesse sentido, dissertando sobre o tema, MIRABETE (2010, p. 412 e 413) se posiciona:

Há tentativa, por exemplo, se o agente proferiu grave ameaça ao menor para que se submetesse aos atos libidínosos, mas este logrou a fugir; se o agente e a menor de 14 anos são surpreendidos, já despidos, no interior de um motel, quando se preparavam para a prática dos atos sexuais, etc.

Vale repetir que, em qualquer caso, a vítima deve apresentar as características previstas no *caput*, ou do § 1º do artigo 217-A, do Código Penal, sendo irrelevante se consentiu ou não para a prática do ato sexual.

3.5 ELEMENTOS OBJETIVO E SUBJETIVO

A conduta incriminadora prevista no artigo 217-A, *caput*, consiste em ter conjunção carnal ou praticar ato libidínoso diverso com pessoa vulnerável (menor de catorze anos ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou, de qualquer outra maneira não pode oferecer resistência).

Conjunção carnal, segundo CAPEZ (2012, p. 111) é a cópula vaginal, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher. Nessa modalidade de conduta, malgrado na maioria das vezes, o homem figure como sujeito ativo enquanto a mulher componha o polo passivo, nada impede que pessoa do sexo feminino mantenha conjunção carnal com menor vulnerável, caracterizando a primeira conduta dessa norma incriminadora.

A segunda conduta, tipificada no *caput* do referido tipo penal, consiste em o agente (homem ou mulher) praticar outro ato libidinoso, podendo ser do sexo masculino, como feminino, sendo ato libidinoso outras formas de ato de cunho sexual diverso da conjunção carnal, ou, na lição de PRADO (2011, p. 623 e 624):

Ato libidinoso, também elemento normativo, é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência. Como exemplos de atos libidinosos podem ser citados: *fellatio* ou *irrumatio in ore*, *connilingus*, *pennilingus*, *annilingus* (caso de sexo oral, bucal ou lingual); coito anal, penetração *inter femora*; masturbação; toques e apalpadelas no corpo ou membros inferiores da vítima; contemplação lasciva; contatos voluptuosos, uso de instrumentos mecânicos ou artificiais, entre outros.

Percebe-se que ato libidinoso é tido como gênero, do qual a conjunção carnal seria uma espécie.

Salienta-se ainda que muito se discute se o artigo 217-A do Código Penal se trata de um tipo penal misto alternativo ou cumulativo. Dissertando sobre o tema, MIRABETE (2010, p. 410 e 411) aduz:

Discute-se na doutrina se o art. 217-A descreve um tipo misto alternativo ou cumulativo. Entendemos tratar-se de tipo misto cumulativo, punindo-se num único artigo condutas distintas, a de ter conjunção carnal e a de praticar ato libidinoso com menor de 14 anos, ou outra pessoa vulnerável (§ 1º). A prática de uma ou outra conduta configura o crime de estupro de vulnerável e a realização de ambas constitui, em princípio, duas infrações. O reconhecimento da ocorrência de crime único, concurso material ou continuidade delitiva dependerá, porém, do contexto fático em que ações forem realizadas. Se os atos libidinosos praticados com a pessoa vulnerável constituem prelúdios ou atos preparatórios da conjunção carnal, há crime único. Se, no entanto, após a cópula vagínica o agente pratica com a vítima coito anal, comete dois crimes de estupro. Inclina-se, porém, boa parte da doutrina a reconhecer a existência de tipos mistos alternativos nos crimes de estupro (art. 213) e de estupro de vulnerável (art. 217-A) e, assim, segundo essa orientação, a prática de uma ou de ambas condutas típicas, ainda que de forma reiterada no mesmo contexto fático, configura-se crime único.

Como se vê, parte da doutrina inclina-se no sentido de que o art. 217-A é um tipo penal cumulativo, ressalvando os casos de aplicação do princípio da consunção. Contudo, muitos doutrinadores (Vicente Greco Filho, Rogério Greco, Guilherme de Souza Nucci) defendem que a prática de uma ou mais condutas descritas no referido artigo leva à configuração de um delito único, haja vista que se trata de tipo penal misto alternativo, não se devendo falar em cumulação, e, por conseguinte em

concurso de delitos.

Posto isto, assevera-se que a figura típica do estupro de vulnerável apenas se configura se a conduta recaia em pessoa vulnerável. Nesse contexto, considera-se vulnerável pessoa menor de 14 (catorze) anos, ou alguém que possuiu alguma enfermidade ou deficiência mental, não tendo o necessário discernimento para a prática do ato, ou, por qualquer outro meio, não pode opor resistência.

Dissertando sobre o tema, GOMES (2009, p. 65) assevera, com clareza, que:

Enfermidade é sinônimo de doença, moléstia, afecção ou outra causa que comprometa o normal funcionamento de um órgão, levando a qualquer estado mórbido. Apresentando base anatômica, a doença enseja a alteração da saúde física ou mental. Pode ser provocada por diversos fatores, tais como: carências nutricionais, traumas decorrentes de impactos físico ou emocional, ingestão de tóxicos (drogas e álcool), parasitários (por ação de vermes, fungos), infecciosos (por ação de vírus, bacilos, bactérias), degenerativos (inerente ao próprio organismo, como a arteriosclerose, tumores e cânceres em geral).

Logo, por enfermidade mental deve-se compreender toda doença ou moléstia que comprometa o funcionamento adequado do aparelho mental. Nessa conceituação, devem ser conceituados os casos de neuroses, psicopatias e demências mentais.

Deficiência, porém, significa a insuficiência, imperfeição, carência, fraqueza, debilidade. Por deficiência mental entende-se o atraso no desenvolvimento psíquico

Dessa forma, nas palavras de GRECO (2012, p. 536), além do critério biológico (enfermidade ou doença mental), para que a vítima seja considerada como pessoa vulnerável, não poderá ter o necessário discernimento para a prática do ato (critério psicológico).

Para a configuração deste crime há necessidade do cerceamento do poder de resistência e defesa da vítima, deixando-a impossibilitada de se opor à prática do ato sexual, malgrado a dispensa de uma resistência heroica, deve-se ser verificada, em cada caso concreto, a proporção de forças entre o agente e ofendido. Não se exige, inclusive, que se esgotem todos meios de defesa da vítima, a ponto de arriscar sua própria vida, bastando, apenas, a demonstração do constrangimento sofrido por ela, caracterizado pelo emprego de violência ou grave ameaça na execução do ato forçado.

Tal circunstância, todavia, não se exige no estupro de vulnerável. O delito do artigo 217-A caracteriza-se com a prática da conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa vulnerável, independentemente se, na sua execução, o agente se utiliza de emprego de violência ou grave ameaça.

Neste sentido, MIRABETE (2010, p. 412) se posiciona:

Em todas as hipóteses em que se configura o estupro de vulnerável, como já visto, o emprego de violência, grave ameaça ou fraude é desnecessário para caracterização do delito e a sua ocorrência não desloca a tipicidade do fato para a dos crimes de estupro ou violação sexual mediante fraude. Assim, deve-se ter por configurado o estupro de vulnerável também nos casos em que o agente emprega violência, grave ameaça ou fraude para reduzir a vítima ao estado de absoluta impossibilidade de resistência antes da prática da conjunção carnal ou do ato libidinoso. É o que pode ocorrer nas hipóteses: do agente que, após desferir um golpe violento na vítima, a amarra e a amordaça para então estuprá-la; da vítima que é constrangida mediante grave ameaça a ingerir um potente narcótico; do médico ou enfermeiro que, a pretexto de administrar um medicamento, injeta na vítima uma substância anestésica ou outra droga que lhe causa a perda da consciência etc. Entendimento diverso, que excluísse a situação criada pelo próprio agente, implicaria tratamento punitivo claramente injusto, penalizando-se mais gravemente quem se limita a se aproveitar da situação de incapacidade absoluta da vítima, porque responderia por estupro de vulnerável, enquanto quem dolosamente atuou para criar essa incapacidade seria punido com as penas mais leves cominadas para o estupro.

Percebe-se, portanto, que na figura típica do estupro de vulnerável a vulnerabilidade é presumida, tal como a incapacidade de resistência da vítima a opor-se a prática do ato sexual, sendo irrelevante, para o aludido tipo penal, a presença de violência ou grave ameaça.

Alguns doutrinadores, no entanto, relativizam tal presunção, asseverando pela necessidade de comprovação em cada caso concreto. Nessa esteira, merece destaque a lição de BITTENCOURT (2011, p. 98):

Dizemos, basicamente, por que, assim como a violência é presumida, a incapacidade de resistir igualmente o é nesta infração penal. No entanto, tal qual a violência, essa presunção implícita, também em relação a incapacidade de consentir ou *mutatis mutandis*, de resistir, é igualmente submetida a necessidade de ser comprovada, in concreto, relativizando-se tais presunções, conforme explanamos anteriormente. Em outros termos, essa dupla presunção é relativa.

Por outro lado, no que se refere ao elemento subjetivo do delito do estupro de vulnerável, o dolo se faz necessário, devendo haver a vontade consciente de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com a vítima vulnerável, seja por se tratar de menor de catorze anos de idade, ou de alguém que, por deficiência mental ou qualquer outra razão, não pode oferecer resistência, nem possui o necessário discernimento para a sua prática.

O sujeito ativo, portanto, deve conhecer, previamente ou no momento que

estão acontecendo os fatos, todas as elementares do tipo, não bastando que o conhecimento seja potencial, tal como ocorre no elemento da culpabilidade: consciência da ilicitude.

Nesse sentido, o doutrinador BITTENCOURT (2011, p. 98) esclarece que:

A consciência de todas as elementares do tipo, como elemento do dolo, deve ser atual, isto é, deve existir no momento em que a ação está acontecendo, ao contrário da consciência da ilicitude (elemento da culpabilidade), que pode ser apenas potencial. Na verdade, basta que a “consciência”, elemento intelectual do dolo, seja meramente potencial, como ocorre na culpabilidade. Dito de outra forma, essa distinção justifica-se porque o agente deve ter plena consciência, no momento em que pratica a ação, daquilo que quer realizar – conjunção carnal ou outro ato libidinoso - bem como com quem deseja realizá-lo (alguém vulnerável). Assim, o agente deve ter não apenas consciência de que pratica uma relação sexual com alguém, mas também que o faz com menor de catorze anos ou com alguém portador de deficiência mental e, além disso, deve ter consciência também das consequências de sua ação e dos meios que utiliza para executá-la.

É imprescindível ainda que a vontade do agente deva abranger a ação, a execução, os meios utilizados na realização do crime, e o nexos de causalidade, executando o plano mental do delito por ele cogitado, ou, no caso de dolo eventual, assumindo o risco e a conformação com o resultado.

Merece destaque, ainda, na precisa lição de BITTENCOURT (2011, p. 98 e 99):

Além desse elemento intelectual, é indispensável ainda o elemento volitivo, sem o qual não se pode falar em dolo, direto ou eventual. Em outras palavras, a vontade deve abranger, igualmente, a ação (prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso), o resultado (execução efetiva da ação proibida), os meios (de forma livre ou algum meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima) e o nexos causal (relação de causa e efeito). Por isso, quando o processo intelectual volitivo não atinge um dos componentes da ação descrita na lei, o dolo não se aperfeiçoa, isto é, não se realiza. Na realidade, o dolo somente se completa com a presença simultânea da consciência e da vontade de todos os elementos constitutivos do tipo penal. Com efeito, quando o processo intelectual-volitivo não abrange qualquer dos requisitos da ação descrita na lei, não se pode falar em dolo, configurando-se o erro de tipo, e sem dolo não há crime, ante a ausência de previsão da modalidade culposa.

É necessário, portanto, que o dolo do agente alcance todos os elementos descritos na ação, caso contrário, incide em erro de tipo, haja vista que não há crime de estupro de vulnerável sem dolo, em face da ausência de previsão da espécie culposa.

3.6 DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

No ordenamento jurídico pátrio todo aquele que ver o seu direito ameaçado ou lesionado poderá por meio da ação pleitear a proteção do seu direito. O direito à ação está previsto constitucionalmente, no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna de 1988. Assim deve pleitear ao Poder Judiciário, por meio da ação, sempre objetivado a proteção de determinado bem jurídico tutelado pelo Direito, invocando o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Nas palavras de NUCCI (2013, p. 604), cumpre conceituar ação penal como sendo o direito de pleitear ao Poder Judiciário a aplicação da lei penal ao caso concreto, fazendo valer o poder punitivo do Estado em face do cometimento de uma infração penal.

Para a apuração dos crimes é necessário a instauração da Ação Penal, uma vez que ela é o meio hábil para que seja possível a *persecutio criminis*. No âmbito Penal, em regra a titularidade da ação penal, em regra, é do próprio Estado, exercida por um de seus órgãos (de natureza administrativa), ou seja, o Ministério Público conforme é o regramento do artigo 129, I, da Constituição Federal.

O órgão ministerial não deve buscar somente a condenação do acusado, como também deve atuar em defesa do réu quando o caso concreto apresentar elementos que ensejam a absolvição do mesmo.

Assim, quando o indivíduo pratica a conduta criminosa, surge, neste momento, concretamente, o direito de punir do Estado. Sobre o tema, as lições de PRADO (2012, p. 841) seguem no seguinte sentido:

A atividade punitiva, entendida como o direito subjetivo de punir exclusivo do Estado, permanece abstrato enquanto não transgredida a norma penal. Constatada a sua violação, aquele direito genérico modifica-se perante o infrator, transformando-se em um direito concreto e efetivo de punir. Nesse momento surge a pretensão punitiva, ou *jus perseguendi*, que é o direito do Estado de fazer atuar a lei penal. Esse direito, contudo, não é incondicional e ilimitado, visto que não é dado aos poderes estatais aplicarem a sanção penal de maneira arbitrária e discricionária.

Importante destacar que a ação penal, em relação à legitimidade para a sua propositura, classifica-se em ação penal pública e ação penal privada. Aquela, no entanto, é subdividida em ação penal pública incondicionada e condicionada. A ação

penal pública incondicionada é, em regra, as intentadas no Poder Judiciário, na qual a lei conferiu ao Ministério Público a titularidade exclusiva para promovê-la em determinados crimes.

Antes do advento da Lei nº. 12.015 de 2009, nos crimes sexuais, a ação era intentada mediante queixa-crime, pois conforme a legislação pretérita, a titularidade pertencia ao ofendido. Com a reforma trazida pela citada lei, a ação penal passou a ser condicionada à representação e com algumas exceções através da ação penal pública incondicionada.

O delito de estupro de vulnerável está entre os crimes que comportam as exceções trazidas pelo legislador, uma vez que estabelece que a ação será pública incondicionada quando o sujeito passivo do delito for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, conforme o teor do artigo 225 do Código Penal.

É latente a maior preocupação do legislador com a proteção dos que detêm essa qualidade de vulnerável, ao estabelecer para a percução criminal, que esta deve ser intentada por meio de ação penal pública incondicionada, ou seja, dispensando a necessidade de representação, autorização ou até mesmo a iniciativa do particular, evitando a impunidade de infrações penais.

3.7. DA POSSIBILIDADE DO ERRO DE TIPO

No tocante ao erro de tipo, este deve recair sobre as elementares ou circunstâncias do tipo penal. O agente da conduta acredita estar agindo conforme os ditames normativos, tendo uma visão falsa sobre a realidade.

Tal instituto está disposto no artigo 20 do Código Penal, trazendo como consequências a exclusão do dolo, e somente permitindo a punição no caso da existência de culpa na conduta praticada pelo sujeito ativo.

Em relação ao erro de tipo no campo do crime de estupro de vulnerável, quando a vítima é menor de 14 anos, o agente não conhecendo circunstância relevante do delito pode ter sua responsabilização criminal excluída.

Tanto na seara doutrinária quanto jurisprudencial admite-se a aplicação do instituto do erro de tipo no delito em estudo. Sobre o tema, GRECO (2012, p. 534 e 535) leciona evidenciando o seguinte exemplo:

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, devido à sua compleição física, bem como pelo modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas etc., quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um motel, onde com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, mantendo em vista a ausência de violência física ou grave ameaça.

Esse caso é o mais comum abordado pela doutrina, onde o fato de o agente conhecendo a vítima, e acreditando que a mesma possui aparência física de maior de 18 anos, mantém com ela relações sexuais, e só em momento posterior descobre que a pessoa era menor de idade. Sendo assim, é imperioso aplicar o erro de tipo neste caso, pois o erro é inevitável e recai sobre uma elementar do tipo, e como resultado a conduta torna-se atípica, não podendo o agente ser punido.

Em tempos atuais, é possível se verificar com maior facilidade o erro de tipo, em uma sociedade em que o desenvolvimento físico de pessoas menores de 14 anos, é acelerado, estas apresentem aparência de ser uma pessoa de maior faixa etária. Assim neste contexto, a aplicação do erro de tipo ganha maior relevância.

Para que possa configurar o estupro de vulnerável, é necessário que o agente conheça da circunstância que compõe o tipo, qual seja, a vítima ser menor de 14 anos. Caso contrário, desconhecendo de tal elementar, o autor do delito poderá valer-se de tal benefício, pleiteando pela exclusão do dolo, e consequente atipicidade da conduta.

4. DA RELATIVIZAÇÃO DO CARÁTER DA VULNERABILIDADE

4.1 DO CRITÉRIO JURÍDICO DE VULNERABILIDADE

O Código Penal de 1940 trazia em seu dispositivo 224 a chamada presunção de violência, disposição que consistia na caracterização da conduta criminosa mesmo se o ato fora praticado com anuência da vítima, em face da especial condição do sujeito passivo.

Assim, segundo as disposições contidas no referido dispositivo, a violência era presumida quando a vítima fosse menor de 14 anos; alienada ou doente mental, e o agente conhecia dessa circunstância; ou se tratar de vítima que, por qualquer outro motivo, não pudesse oferecer resistência.

Vale ressaltar que muito se discutiu acerca da natureza jurídica da presunção de violência, se era absoluta ou relativa, haja vista as consequências jurídicas advindas de cada uma das posições. A presunção de caráter absoluto tinha a violência como presumida, inadmitindo prova em contrário, enquanto que, a relativa permitia que a presunção fosse ilidida no decorrer da instrução processual.

A maioria dos tribunais pátrios passou a adotar o entendimento de que a presunção de violência possuía natureza relativa. Tal entendimento foi inclusive consolidado no Superior Tribunal de Justiça, merecendo destaque julgado proferido nos autos do Recurso especial: 542324 BA, pelo Superior Tribunal de Justiça:

Crime contra a liberdade sexual (estupro). Menor de 14 anos (presunção de violência relativa). Consentimento válido da menor (relevância). 1. É missão fundamental do Penal tutelar bens jurídicos, todavia a sua intervenção depende de efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem tutelado pela norma. Não há responsabilidade penal por ato de outrem, tampouco por ato inexistente. **2. Reputa-se relativa a violência presumida disposta no inciso a do art. 224 do Cód. Penal.** 3. O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e contra a violência sexual de homem ou mulher, e não contra atos sexuais que se baseiem em vontade livre e consciente. 4. No caso, o consentimento não-viciado e o livre convencimento da menor de 14 anos para a prática da conjunção carnal com o namorado elidem a tipificação do crime de estupro. 5. Recurso do qual se conheceu pelo dissídio, mas ao qual se negou provimento. (STJ - REsp: 542324 BA 2003/0102136-5, Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Data de Julgamento: 09/12/2005, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/04/2008 RT vol. 873 p. 557). (Grifou-se).

Malgrado toda a discussão acerca do tema, a Lei nº. 12.015 de 2009, dentre

as alterações por ela promovidas, acabou por revogar o artigo 224 do Código Penal, afastando a ideia de violência presumida, todavia, substituiu-a por tipo penal autônomo.

Criou-se, então, a figura do estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, do Código Penal, permanecendo a polêmica, transferindo o debate acerca da natureza jurídica, que anteriormente gravitava em torno da presunção de violência, para a vulnerabilidade, se esta é relativa ou absoluta.

A Lei nº. 12.015/09 trouxe em seu escopo legal uma situação jurídica de responsabilidade objetiva, o que é vedado pela legislação penal brasileira. Assim, merece destacar parte da justificativa (2004) ao projeto que culminou na elaboração da lei supramencionada:

O constrangimento agressivo previsto pelo novo art. 213 e sua forma mais severa contra as adolescentes a partir de 14 anos devem ser lidos a partir do novo art. 217 proposto. Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.

Vê-se, dessa forma, que o legislador visou retirar a discricionariedade do julgador ao decidir sobre o caso concreto que verse sobre estupro de vulnerável quando praticado contra menor de 14 anos.

Mesmo sendo tema recente, parcela da doutrina posiciona-se no sentido de que a vulnerabilidade, de que trata o artigo 217-A, deve ser tratada de forma absoluta, vez que, com a nova redação, se evidenciou a proibição de praticar relação sexual com menor de 14 anos e outras pessoas consideradas vulneráveis.

Contudo, em face do princípio da intervenção mínima do direito penal, é necessário especial cuidado com o conceito de vulnerabilidade, devendo ser analisado, no caso concreto, se houve efetivamente violação ao bem jurídico tutelado, qual seja a dignidade sexual.

O autor NUCCI (2009, p. 37), em explanação sobre o tema, sustenta 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 do 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? Essa é a posição que nos parece mais acertada, a lei não poderá jamais modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.

Assim, segundo o doutrinador citado, não se pode interpretar a vulnerabilidade prevista no Código Penal como de natureza absoluta, sendo preciso analisar as circunstâncias e especificidades inerentes ao caso concreto, com fito de impedir que a literal interpretação da lei produza decisões inócuas e injustas.

4.2 DA IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO POR RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA DO AGENTE

O Direito Penal, atendendo as evoluções sociais, deve acompanhar as novas situações, amoldando-se às problemáticas sucedidas, retirando de sua área de incidência fatos que já não merecem proteção, pois, ou passaram a ser considerados socialmente adequados ou os demais ramos do direito se mostram eficazes na sua tutela.

Por outro lado, há bens que passam a ser considerados de máxima importância, necessitando de especial atenção do Direito Penal, criando novos tipos penais, prescrevendo, assim, sanções para quem os infringirem, é o chamado Princípio da Adequação Social.

Essa interferência estatal, contudo, de acordo com o princípio da intervenção mínima, tem que acontecer de forma comedida, na medida da sua real necessidade. A tutela penal atua de forma subsidiária, somente quando os outros ramos não são suficientes para a proteção de determinado bem jurídico.

Tratando o Direito Penal como *ultima ratio*, merece destaque a lição de BITENCOURT (2010, p. 43):

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.

Vê-se, dessa forma, que o direito penal atua apenas como último recurso na tutela dos bens jurídicos, apenas quando não for possível a proteção por outros meios extrapenais.

Posto isto, o Estado somente pode aplicar uma sanção a quem que, atuando com dolo - seja direto ou eventual - ou culpa, pratique um fato típico e ilícito, incidindo juízo de reprovação. Trata-se do princípio da culpabilidade, que norteia o direito penal, consagrando a responsabilidade penal subjetiva, que estabelece que apenas pode-se responsabilizar criminalmente por uma ação ou omissão que haja dolo ou culpa. Ao proceder dessa forma, o ordenamento jurídico penal acabou por afastar inexoravelmente a possibilidade de responsabilização objetiva.

Nesse diapasão, o doutrinador PRADO (2012, p. 167 e 168) preleciona o seguinte:

Pela primeira acepção, afasta-se a responsabilidade penal pelo resultado, referida exclusivamente à imputação de fatos objetivos. Além disso, no campo da consequência jurídica e sua medição, busca-se através dele o reconhecimento das circunstâncias individuais que são significativas para determinação da pena concreta.

Com sua adoção, repudia-se a responsabilidade penal objetiva ou pelo resultado fortuito decorrente de atividade lícita ou ilícita. O agente, aqui, responde pelo simples fato materialmente o evento, sem nenhum liame psicológico.

Como se percebe, é vedada a aplicação da responsabilidade penal objetiva, sendo necessária a análise pormenorizada das circunstâncias que envolvem o caso concreto, levando em consideração as mudanças sociais concernentes ao comportamento sexual dos jovens em momento atual. Sendo assim, levando somente em consideração o critério da idade, menor de 14 anos, estar-se-á afastando a análise da culpabilidade do agente, sendo criada uma situação clara de responsabilização penal objetiva.

Sobre o assunto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, logo após a vigência da Lei nº. 12.015/2009, pontificou o entendimento de que vulnerabilidade da

vítima menor de 14 anos não pode ser tida como absoluta, sob pena de configurar manifesta responsabilidade penal objetiva.

Esse foi o entendimento explanado no julgamento da Apelação Crime nº. 70046185104:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE VÍTIMA E RÉU. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. A vulnerabilidade da vítima - tal como disposta no art. 217-A do Código Penal - não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário - o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva -, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes. No caso em tela, dos elementos colhidos durante a fase inquisitória, principalmente do depoimento da vítima, extrai-se que esta (adolescente com 13 anos de idade) e o réu mantiveram relacionamento amoroso por determinado período, no qual ocorreram relações sexuais voluntárias e consentidas. Frente a tal realidade, impõe-se a confirmação da decisão que rejeitou a denúncia por ausência de justa causa para a ação penal. (Apelação Crime Nº 70046185104, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 08/03/2012).

Pela decisão acima transcrita, chega-se ao pensamento de que uma vez entendida a vulnerabilidade tratada no art. 217-A, *caput*, do CP, como absoluta apenas pelo fator idade, constituiria situação de responsabilização objetiva, o que é vedado no ordenamento jurídico, devendo ser observado minuciosamente as peculiaridades que ladeiam cada caso. O Direito Penal, atendendo as evoluções sociais, deve acompanhar as novas situações, amoldando-se às problemáticas sucedidas, retirando de sua área de incidência fatos que já não merecem proteção, pois, ou passaram a ser considerados socialmente adequados ou os demais ramos do direito se mostram eficazes na sua tutela.

Por outro lado, há bens que passam a ser considerados de máxima importância, necessitando de especial atenção do Direito Penal, criando novos tipos penais, prescrevendo, assim, sanções para quem os infringirem, é o chamado Princípio da Adequação Social.

Essa interferência estatal, contudo, de acordo com o princípio da intervenção mínima, tem que acontecer de forma comedida, na medida da sua real necessidade. A tutela penal atua de forma subsidiária, somente quando os outros ramos não são suficientes para a proteção de determinado bem jurídico.

Tratando o Direito Penal como *ultima ratio*, merece destaque a lição de

BITENCOURT (2010, p. 43):

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.

Vê-se, dessa forma, que o direito penal atua apenas como último recurso na tutela dos bens jurídicos, apenas quando não for possível a proteção por outros meios extrapenais.

Posto isto, o Estado somente pode aplicar uma sanção quando alguém atuando com dolo, seja direto ou eventual, ou culpa, pratique fato típico e ilícito, incidindo juízo de reprovação. Trata-se do princípio da culpabilidade, que norteia o direito penal, consagrando a responsabilidade penal subjetiva, que estabelece que apenas pode-se responsabilizar criminalmente por uma ação ou omissão que haja dolo ou culpa. Ao proceder dessa forma, o ordenamento jurídico penal acabou por afastar inexoravelmente a possibilidade de responsabilização objetiva.

Nesse diapasão, o doutrinador PRADO (2012, p. 167 e 168) preleciona o seguinte:

Pela primeira acepção, afasta-se a responsabilidade penal pelo resultado, referida exclusivamente à imputação de fatos objetivos. Além disso, no campo da consequência jurídica e sua medição, busca-se através dele o reconhecimento das circunstâncias individuais que são significativas para determinação da pena concreta.

Com sua adoção, repudia-se a responsabilidade penal objetiva ou pelo resultado fortuito decorrente de atividade lícita ou ilícita. O agente, aqui, responde pelo simples fato materialmente o evento, sem nenhum liame psicológico.

Como se percebe, é vedada a aplicação da responsabilidade penal objetiva, sendo necessária a análise pormenorizada das circunstâncias que envolvem o caso concreto, levando em consideração as mudanças sociais concernentes ao comportamento sexual dos jovens em momento atual. Sendo assim, levando somente em consideração o critério da idade, menor de 14 anos, estar-se-á afastando a análise da culpabilidade do agente, sendo criada uma situação clara de responsabilização penal objetiva.

Sobre o assunto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, logo após a

vigência da Lei nº. 12.015/2009, pontificou o entendimento de que vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos não pode ser tida como absoluta, sob pena de configurar manifesta responsabilidade penal objetiva.

Esse foi o entendimento explanado no julgamento da Apelação Crime nº. 70046185104:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE VÍTIMA E RÉU. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. A vulnerabilidade da vítima - tal como disposta no art. 217-A do Código Penal - não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário - o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva -, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes. No caso em tela, dos elementos colhidos durante a fase inquisitória, principalmente do depoimento da vítima, extrai-se que esta (adolescente com 13 anos de idade) e o réu mantiveram relacionamento amoroso por determinado período, no qual ocorreram relações sexuais voluntárias e consentidas. Frente a tal realidade, impõe-se a confirmação da decisão que rejeitou a denúncia por ausência de justa causa para a ação penal. (Apelação Crime Nº 70046185104, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 08/03/2012).

Pela decisão acima transcrita, chega-se ao pensamento de que uma vez entendida a vulnerabilidade tratada no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, como absoluta apenas pelo fator idade, constitui situação de responsabilização objetiva, o que é vedado no ordenamento jurídico, devendo ser observado minuciosamente as peculiaridades que ladeiam cada caso concreto.

4.2.1. Os Princípios da Presunção de Inocência e Dignidade da Pessoa Humana

Em um Estado Democrático de Direito é inaceitável que os princípios sejam encarados como fontes subsidiárias para resolução de conflitos no mundo jurídico. Ao passo que o legislador constituinte os firmou em reflexo com o tipo de Estado instituído, com a história de um país, revoluções e conquistas.

Diante disso, sejam princípios implícitos ou explícitos na Constituição Federal de 1988, é de suma importância que seja dada eficácia igual às normas contidas na citada Lei Maior, pois exercem o papel de suporte de um sistema jurídico, como bem preleciona MELLO (2009, p. 53) ao definir o que seja um princípio jurídico:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

O princípio da presunção de inocência ou também chamado de princípio da não culpabilidade, defendido em outras cartas como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, teve suas origens na Magna Carta, em 1215, assinada pelo rei João sem Terra, onde surgiu a expressão *Due Process of Law*, como meio de se buscar o processo justo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 apresenta o princípio da presunção de inocência em seu rol de direitos e garantias constitucionais de forma positivada como pode ser observado adiante:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (EC nº 45/2004)
LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Assim é conceituado o aludido princípio pelo renomado autor MORAES (2003, p. 386):

O princípio da presunção de inocência consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal (*due process of law*), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (*ampla defesa*) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pelo acusado (*contraditório*).

Pode-se afirmar que tal princípio é inerente aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como o de promover uma sociedade livre, justa e solidária, consoante a esta linha de pensamento, expõe FILHO (2012, p. 89) ao citar Antônio Ferreira Gomes, assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia.

Diante do exposto, o princípio da presunção de inocência, como princípio

explícito, sob a ótica constitucional e processual penal, impera ao determinar que o cidadão não deve ser considerado culpado sem que haja sentença penal condenatória irrecorrível. Tal sentença imputará ao acusado a autoria do crime, não podendo, antes disto, o réu ser tratado como criminoso fosse, sob pena de uma antecipada condenação. E sendo tão aclamado por BECCARIA (2009, p. 37) ao afirmar que:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; [...] Se é certo, apenas ser punido com a pena que a lei fixa [...] Se o crime é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Efetivamente, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não está provado.

Isto não quer dizer que se trata de uma presunção absoluta, se assim o fosse, ninguém poderia ser julgado e a uma pena ser imposto a cumprir, tal proteção seria um estímulo às práticas de condutas delituosas, com a certeza da não punibilidade, ideia incoerente para um Estado Democrático de Direito. Assim, impossibilitaria o convívio pacífico de uma sociedade, com o surgimento de relações sociais inseguras e até insuportáveis. Deve-se entender como presunção *juris tantum*, cabendo ao julgamento definitivo o poder de imputar determinado ato ilícito a alguém, inserindo o nome do acusado no rol dos culpados.

Outro princípio que merece destaque, também de índole constitucional, é o da dignidade da pessoa humana, previsto como fundamento da República Federativa do Brasil, incrustado no art. 1º, III, da Constituição Cidadã, que estabelece que toda pessoa humana possui um valor intrínseco, atribuindo direitos e garantias fundamentais.

Na precisão lição de SILVA (2010, p. 105), dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

Assim sendo, os sujeitos do processo penal devem ser vistos como indivíduos de direitos, em razão do valor atribuído a pessoa humana. Se por um lado a dignidade da vítima nos crimes sexuais merece ser resguardado pelo Estado, não se pode olvidar que a pessoa que figura como réu num processo criminal também tem direito ao mesmo tratamento, em face da sua condição humana.

Sobre o assunto FEITOSA (2009, p. 131), esclarece que:

No cotidiano da persecução penal, é comum o esquecimento da condição humana dos sujeitos do direito processual, reduzindo-os a conceitos abstratos, como réu, indicando, testemunha, ofendido, peritos etc. Assim, frequentemente podemos observar réus provisórios acumulados em estabelecimentos prisionais em condições subumanas, juízes destratando testemunhas em audiências, policiais tratando cruelmente supostos agentes de um fato delituoso, testemunhas acumuladas por horas a fio sem qualquer atenção a suas necessidades fisiológicas, delegados e promotores de Justiça atendendo com agressividade advogados, advogados insultando desnecessariamente a parte contrária, vítimas tratadas como criminosos etc.

A par de ser um princípio jurídico constitucional e, portanto, fundamental ao nosso ordenamento jurídico, devemos nos lembrar, cotidianamente, da condição humana como valor em si mesmo, a fim de resgatarmos nossos mais profundos valores, que podem ser perdidos no cotidiano de uma persecução penal insana.

Conclui-se que alguém, mesmo figurando como réu num processo penal, não pode ser considerado como mero objeto processual, pelo contrário, deve ser visto como sujeito de direitos, dentre os quais o de ser presumidamente inocente, e o de lhe ser proporcionado o direito de se defender da acusação (ampla defesa), dentre outros.

Observa-se, assim, que ao imputar objetivamente uma conduta criminosa a alguém, tal como ocorre no delito do estupro de vulnerável, tratando a vulnerabilidade como absoluta, sem proporcioná-lo o direito de provar sua inocência, através do devido processo legal e do contraditório judicial, fere os princípios da não culpabilidade e da dignidade da pessoa humana.

4.2.2. A Verdade Real e a Valoração das Provas

O princípio da verdade real ou material, segundo MACHADO (2010, p. 76) significa que o processo-crime deve buscar sempre a verdade substantiva dos fatos e não pode se satisfazer simplesmente com a verdade formal, ou com presunções de verdade. Com efeito, o julgador não pode/deve ficar adstrito aos fatos trazidos pelas partes ao processo, pois conduz o seu trabalho objetivando a reconstrução da verdade dos fatos.

Parte considerável da doutrina critica o princípio em estudo, asseverando que a verdade real é um mito, e sendo assim, seria algo inalcançável essa incessante busca pela verdade absoluta. Nesse contexto, elucida o jurista BRASILEIRO (2013, p. 33) que:

No âmbito processual penal, hodiernamente, admite-se que é impossível que se atinja uma verdade absoluta. A prova produzida em Juízo, por mais robusta e contundente que seja, é incapaz de dar ao magistrado um juízo de certeza absoluta. O que vai haver é uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos. Há de se buscar, por conseguinte, a maior exatidão possível na reconstrução do fato controverso, mas jamais com a pretensão de que se possa atingir uma verdade real, mas sim uma aproximação da realidade, que tenda a refletir ao máximo a verdade. Enfim, a verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém, inatingível.

Assim, a reconstituição exata dos fatos é inegavelmente uma utopia, vez que no processo penal há vários elementos que impedem o alcance da verdade absoluta.

Por essas razões, na cirúrgica lição dos processualistas (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 62) deve-se, no processo penal, buscar a verdade processual, identificada como verossimilhança (verdade aproximada), extraída de um processo pautado no devido procedimento [...], retirando do conjunto probatório a versão fática que reflita, no máximo grau de fidelidade possível, a realidade de como sucederam os fatos.

Tal verdade processual, contudo, é alcançada pela minuciosa análise das provas carreadas aos autos. É através da valoração das provas que o magistrado retira do processo a versão que se avulta nos autos como sendo a mais verossímil ao caso concreto.

Cabe ao julgador analisar o arcabouço probatório com extrema cautela, notadamente o depoimento da vítima, que nos crimes sexuais possuem especial valor, se está ou não em consonância com os demais elementos probatórios, verificando se efetivamente ocorreu fato criminoso, ou seja, se este é típico, ilícito e culpável. Se houve consentimento da vítima para a prática do ato; o fato vítima e réu possuírem relacionamento, tal como namoro; a ausência de violência ou grave ameaça na prática do ato; todos esses fatores devem ser aquilatados pelo magistrado no momento de proferir sentença.

Nessa vertente, CAPEZ (2012, p. 399 e 400), aduz da seguinte forma:

O juiz tem liberdade para formar a sua convicção, não estando preso a qualquer critério legal de prefixação de valores probatórios. No entanto, essa liberdade não é absoluta, sendo necessária a devida fundamentação. O juiz, portanto, decide livremente de acordo com a sua consciência, devendo, contudo, explicitar motivadamente as razões de sua opção e obedecer a certos balizamentos legais, ainda que flexíveis.
[...]

Vale dizer, o convencimento do juiz deve ser tal que produza o mesmo resultado na maior parte das pessoas que, porventura, examinem o conteúdo probatório.

Admitir a vulnerabilidade da vítima como absoluta, no crime do estupro de vulnerável, rechaçando qualquer prova em contrário, é o mesmo que deslembrar da busca da verdade, e, concomitantemente, retirar a discricionariedade do julgador na valoração das provas, tornando, dessa forma, inócua a instrução criminal.

4.3 ELEMENTOS NORMATIVOS DE RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Na definição de NUCCI (2013, p. 2004), elementos normativos são os componentes do tipo desvendáveis por juízos de valoração, ou seja, são captáveis pela verificação espiritual (sentimentos e opiniões). Exigem, portanto, uma cuidadosa análise do seu significado jurídico social, tal como ocorre com os conceitos de motivo fútil, coisa alheia móvel e vulnerável.

Sendo assim, o conceito de vulnerável deve ser examinado a luz dos aspectos a seguir apresentados.

4.3.1. Da *Innocentia Consilii* e do Estado de Maturidade da Vítima

O Código Penal Brasileiro de 1940 utilizava o fundamento da ficção jurídica da *innocentia consilii* do sujeito passivo, isto é, sua absoluta falta de consciência no que tange aos fatos sexuais, razão pela qual o seu consentimento não possuía nenhuma validade. Ao tempo da edição do código, segundo a moral e os bons costumes, buscava-se agasalhar a inocência das moças daquela época, na qual a virgindade era considerada bem precioso, não só para a moça, mas também para toda família. Os assuntos de cunho sexual eram tratados de forma sigilosa, restritos e até mesmo proibidos o seu acesso aos jovens.

Com a constante evolução da sociedade, os costumes se modificam, regras morais são esquecidas, ou adaptadas, a fim de se amoldarem a nova realidade vivida. Frente a tais modificações, o ordenamento jurídico não pode assumir uma posição de letargia, ficando alheio às novas demandas sociais.

Tratando sobre o tema, FILHO (2004, p. 110) elucida que:

Na medida em que imprimem à evolução cultural um ritmo mais dinâmico, geralmente acompanhado por rompimentos com valores simbólicos anteriores, como numa espécie de revolução axiológica, os saltos culturais fazem lembrar variáveis situadas entre a cultura e as possibilidades de uma evolução valorativa compassada.

A moral sexual foi modificada, novos comportamentos, ideias, gostos, o modo de como vestir surgiram, pelo amplo apoio dos meios de comunicação e as novas tecnologias, criando novos padrões que até então não se conheciam. A sexualidade passou a ser tratada de forma mais natural, classificando-a como tema de caráter individual, onde as escolhas pessoais se sobreponham ante os arcaicos conceitos adotados pela sociedade inegavelmente conservadora.

Nessa vertente, prelecionam da seguinte forma os autores (GRECO; RASSI, 2011, p. 21 e 22):

Assim como tem ocorrido nas civilizações ocidentais, o comportamento sexual do brasileiro modificou desde os anos 60 até os dias de hoje, valorizando o aspecto positivo da sexualidade e sua privatização. Pelos novos paradigmas, há um afastamento das moralidades religiosas herdadas da época medieval, ganhando a sexualidade uma autonomia individual e subjetiva, que passa a ser um tema cada vez menos tratado por conceitos *a priori* especialmente no que se refere ao espaço privado.

Com efeito, tais mudanças socioculturais foram fortemente influenciadas pelo amplo acesso à informação, notadamente vinculadas pelos meios de comunicação, principalmente pela rede mundial de computadores – a internet.

O acelerado desenvolvimento tecnológico permite o acesso simples e rápido a qualquer espécie de informação, inclusive os de natureza sexual. Conteúdos que seriam destinados somente aos adultos, podem ser acessados sem qualquer impedimento por crianças e adolescentes. No momento atual, nas escolas brasileiras, a sexualidade é tema presente nas grades curriculares, como uma forma de informar ao jovem sobre as alterações do seu corpo, e conscientizá-lo sobre os perigos e consequências inerentes a esse assunto.

Nessa esteira, DOBREVSKI (2009) aduz que:

Por esse modo, tem-se que a determinação do amadurecimento sexual não obedece a padrões biológicos, uma vez que, a maturidade biológica, pode não corresponder à maturidade psicológica para o início da vida sexual. Não se pode olvidar, que a maturidade psicológica é fortemente influenciada

pela cultura de determinada sociedade, tendo como base o abandono da infância, que se dá biologicamente no período denominado de puberdade. Essa é a receita para o amadurecimento sexual: uma combinação de fatores biológicos e psicológicos regido pela cultura da sociedade em que se encontra inserido o sujeito.

Importante mencionar que a moral sexual como fruto social evoluiu, sendo visível diariamente, através de comportamentos, gestos e modismos, além da influência da mídia no âmbito sexual, que cada vez mais as crianças e adolescentes vem adquirindo, prematuramente, consciência sexual.

Nessa esteira, merece destaque o histórico voto do Ministro Marco Aurélio, no Habeas Corpus nº. 73.662-9-MG, apreciado pelo Supremo Tribunal Federal:

A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações com o Paciente por livre e espontânea vontade. O quadro revela-se realmente estarrecedor, por quanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo a procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costume havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida. (Habeas Corpus nº. 73.662-9, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 20.09.1996).

Todos esses fatores influenciam na determinação do amadurecimento sexual do indivíduo em formação, devendo o mesmo não ser considerado vulnerável apenas pelo critério biológico ou etário. Não se pode uniformizar o amadurecimento sexual, pois não se pode determinar com precisão quando alguém está pronto para a prática sexual.

4.3.2. A Relevância do Comportamento da Vítima nos Delitos Sexuais

Como explicitado anteriormente, a sociedade, ao longo do tempo, sofreu diversas mudanças, alterando a sua estrutura cultural e valorativa. Frente a tais mudanças, o Direito Penal, como forma de controle social, tem quase que o dever de seguir os avanços sociais, amoldando-se as novas problemáticas surgidas, sendo necessário, muitas vezes, o desenvolvendo de soluções, teorias e institutos.

Entre todos os problemas enfrentados, surge a importância do comportamento da vítima no evento criminoso, mais especificamente nos delitos sexuais. Não são raras as vezes que a vítima, através de sua conduta, coloca em risco seu próprio bem jurídico, contribuindo decisivamente para a ofensa ou tentativa de ofensa ao referido bem.

Em uma análise sistemática, no delito deve ser observado não apenas o comportamento do acusado, mas da mesma maneira, a atuação da vítima, que é pouco lembrada, todavia merece igual ou maior atenção.

Nessa direção, surgiu a Teoria da Imputação Objetiva, apresentada pelo alemão Claus Roxin, na qual introduziu uma série de pressupostos, quais sejam, a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização do risco no resultado, aprimorando as teorias causalista e finalista.

Dissertando sobre o tema, GRECO (2013, p. 24) explica:

E a teoria da imputação objetiva complementa ambas as dimensões de desvalor com novos aspectos. O desvalor da ação, até agora subjetivo, mera finalidade, ganha uma face objetiva: a criação de um risco juridicamente proibido. Somente ações intoleravelmente perigosas são desvaloradas pelo direito. Também o desvalor do resultado é enriquecido: nem toda causação de lesão a bem jurídico referido a uma finalidade é desvalorada; apenas o será causação em que se realize o risco juridicamente proibido criado pelo autor. Ou seja, a imputação objetiva acrescenta ao injusto um desvalor objetivo da ação (a criação de um risco juridicamente desaprovado), e dá ao desvalor do resultado uma nova dimensão (realização do risco juridicamente desaprovado). (Grifo do autor).

A Teoria da Imputação Objetiva também contribuiu concretamente para o estudo do comportamento da vítima no fato delituoso. Criou-se o conceito da autocolocação da vítima em perigo, segundo o qual a própria vítima, por seus atos, se põe na situação de risco, sendo afastada a imputação do delito ao agente. Para tanto, todavia, é necessário que a vítima tenha o domínio do fato, ou, ao menos, tenha ciência do risco sofrido. Não é imprescindível inclusive que a vítima possua mais conhecimento sobre o que o autor, conforme assevera PUPPE *apud* GRECO

(2013, p. 69) o que importa é não que o autor saiba mais, mas que a vítima saiba suficiente.

A teoria da autocolocação da vítima em perigo revelou-se insuficiente para a resolução de casos concretos que surgiam cotidianamente, por esse motivo, surgiu um novo ramo do direito penal denominado de vitimodogmática, também chamado de princípio vitimodogmático. Neste contexto destaca GRECO (2013, p. 73 e 74):

Há inclusive quem defenda um chamado “princípio vitimodogmático” que considero essencialmente correto, segundo o qual o direito penal não está legitimado a intervir quando a vítima puder exigivelmente autoprotoger-se, mais a respeito de cuja aplicação nestes casos até agora pouco foi dito.

A vitimodogmática (espécie) é ramo da vitimologia (gênero) que tem como objeto de análise, o comportamento da vítima no fato criminoso, asseverando que quando a vítima tiver condições de se autoprotoger, a intervenção do direito penal é manifestamente ilegítima, em consonância com o princípio da intervenção mínima.

Diante do conceito apresentado, nota-se a importância do estudo do comportamento da vítima para o direito penal, influenciando na estruturação do delito, sendo determinante para delimitar a imposição de pena ao autor do crime. Sendo assim, segundo a definição de OLIVEIRA (1999, p. 132) a vitimodogmática se concentra atualmente na investigação da contribuição da vítima na ocorrência do delito e da repercussão que tal contribuição deve ter na fixação da pena do autor, variando de uma total isenção a uma simples atenuação.

Em se tratando do crime de estupro de vulnerável, o estudo do comportamento da vítima deve ser tratado com maior cautela, uma vez que a suposta vítima do fato, este em tese criminoso, pode ter contribuído de forma decisiva para a ocorrência do delito.

Entretanto, não são todas as pessoas menores de catorze anos que agem de maneira a colaborar para a consumação do delito, e sim aquelas que possuem capacidade de compreensão, ou, seja, amadurecimento sexual suficiente capaz de conhecer das práticas sexuais e suas consequências. No mais, se o consentimento da vítima for desprovido de vícios, como fraude, violência, grave ameaça ou qualquer outro tipo de constrangimento, o mesmo deve ser considerado válido.

Portanto, a vulnerabilidade deve ser analisada à luz do caso concreto, valorando tanto o comportamento do autor, quanto o da vítima, buscando um julgamento justo e em consonância com as mudanças sociais.

4.4 DA POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE

Ao se debruçar no estudo do direito penal e do direito processual penal extrai-se que a tipicidade está caracterizada quando há adequação do fato ao tipo penal, sendo este a descrição abstrata de um delito. Sendo assim, o Poder Judiciário ao tratar como conduta delitiva a relação de um homem com uma menina moça, desenvolvido no aspecto físico e psíquico, e adequar certa conduta como crime, é se distanciar da realidade brasileira atual.

No decorrer da instrução processual, se for verificado que a vítima à época dos fatos apresentava amadurecimento sexual suficiente sobre a sua liberdade de dispor de seu corpo, e das consequências de tais atos, a conduta do réu não deve ser considerada como criminosa.

Assim, tendo em vista a análise do caso concreto e a aplicação dos princípios do direito, alguns doutrinadores dizem ser imperiosa a absolvição do acusado, por considerar a conduta do mesmo, atípica.

Dissertando sobre o tema os autores (GOMES; SOUSA, 2012) afirmam com propriedade:

Tanto na redação anterior como na atual, o crime de estupro contra menor de 14 anos não pode ser focado de maneira absoluta. Há incontáveis situações em que não se justifica o teor literal da lei. Imagine um rapaz de 18 anos que namora uma menina de 13, há tempos, na casa dos pais dela, fazendo parte da ambiência familiar (tudo com o consentimento dela e dos pais). Estamos falando de um namoro consensual e público. Havendo relação sexual não violenta entre eles jamais será o caso de se afirmar a tipicidade material desse fato. Há tipicidade formal. Mas não se trata de resultado intolerável, nessa situação. Fica afastada a tipicidade material. Nem tudo que é formalmente, é materialmente típico. O direito não é matemática. A programação abstrata da norma não se confunde com sua incidência concreta. Cada caso é um caso em Direito penal. Considere-se, ademais, que qualquer pessoa, a partir dos 12 anos, é um adolescente. Há uma diferença muito grande entre criança e adolescente. Na faixa etária dos 12 aos 14 anos tudo é relativo. Tudo depende do caso concreto, de acordo com nossa opinião.

Tal posicionamento é seguido pelos professores (TÁVORA; ALENCAR, 2012,

p. 378):

Atualmente, com o advento da Lei n.º 12.015/09, fala-se em estupro de vulnerável, englobando o ato de manter relação sexual com o menor de catorze anos. De qualquer sorte, continuamos a entender, a despeito das posições em sentido contrário, que uma vez demonstrada a capacidade de entender as consequências do ato sexual, que o fato é atípico.

Dessa forma, o julgador não deveria seguir à risca a proposta elaborada pelo legislador no que se refere ao tipo penal do art. 217-A do Código Penal, de querer eleger uma conduta em que as partes envolvidas, cientes do que estavam fazendo, como fato típico, somente levando em consideração a idade da vítima, ou seja, menor de 14 (catorze) anos, pois não se amolda com a realidade brasileira atual.

Posto isto, os tribunais pátrios têm entendido que a vulnerabilidade, do artigo ora em análise, possui natureza relativa, isto é, admitindo prova em sentido contrário.

O Tribunal do Rio Grande do Sul já se posicionou sobre o tema no julgamento da Apelação Crime nº. 70052273109:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO. RELACIONAMENTO ENTRE RÉU E VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. Mostra-se possível a relativização da vulnerabilidade da vítima, que contava com 13 anos à data do fato e, desde o início, deixou evidente sua vontade e consentimento no que diz respeito à prática do fato descrito na denúncia. Ausência de coação ou violência que, somadas à manutenção de relacionamento entre réu e vítima durante toda a instrução do feito, não conduzem a conclusão condenatória. Diante das peculiaridades do caso concreto, a absolvição, portanto, é medida que se impõe. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70052273109, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 21/11/2013). (TJ-RS - ACR: 70052273109 RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Data de Julgamento: 21/11/2013, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/01/2014).

Entendimento seguido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Apelação. Estupro de vulnerável. Absolvição. Insurgência ministerial. Vítima que conta com 13 anos de idade. Vulnerabilidade relativa. Consentimento da vítima quanto às relações sexuais. Depoimentos e interrogatórios que confirmam a existência de relacionamento amoroso. Apelo ministerial improvido. com 13 (101728320038260070 SP 0010172-83.2003.8.26.0070, Relator: Souza Nucci, Data de Julgamento: 08/05/2012, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 16/05/2012).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal comunga do mesmo raciocínio:

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CP). RECURSO DO RÉU. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE DA VÍTIMA. FATO CONJUNTO PROBATORIO. ATOS. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE QUE DEMONSTROU TER CONSENTIDO NA CONSUMAÇÃO DO ATO SEXUAL NUM CONTEXTO DE RELACIONAMENTO AFETIVO. CONSENTIMENTO VÁLIDO. FATO QUE NÃO CONSTITUI INFRAÇÃO PENAL. RECURSO PROVIDO. 1. Não se mostra essencial a juntada da certidão de nascimento da suposta vítima menor de 14 (catorze) anos para configuração do tipo penal previsto no art. 217-A do Código Penal, quando todos os elementos probatórios atestam tal fato. 2. Não se pode admitir a ocorrência do delito de estupro de vulnerável, quando, a vítima menor de 14 anos, de maneira válida e consciente, consente na prática de atos sexuais com outra pessoa maior, dentro de um contexto de relacionamento afetivo. 3. Recurso provido. (Acórdão n.620278, 20111210033369APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Revisor: SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 06/09/2012, Publicado no DJE: 21/09/2012. Pág.: 291).

Observa-se que, os tribunais de justiça brasileiros vêm paulatinamente relativizando o conceito de vulnerabilidade, e decretando a absolvição de vários réus.

Inclusive, recentemente, em 18 de fevereiro de 2014, a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Paraíba decidiu pela atipicidade da conduta, entendendo pela flexibilização da vulnerabilidade. Afirmou o relator do processo, o Desembargador Arnóbio Alves Teodósio, em seu voto:

A punição do autor do fato, neste momento, seria também a punição da ofendida, sua companheira, em uma total inversão do direito penal da vítima. (...) Deixo de reconhecer ofensividade da conduta do acusado a fazer incidir a tutela jurídico-penal do estado, pois não houve desvalor no resultado produzido, segundo o critério de tipicidade material utilizado [...].

Assim sendo, com base nos substratos doutrinários e jurisprudenciais expostos nesta pesquisa, pode-se trilhar pelo raciocínio de que a relativização da vulnerabilidade não tem o propósito de abolir a proteção de crianças e adolescentes vítimas de abusos sexuais, como a prostituição e exploração sexual, todavia, há alguns casos, em face das suas especiais circunstâncias, mostram-se atípicos, uma vez que inexistente tipicidade material, em outras palavras, verifica-se a ausência de uma verdadeira lesão ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

5 CONCLUSÃO

Antes do advento da Lei nº 12.015/09, grande parte dos doutrinadores e tribunais pátrios já se inclinavam no sentido de relativizar o critério absoluto de presunção vulnerabilidade da vítima nos delitos de estupro de vulnerável, que revogou a presunção de violência do art. 224, a, do Código Penal.

Atualmente, com a reforma de 2009, surgiu o tipo penal autônomo do estupro de vulnerável, no qual deixou claro, pela interpretação literal da sua letra legal, que a vulnerabilidade, versada pelo art. 217-A, seria absoluta, ou seja, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de catorze anos configuraria inexoravelmente o crime de estupro de vulnerável, independentemente da consideração de outros fatores.

Para um melhor entendimento sobre o estudo em comento, fora apresentado no decorrer do presente trabalho as características e peculiaridades inerentes ao tipo penal estupro de vulnerável.

A partir da análise dos elementos do artigo 217-A, do Código Penal, verificou-se que o conceito de vulnerável não está em consonância com as mudanças sociais vigentes. Ademais, a adoção do critério absolutista da vulnerabilidade, pode ferir alguns princípios básicos, como a Dignidade da Pessoa Humana, a Presunção de Inocência e a busca da verdade real sobre as circunstâncias que ceram o fato delituoso.

Em face das novas problemáticas apresentadas ao operador do direito, seja pela modificação sofrida pela sociedade em decorrer dos anos, mormente na seara sociocultural e sexual provocada pelo acelerado e contínuo avanço tecnológico na disseminação da informação, a aplicação fria da lei penal ao caso concreto pode mostrar-se desproporcional e injusta em alguns casos, tendo em vista as circunstâncias que permeiam o fato.

Importante ressaltar que não se deseja excluir a proteção dada pela lei aos menores de catorze anos, muito menos deixar impune os autores dos crimes que envolvem a exploração sexual e abuso de menores, contudo, há alguns casos que exige uma análise mais detalhada.

A doutrina e a jurisprudência passaram a relativizar a abrangência do conceito de vulnerabilidade. As peculiaridades do caso concreto, o grau de maturidade da vítima, a relevância de seu comportamento para a configuração do delito, aliados

aos princípios da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório e da verdade real, devem nortear o julgador para aquilatar, com cautela, a vulnerabilidade da vítima em cada caso, valorando o conjunto probatório a ele fornecido.

Surge a possibilidade de absolvição do acusado, uma vez que a sua conduta é atípica, sendo considerada um indifferente penal, por não ferir efetivamente bens jurídicos tutelados, a dignidade e a liberdade sexuais do menor. Tal possibilidade merece ser debatida e analisada, sob pena de se estar buscando um julgamento injusto.

Mesmos com os elementos apresentados acima, porém, não há um entendimento pacífico sobre o tema, sendo objeto de continua discussão tanto pela doutrina, como pelos tribunais pátrios, merecendo dos pesquisadores da seara jurídico-penal uma reflexão mais aprofundada.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2009.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva.

_____. César Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. v. 4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Código Penal (1940). **Decreto-Lei nº 2848, de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 set. 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 fev. 2013.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº. 253, de 2004**. Altera o Título VI (Dos Crimes Contra os Costumes) da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70034>. Acesso em: 17 jan. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº. 542324 BA** – j. 09.12.2005. Sexta Turma. Rel. Min. Hélio Guaglia Barbosa. DJU de 14.04.2008. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7098795/recurso-especial-resp-542324-ba-2003-0102136-5-stj>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº. 73662-9-MG**. j. 21.05.1996, 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 20.09.1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça da Paraíba. **Câmara criminal do tjpb julga processo inédito envolvendo vulnerável**. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br/camara-criminal-do-tjpb-absolve-reu-acusado-de-crime-contra-vulneravel/>>. Acesso em: 18 de fev. 2014.

CAPEZ, Fernando. **A Objetividade jurídica nos crimes contra a dignidade sexual.** Disponível em: <http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&con_id=5647>. Acesso em 14 set. 2013.

_____. Fernando. **Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública - arts. 213 a 359-H. v. 3, 10. ed.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Fernando. **Curso de direito penal: parte geral – art. 1º a 120. v.1, 15. ed.** São Paulo: Saraiva, 2011.

DOBREVSKI, Mariângela Machado Campos. **Presunção de violência por motivo etário nos crimes sexuais.** Juris Way. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1083> Acesso em: 02 de fev. 2014.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais – comentários à lei nº. 12.015, de 7 de agosto de 2009.** São Paulo: Saraiva, 2009.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis.** 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

FILHO, Agassiz Almeida. **Sociedade e cultura em evolução.** 1 ed. Campinas, São Paulo: Edicamp.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo penal.** 34. ed. vol.1. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, José Jairo. **Teoria geral do direito civil.** v.1. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Estupro. menor de 14 anos. proibição absoluta de relacionamento sexual, segundo o STF.** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/09/01/estupro-menor-de-14-anos-proibicao-absoluta-de-relacionamento-sexual-segundo-o-stf/>>. Acesso em: 24 de fev. 2014.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO, Luis. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. rev. e atual: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. v. 2. 9. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

_____. Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. v. 3, 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

JUSBRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação crime nº. APL 101728320038260070 SP 0010172-83.2003.8.26.0070** – j. 08/05/2012. 16. Câmara de Direito Criminal. Rel. Souza Nucci. DJE de: 16/05/2012. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21624908/apelacao-apl-101728320038260070-sp-0010172-8320038260070-tjsp>>. Acesso em: 21 de fev. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Acórdão nº. 620278, 20111210033369APR** – j. 06/09/2012. 2. Turma Criminal. Rel. João Timóteo De Oliveira. DJE de: 21/09/2012. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/40764969/djdf-21-09-2012-pg-291>> Acesso em: 20 de fev. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação crime nº. 70046185104** – j. 08/03/2012. Sétima Câmara Criminal. Rel. Naele Ochoa Piazzeta. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113468591/apelacao-crime-acr-70055342141-rs/inteiro-teor-113468605?ref=home>. Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação crime nº. 70052273109** – j. 21/11/2013. Sétima Câmara Criminal. Rel. Carlos Alberto Etcheverry. DJE de: 21/11/2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113611889/apelacao-crime-acr-70052273109-rs>>. Acesso em: 21 de fev. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial**. v. 2, 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação infraconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual** – Comentários à Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A Vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seus impactos no direito penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral – arts. 1º a 120**. v. 1. 11. ed. rev., atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

UNIDAS, Assembleia Geral das Nações. **Direitos da criança**. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/Estudo_PSP_Portugues.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. v. 1, 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.