

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

SAMIRE DANTAS DE OLIVEIRA

DA POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM
CASO DE VÍTIMA MAIOR DE DOZE E MENOR DE QUATORZE ANOS

SOUSA-PB
2014

SAMIRE DANTAS DE OLIVEIRA

DA POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM
CASO DE VÍTIMA MAIOR DE DOZE E MENOR DE QUATORZE ANOS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a Dr^a: Jônica Marques Coura Aragão

Linha de pesquisa:

SAMIRE DANTAS DE OLIVEIRA

DA POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM
CASO DE VÍTIMA MAIOR DE DOZE E MENOR DE QUATORZE ANOS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profª Drª Jônica Marques Coura Aragão

Data de aprovação: _____

Banca Examinadora:

Orientadora: Profª: Jônica Marques Coura Aragão – UFCG
Professora Orientadora

Examinador interno

Examinador externo

Ao Meu Senhor e Meu Deus,
Senhor de Tudo e de Todos.
Aos meus Pais, pelo Amor Incondicional.

AGRADECIMENTOS

Foram muitos acontecimentos até mais este momento de glória e realização em minha vida, aqui tenho a missão de expressar em poucos caracteres a minha gratidão a todos aqueles que se fizeram presentes na concretização de mais uma etapa desse sonho que venho concretizando ao longo dos cinco anos mais felizes que vivi, até hoje.

Agradeço, a Deus, razão do meu existir e de todas as minhas conquistas; a meus pais, meus exemplos de vida e maior orgulho, que sempre se doaram de corpo e espírito, para que eu fosse uma pessoa de bem; a minha paciente, inteligente e prestativa orientadora, Jônica Marques, sem a qual não teria concretizado esse trabalho, por ter dedicado parte do seu tempo para me transmitir um pouco da sua grandiosa bagagem de conhecimentos; as minhas irmãs e melhores amigas: Samara, Jessika e Sonale, por todos os gestos de apoio e incentivo, pela cumplicidade e pelos carinhos de sempre; a meus sobrinhos pelos sorrisos arrancados nas horas em que mais precisei; a meu namorado, Thiago, pelo amor, paciência, cumplicidade, companheirismo e por sempre acreditar em mim.

A todos os verdadeiros amigos da minha turma, em especial a Ana Laura, Bianca, Clarissa, Rayanne, Rayssa, Renata e Thanara, por todos os momentos que passamos, alegres ou tristes, pelas lições e histórias por cada um deixados; por fim devo reconhecimento a todos que contribuíram direta ou indiretamente ao longo desses anos acadêmicos, que depositaram em mim, votos auspiciosos, de apoio, e, sobretudo, tiveram compreensão.

“Percebi ainda outra coisa debaixo do sol:
Os velozes nem sempre vencem a corrida;
os fortes nem sempre triunfam na guerra;
os sábios nem sempre têm comida;
os prudentes nem sempre são ricos;
os instruídos nem sempre têm prestígio;
pois o tempo e o acaso afetam a todos.”

Eclesiastes 9:11

RESUMO

Em virtude da introdução do art. 217-A, no Código Penal, assegurando um caráter absoluto ao crime de estupro praticado contra o menor de 14 anos, onde o sujeito passivo sempre será quem não possui capacidade de discernimento sobre os atos e conseqüências da sua sexualidade e o sujeito não tem a oportunidade de demonstrar prova em contrário, faz-se necessário observar, de acordo com o que propõe a problemática da pesquisa: há possibilidade de relativização quanto à natureza dessa vulnerabilidade, levando-se em consideração o comportamento e características do sujeito ativo e ainda a conjuntura social em que se vive atualmente? As discussões que norteiam as alterações trazidas pelo art. 217-A, CP, estão em seu caráter absoluto, ou *iuris et de iure*, que diz respeito a conduta que não admite prova em contrário; em contraposição aos que defendem que o estupro praticado contra o maior de 12 anos e menor de 14, considerados vulneráveis, devem ser visualizados de forma relativa, ou *iuris tantum*, admitindo prova em contrário. Esta discussão permeia o âmbito jurídico desde a vigência do revogado Art. 224, CP, que se apoiava no entendimento da presunção de violência, sendo aplicável aos casos em que envolvessem atos sexuais com menores de 14 anos, esta presunção tinha como objetivo do legislador o tratamento de forma absoluta e independente da manifestação de vontade do menor. Nesse sentido a presente pesquisa visa analisar a possibilidade de aplicação da vulnerabilidade relativa, com o intuito de conter a lesão provocada pelo caráter absoluto do Art. 217-A, aos princípios e meios de defesas constitucionais e com isso afastar a culpabilidade antecipada atribuída ao agente acusado de estupro de vulnerável. Para tanto, emprega o método de pesquisa hipotético-dedutivo, auxiliado pelo histórico-evolutivo. Utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica. Os estudos investigativos se desenvolvem à luz dos princípios constitucionais do processo, sem descurar da necessária adequação temporal interpretativa.

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

ABSTRACT

Due to the introduction of the art. 217- A, the Penal Code, ensuring absolute character of the crime of rape committed against a minor under 14 in where the taxpayer will always be those who lack the capacity for discernment on the acts and consequences of their sexuality, and the subject does not have the opportunity to show proof to the contrary, it is necessary to note, that according to the proposed research problem: there is a possibility of relativizing the nature of this vulnerability, taking into account the behavior and characteristics of the active subject, and the social environment in which they currently live? The discussions that guide the changes brought about by art . 217- A, CP, are at their absolute character, or *iuris et de iure*, which relates to conduct that admits no proof to the contrary; in contrast to those who argue that rape committed against older than 12 years and less than 14 are considered vulnerable, must be viewed in relative terms, or *juris tantum*, admitting evidence to the contrary. This thread permeates the legal framework since the validity of Article 224, CP, repealed that rested on the understanding of the presumption of violence and applies to cases involving sexual acts with children under 14, this presumption was intended by the legislature to treatment of absolute and independent form of consent from the minor. In this sense, this research aims to examine the possibility of application of relative vulnerability, in order to contain the damage caused by the absolute character of Article 217 -A, principles and means of constitutional defenses and thereby avoid the anticipated guilt attributed to the agent accused of raping vulnerable. For this, it employs the method of hypothetical-deductive research, aided by the historical evolution. Uses the technique of literature. Investigative studies are developed in light of the constitutional principles of the process, without neglecting the necessary interpretative timeliness.

Key-words: Rape Vulnerable. Teen victim. Constitutional principles. Relativization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O CRIME DE ESTUPRO: ASPÉCTOS HISTÓRICOS.....	12
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO NO MUNDO E NO BRASIL	13
2.2.1 O crime de estupro nos códigos penais brasileiros	17
2.2.3 Lei 12.015/2009 (alteração do Código Penal)	18
2.3 NOÇÕES GERAIS DO DELITO DE ESTUPRO	20
3 ASPECTOS GERAIS ACERCA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL ..	22
3.1 DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA.....	22
3.2 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ASPECTOS GERAIS	24
3.3 FORMAS QUALIFICADORAS NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL	26
3.4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL COMO CRIME HEDIONDO.....	27
3.5 AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	29
3.6 A VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS SEGUNDO O ECA	30
4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CASO DE VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS: É POSSÍVEL RELATIVIZAR?.....	33
4.1 DA VULNERABILIDADE ABSOLUTA	33
4.2 DA VULNERABILIDADE RELATIVA.....	36
4.3 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO PROCESSO PENAL.....	37
4.3.1 Conceito	37
4.3.2 Princípio da adequação social e a relativização do estupro de vulnerável.....	38
4.4 A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE MAIOR DE DOZE ANOS DIANTE DA PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	42
5 CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento deste trabalho monográfico consubstanciar-se-á na necessidade de avaliar a problemática análise da vulnerabilidade do adolescente maior de 12 anos na condição de vítimas em casos de crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal. Essa análise pretende verificar se esta seria de caráter relativo ou absoluto, considerando qual dessas melhor se amolda ao ordenamento jurídico atual, e a que, com mais eficiência preenche os anseios da sociedade brasileira hodierna.

Em 10 de agosto de 2009, entrou em vigor no ordenamento jurídico a Lei 12.015/09, que alterou substancialmente o Título VI, do Código Penal, referente aos crimes contra os costumes. O título VI, que antes era denominado de “*crimes contra os costumes*” passou a ser intitulado de “*crimes contra a dignidade sexual*”. Modificou também as leis nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Explorando as mudanças introduzidas pela nova lei, verifica-se que muito se dedicou a proporcionar uma maior proteção aos indivíduos pela lei considerados vulneráveis. A intenção primordial dessas alterações é de dar maior proteção à liberdade sexual dos vulneráveis.

Entretanto, tais alterações não cessaram uma discussão que permeia no âmbito jurídico desde a vigência do antigo art. 214, CP. A controvérsia girava em torno de ser absoluta ou relativa a violência ficta/presumida com relação a violência sexual praticada contra alguns indivíduos elencados em lei, ainda que com consentimento desses; em virtude das alterações supra citadas extinguiu-se o dilema a respeito da violência presumida, e adaptou-se a vulnerabilidade, o que não deteve a celeuma: essa vulnerabilidade é relativa ou absoluta?

Desse modo, o objetivo desse estudo é avaliar essas mudanças com relação à proteção do vulnerável, em especial o maior de 12 anos e menor de 14, quanto à possibilidade de relativização do estupro de vulnerável, tendo em vista o caráter absoluto conferido pelo legislador, violando princípios constitucionais inerentes à pessoa humana no contexto sócio jurídico brasileiro.

Para alcançar os objetivos propostos para esse trabalho, o mesmo estruturar-se-á em três capítulos, no primeiro é feita um esboço histórico do crime de estupro, demonstrando a preocupação da sociedade em relação a esse crime desde a antiguidade até os dias atuais. Analisar-se-ão os aspectos históricos do delito em

questão no mundo, apresentando sua importância no Direito Canônico, Romano, Grego, Egípcio, dentre outros. Adiante, essa história é analisada nos Códigos Penais brasileiros, desde as Ordenações até as alterações do Código de 1940 com a Lei nº 12.015/09. Ainda nesse capítulo, é feita uma breve análise dos principais aspectos dogmáticos do crime de estupro.

O segundo capítulo tratará do crime de estupro de vulnerabilidade trazido pelo art. 217-A, apresentando inicialmente a anterior problemática em face da presunção de violência, em seguida aborda os aspectos gerais inerentes ao crime de estupro de vulnerável, tais como: conceito, objetos jurídicos tutelados, objeto material do delito, sujeito ativo e sujeito passivo. Aborda, também, suas formas qualificadoras, a sua colocação como crime hediondo e a ação penal inerente ao delito em questão. O capítulo conclui-se, com uma análise da figura do vulnerável menor de 14 anos diante do crime de estupro de vulnerável, fazendo uma ponte sobre o posicionamento do Estatuto da Criança e do Adolescente quanto a conduta desses indivíduos.

Dando desfecho ao trabalho, o terceiro capítulo levantará a discussão sobre a possibilidade de relativizar o estupro de vulnerável, em relação aos menores de 14 anos e maiores de 12 anos. Para isso, faz uma abordagem sobre a natureza relativa e a absoluta da vulnerabilidade em questão.

Com base em posicionamentos doutrinários, demonstra-se qual o melhor posicionamento a ser aceito por nosso ordenamento jurídico, quanto à natureza dessa vulnerabilidade. Por fim, verificar-se-á viabilidade jurídica da relativização do conceito de vulnerável (em relação à vítima menor de 14 anos) à luz do princípio da adequação social e dos princípios constitucionais, fundamentadores do Direito Processual Penal, em construção da resposta à problemática da presente pesquisa, cujo embasamento é o que melhor se adapta ao ordenamento jurídico pátrio, e que melhor se amolda aos anseios de nossa sociedade. Para tanto, emprega o método de pesquisa hipotético-dedutivo, auxiliado pelo histórico-evolutivo. Utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica.

2 O CRIME DE ESTUPRO: ASPECTOS HISTÓRICOS

A preocupação penal a cerca da sexualidade humana é assunto de grandes discussões desde a antiguidade. A maioria dos comportamentos sexuais eram recriminados por serem incompatíveis com as normas sociais.

Para Greco A. e Rassi (2011, p. 23):

Dentre todas as formas de controle social exercidas contra a sexualidade humana, uma das mais importantes é aquela realizada pelo Direito. Nesse aspecto é de se notar que todo sistema jurídico trata da sexualidade como manifestação individual de maior ou menor importância ao longo do tempo, variando seu tratamento de acordo com os interesses éticos de uma sociedade, em uma determinada época. Essa repressão sexual ocorre porque o comportamento sexual é uma conduta tão relevante na vida em sociedade que seu exercício apresenta reflexos diretos nas instituições sociais fundamentais do próprio Estado. Daí ser correta a afirmação de que a repressão sexual é inevitável, porque a sexualidade humana encontra-se associada ao matrimônio, ao adultério, à prostituição, ao celibato, situações estas, entre tantas outras, que influenciam inevitavelmente nos interesses da propriedade, na estrutura da família, e até mesmo nos conceitos acerca da moral social de uma determinada cultura.

O crime de estupro era, e ainda é, considerado um dos mais repugnados pela sociedade, punido pelas mais severas sanções. Sua punição está ligada a história dos povos, levando em consideração seus costumes, à evolução e transformações da sociedade, como também sua cultura.

Neste contexto, assevera Funari (2003, p. 56)

Historicamente os povos antigos já reprimiam este odioso comportamento. A lei Mosaica em Deuteronômio 22: 25a 28 previa e punia tal comportamento com a pena de morte e pecuniária. A primeira hipótese quando o homem, com o uso de força, abusar sexualmente de mulher desposada, ou seja, comprometida para o casamento. A segunda hipótese quando tratar-se de mulher virgem e livre, devia o homem pagar cinquenta ciclos de prata ao pai desta e tomá-la como mulher para toda a vida.

Essencial explicar a história jurídica do crime de estupro, enfatizando que dentre as práticas delituosas, evidenciam-se os abusos sexuais contra mulheres e crianças, tendo o assunto ganhado mais respaldo em detrimento do processo evolutivo dos princípios que se interligam a dignidade da pessoa humana, como a igualdade e a liberdade.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO NO MUNDO E NO BRASIL

Em relação ao tratamento dado aos que incorressem na prática de crimes sexuais na antiguidade, Prado relata (2001, p. 193-194):

Os crimes sexuais, entre eles o estupro, foram severamente reprimidos pelos povos antigos. Na legislação mosaica, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados. Mas se o homem encontrasse essa donzela nos campos e com ela praticasse o mesmo ato, usando de violência física, somente aquele era apedrejado. Se a violência física fosse empregada para manter relação sexual com uma donzela virgem o homem ficava obrigado a casar-se com ela, sem jamais poder repudiá-la e, ainda, a efetuar o pagamento de 50 ciclos de prata ao seu pai.

No Direito Mosaico, segundo Zaffaroni (2006, p. 160) as disposições relativas à sexualidade para essa cultura são notórias no Antigo Testamento, que aborda vários preceitos com relevância penal e de fundamental importância, pois em torno dos primeiros mandamentos foram elaborados os delitos contra a religião que compreendiam a idolatria e a blasfêmia, a feitiçaria, a falsa profecia, a conjunção carnal com mulher durante o período menstrual.

No Código de Hamurabi, que era um conjunto de leis criadas na Mesopotâmia, por volta do século XVIII a.C, pelo rei Hamurabi da primeira dinastia babilônica e era baseado na lei de talião, “olho por olho, dente por dente”, o estupro foi em seu artigo 130, da seguinte forma: *“Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto, a mulher irá livre”*.

O Direito penal romano é um dos grandes referenciais para o entendimento do desenvolvimento deste povo, pois usavam sempre de instrumentos perversos para resolver fatos que atingissem de forma negativa o lado social, em virtude de seu avanço cultural, o Direito Romano é até hoje alicerce de muitos estudos no âmbito jurídico, com significativas contribuições.

Bittencourt (2002, p. 214) preleciona no mesmo sentido:

O Direito Romano oferece o ciclo jurídico completo, constituindo até hoje a maior fonte originária de inúmeros institutos jurídicos. Roma é tida como a síntese da sociedade antiga, representando um elo entre o mundo antigo e o mundo moderno.

No Direito Romano aplicava-se a expressão *stuprum*, tendo desta derivado a palavra estupro, que para os romanos abarcava todos os atos sexuais ou libidinosos praticados contra o homem ou mulher, abrangendo também as relações homossexuais e o adultério; a respeito doutrina Prado (2001, p. 194):

O termo *stuprum*, no Direito Romano, representava, em sentido lato, qualquer ato impudico, praticado com homem ou mulher, englobando até mesmo o adultério e a pederastia. Em sentido estrito, alcançava apenas o coito com a mulher virgem ou não casada, mas honesta.

Ainda no Direito Romano, a mulher para incorrer no delito de estupro deveria ser virgem; o escravo não figurava como sujeito passivo, mas podia ser considerado como sujeito ativo, sendo aplicada a ele pena de morte; ao homem nobre, entretanto, aplicava-se pena pecuniária. Complementa Gusmão (2001, p. 80):

[...] além da pratica da conjunção carnal, que fosse a mulher virgem ou viúva honesta. O escravo não era sujeito passivo do delito de estupro, mas sendo sujeito ativo seria punido com pena de morte. Já o homem nobre por sua vez, fica sujeito a aplicação de pena pecuniária.

O Direito Canônico, que foi instituído pela Igreja Católica Apostólica Romana, visava a púnico severa do criminoso, mas ao mesmo tempo objetivava sua regeneração. Prescreve Prado (2001, p. 41):

O Direito Canônico – ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana – é formado pelo *Corpus Júrís Canonici*, resultado do Decretum Gratiani (1140), sucedido pelos decretos dos pontífices romanos (séc. XII), de Gregório V (1313). Outra fonte canônica eram os Libripoenitentiales. Em janeiro de 1983 foi promulgado o novo Código de Direito Canônico pelo Papa João Paulo II.

No Direito Canônico, pra que se concretizasse o crime de estupro eram necessários o preenchimento de tais requisitos: a mulher deveria ser virgem e o delito deveria ocorrer mediante emprego de grave violência. Logo, a mulher casada ou que já tivesse praticado a conjunção carnal não poderia ser o sujeito ativo desse delito. Usando as Palavras de Guimarães (2011, p. 16):

[...] para que ficasse configurado o delito de estupro era necessário que a mulher fosse virgem, pois a mulher deflorada não poderia ser vítima deste crime, Era exigido pra a consumação do delito o emprego de violência, ou seja, força física de qualquer espécie. Neste contexto, a mulher já casada,

ou que já tivesse praticado a conjunção carnal, não poderia ser o sujeito passivo deste delito.

Na Grécia, os estupradores eram inicialmente punidos com a aplicação de uma pequena multa, ao decorrer dos anos essa pena foi substituída pela pena de morte. Já no Egito, aqueles que praticassem o delito de estupro contra a mulher eram mutilados, mais precisamente, eram castrados. Comenta Oliveira (2010, p. 26 – 27):

A pena aos estupradores no Egito era a mutilação, assim todo o homem que utilizasse a violência contra a mulher seria castrado. Já na Grécia, primeiro impunha-se uma pena simples de multa, que com o passar dos anos passou a ser adotada a pena de morte. A rigor cada cidade, as chamadas polis, possuíam sua própria lei, mas a base da norma era consuetudinária, ou seja, fundamentada nos usos e costumes.

No Brasil, a repressão contra o crime de estupro remonta as Ordenações Afonsinas, que surgiram como consequência da necessidade de organização do âmbito jurídico a qual sofreu Portugal, no Reinado de Dom João I, conforme expõe Chaves (2009, p. 3-4):

Durante o reinado de D. João I, a falta de organização e sistematização das leis existentes em Portugal chegou a um nível alarmante, tendo a própria corte formulado queixas sucessivas quanto a deplorável situação jurídica do país. Delegou então o monarca ao corregedor João Mendes a tarefa de proceder à desejada reforma, compilando as leis fundamentais em um único programa. A tarefa foi, posteriormente para as mãos do jurista Rui Fernandes, que finalmente completou a obra em Julho de 1446, já no reinado de D. Afonso V, que a revisou juntamente com Lopo Vasques, Luis Martins e Fernão Rodrigues. Após algumas reformas e acréscimos, as “*Ordenações d’el-rei D. Afonso v*” entraram em vigor anos depois.

Foi a partir de sua descoberta que as Ordenações Afonsinas entraram em vigor no Brasil, marcadas por punições cruéis e severas. O crime de estupro encontrava-se previsto do Livro das Ordenações, com o Título de “*Da molher forçada, e como fe deve a provar a força*”. A mulher que fosse vítima deste crime, deveria preencher alguns requisitos e o homem que dormisse a força com uma mulher, estaria condenado à pena de morte. Sobre o tema, Oliveira (2010, p. 29):

Com relação ao homem, todo aquele que dormisse forçosamente com quaisquer mulheres, que vivesse honestamente, seria morto e não poderia ser absolvido da pena, mesmo que se casasse com a vítima ou, gozasse de algum privilégio especial, salvo se estivesse nas graças do rei. Punido de

igual forma seria aquele que desse conselho a outrem para cometer o crime de estupro, ou o ajudasse.

A mulher que sofresse esse tipo de abuso tinha a obrigação de sair gritando pelas ruas a expressão “*vedes que me fez Foam*”, descrevendo o criminoso que a forçou a ter conjunção carnal. Se o ato não houvesse ocorrido na Vila, quando terminasse o ato deveria instantaneamente sair chorando, gritando, e ir tornar o fato de conhecimento da justiça (OLIVEIRA, 2010, p. 29).

As Ordenações Manuelinas foram publicadas no ano de 1521, por D. Manuel, o Venturoso, deixando para trás Ordenações Afonsinas, de acordo com o Amaral (2000-2012, p. 58):

Ficaram conhecidas com o nome de “Ordenações Manuelinas” as duas coletâneas de preceitos jurídicos elaboradas, num sistema de cinco livros, a partir de 1505, na corte de D. Manuel I, sob a direcção do Doutor Rui Boto, chanceler-mor do reino. A codificação que vigorou de 1514 a 1521 teve duas edições. [...] Uma nova codificação, promulgada em 1521, que expressamente revogava e proibia os exemplares da anterior, esteve em vigor até 1603 e conheceu oficialmente quatro edições.

Aqui, o homem que viesse que forçosamente tivesse relações sexuais com qualquer mulher, podendo esta ser escrava ou prostituta, era condenado a morte. Assim como nas Ordenações Afonsinas, mesmo que o estuprador viesse a se casar com a vítima, este ato não o livraria da execução da pena de morte. Também era punido o homem que de alguma forma constrangesse alguma mulher que estivesse passando pela rua, esse era preso por 30 dias e era submetido ao pagamento de uma multa (OLIVEIRA, 2008, p.14)

Sobre as Ordenações Filipinas esse, Chaves (2009, p. 6) preleciona:

Também organizadas em cinco livros, as Ordenações Filipinas remodelaram as velhas Ordenações Manuelinas, acrescentando a elas as Leis Extravagantes formuladas durante todo o século XVI e mais algumas criadas pelos legisladores encarregados de sua elaboração. Estes buscaram inspiração para o projeto no Código de Justino, em vigor no período romano. Mesmo assim, as “*Ordenações d’el-rei D. Filipe II*” mostraram tamanha eficiência e adaptação às cortes portuguesas, que mesmo após o fim d União Ibérica e a ascensão de D. João IV ao trono, em 1640, elas continuaram a reger o Direito Português.

O Código Philippino, ou Ordenações Filipinas abordava em seu Livro V – Título VIII, os crimes de violência com o objetivo de realizar os desejos sexuais, que não diferente das demais Ordenações, era combatido com vigor. Nessa, era previsto

o crime de estupro voluntário de mulher virgem, a consequência do ato para o autor era a imposição de casar-se com esta, sendo possível, o estuprador teria que oferecer um dote a vítima, mas se esse não possuísse bens, todavia, se fosse sujeito de elevada classe social, receberia somente a pena de degredo (OLIVEIRA, 2010, p. 30-31).

2.2.1 O crime de estupro nos códigos penais brasileiros

Foi através do Código Criminal do Império de 1830, que se introduziu na legislação brasileira a classificação do crime de estupro, este tratava do delito de estupro em seu Capítulo II – Dos crimes contra a segurança da honra – Seção I – Estupro, artigos de 219 a 225¹.

Analisando, observamos que o Código do Império faz uma diferenciação na aplicação da pena quando a vítima trata-se de mulher honesta ou prostituta, já que ao crime cometido contra esta impõe pena de um mês a dois anos, e contra aquela seria de três a doze anos.

O Código Penal Republicano, com edição datada de 11 de outubro de 1890, tratava no seu Título VII - Da Corrupção de Menores, dos Crimes Contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor - em seus artigos 268 e 269 sobre as penas e a tipicidade para o crime de estupro (MESTIERE apud PRADO, 2001):

¹ Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos. Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a três annos, e de dotar a esta. Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Art. 220. Se o que commetter o estupro, tiver em seu poder ou guarda a deflorada. Penas - de desterro para fóra da provincia, em que residir a deflorada, por dous a seis annos, e de dotar esta.

Art. 221. Se o estupro for commettido por parente da deflorada em gráo, que não admitta dispensa para casamento. Penas - de degredo por dous a seis annos para a provincia mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta.

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida. Se a violentada fôr prostituta. Penas - de prisão por um mez a dous annos.

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal. Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal. Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a três annos, e de dotar a esta.

Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena: de prisão cellullar por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena: de prisão cellullar por seis mezes a dous annos.

§2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será aumentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego de força physica como de meios que privem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcóticos.

No Código Penal atualmente vigente, com edição de 1940, o crime de estupro é abordado no Titulo VI – Dos Crimes contra a dignidade sexual – Capitulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual, *in verbis*:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos.

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

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

Percebe-se que a tipificação do crime de estupro evolui juntamente com as necessidades da sociedade, tanto no que se refere à abrangência de suas vítimas, como nos meios empregados para a consumação do delito. Mas, apesar de mais humanizadas, as penas não perderam o seu caráter de rigidez, que é reflexo da repulsa que o crime guarda no seio da sociedade.

2.2.3 Lei 12.015/2009 (alteração do Código Penal)

Em 10 de agosto de 2009, entrou em vigor no ordenamento jurídico a Lei 12.015/09, que alterou substancialmente o Título VI, do Código Penal, referente aos crimes contra os costumes. O titulo VI, que antes era denominado de “*crimes contra os costumes*” passou a ser intitulado de “*crimes contra a dignidade sexual*”.

Houve a união entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor em um só tipo penal, previsto no art. 213, ficando revogado o artigo 214, considerada uma das mais importantes mudanças, através dessa, o legislador passou a definir o crime de estupro como sendo a conduta do agente que constrange alguém,

mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Essa nova interpretação toma destaque quanto ao sujeito passivo, antes só visualizado na figura da mulher e com essa união este sujeito passou a ser “alguém”, abrangendo tanto a figura masculina como a feminina, o que significa uma ruptura histórica. Diz Greco (2010, p. 580):

A nova lei optou pela rubrica estupro, que diz respeito ao fato de ter o agente constrangido alguém a ter conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, ou praticar ou com ele permitir que se pratique outro ato libidinoso. Ao que parece, o legislador se rendeu ao fato de que a mídia, bem como a população em geral, usualmente denominava de ‘estupro’ o que, na vigência da legislação anterior, seria concebido por atentado violento ao pudor, a exemplo do fato de um homem ser violentado sexualmente. Agora [...] não importa se o sujeito passivo é do sexo feminino, ou mesmo do sexo masculino que, se houver o constrangimento com a finalidade prevista no tipo penal do art. 213 do diploma repressivo, estaremos diante do crime de estupro. Em alguns países da Europa, tal como a Espanha, esse delito é chamado de abuso sexual

Importante para esse estudo foram as alterações introduzidas na denominação do Capítulo, de “*Sedução e corrupção de menores*” para “*Dos crimes sexuais contra vulnerável*”. Através dessa modificação inseriu-se uma nova categoria jurídica, a do vulnerável, sendo este o menor de 14 anos ou qualquer indivíduo que em decorrência de qualquer condição, não tem capacidade para de resistir a investidas de conotação sexual.

O “estupro de vulnerável”, previsto no artigo 217-A revogou o artigo 224, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Penal, que tratava da presunção de violência. Através da construção desse novo tipo penal que expõe “*ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos*”, fica transparente a intenção do legislador em encerrar as discussões que permeavam nos tribunais sobre o revogado artigo 224, no sentido de ser absoluta ou relativa à presunção de violência quando o sujeito passivo era menor de 14 anos. Igualmente, torna-se clara a intenção em proibir qualquer prática de ato sexual com menor de 14 anos, apresentando de forma absoluta a invalidade de qualquer ato de consentimento que possa ser proferido por esses sujeitos.

2.3 NOÇÕES GERAIS DO DELITO DE ESTUPRO

O delito de estupro encontra-se tipificado no Título VI, Capítulo I, art. 213, do Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

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

Possui como bem jurídico protegido a dignidade e liberdade sexual. Pode ser sujeito ativo do delito qualquer pessoa, já que não é necessário qualquer requisito especial para figurar como tal. O mesmo aplica-se ao sujeito passivo, ressaltando que a inserção da figura do homem nesse pólo é algo bem atual. Logo, podem-se incluir nesse rol o cônjuge, companheiro (a), namorado (a), profissional do sexo ou não, o homossexual e o transexual, dentre outros.

Sobre o tema Cunha (2013, p. 483) observa:

Tutela-se a dignidade sexual da vítima, constrangida mediante violência ou grave ameaça. O vocábulo estupro, no Brasil, se limitava a incriminar o constrangimento de mulher à conjunção carnal. Outros atos libidinosos estavam tipificados no artigo seguinte, que protegia, também, o homem. Resolveu o legislador, com a edição da Lei nº 12.015/2009, seguir a sistemática de outros países (México, Argentina e Portugal), reunindo os dois crimes num só tipo penal, gerando, desse modo, uma nova acepção ao vocábulo estupro, hoje significando não apenas conjunção carnal violenta, contra homem ou mulher (estupro em sentido estrito), mas também o comportamento de obrigar a vítima, homem ou mulher, a praticar ou permitir que com o agente se pratique outro ato libidinoso.

Cabe frisar que a narrativa do tipo penal exclui qualquer discussão com relação à figura da mulher como autora do crime de estupro, já que o fato decorre apenas da adequação da conduta nos requisitos propostos na primeira ou na segunda parte do tipo penal.

O delito de estupro tem por tipo objetivo as ações de constranger que é a conduta de coagir, causar limitações a liberdade, restringir a livre manifestação da vontade com o intuito de obter o propósito sexual, podendo ser por meio da conjunção carnal ou da prática de qualquer ato libidinoso.

Consoante com texto legal considera-se conjunção carnal apenas a introdução do pênis na vagina não abarcando as demais hipóteses de praticas sexuais, nesse contexto nota-se que é irrelevante a impotência sexual feminal, mas é imprescindível a masculina para a concretização da conjunção carnal, ocorrendo esta ultima possibilidade o fato pode ser caracterizado como ato libidinoso. Enquadram-se como ato libidinoso o sexo anal, a felação, a masturbação, o toque na genitália ou em qualquer outra área erógena, a exemplo dos seios.

Seu tipo penal é doloso, sendo impossível sua concretização na modalidade culposa, já que inexistente previsão legal que a torne possível nos termos do artigo 18, II, do Código Penal.

O ato criminoso se consuma com a efetivação da conjunção carnal, não sendo necessário a satisfação do desejo sexual do agente, já na modalidade do ato libidinoso apenas é preciso físico suficiente para reproduzir a lascívia ou o constrangimento preciso da vítima, que se submete sexualmente ao sujeito ativo do crime o proporcionando a realização de seu objetivo, que é a obtenção do prazer sexual. Pode ocorrer na modalidade tentada, devendo ser observado o contexto do crime em cada caso (CUNHA, 2013, p. 486).

3 ASPECTOS GERAIS ACERCA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Através desse capítulo, se faz uma análise conceitual do crime de estupro de vulnerável, mais precisamente do estupro do menor de 14 (quatorze) anos, interligando a discussão do antigo termo “presunção de violência”, presente no revogado art. 214 do CP com a discussão que paira sobre a natureza da vulnerabilidade grafada no artigo 217-A do Código Penal, conforme alteração promovida pela Lei nº 12.015/2009, especialmente quanto ao sentido de possuir a terminologia natureza absoluta ou relativa.

3.1 DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

Antes das mudanças trazidas pela nova lei, se discutia um tema extremamente polêmico, que se dava em torno da presunção de violência, pois na lei antiga, além da violência efetiva, no revogado artigo 224 do Código Penal estava capitulado o caso de violência presumida, abrangendo não só a idade da vítima, mas também outras hipóteses em que a presunção tinha razão de ser. Era a redação do referido dispositivo:

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:
a) não é maior de 14 (catorze) anos;
b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Conforme entendimento de Noronha (2003, p. 176), “teve em vista o legislador casos em que a violência real não se torna necessária, pela existência de circunstâncias que a dispensavam, dada a impossibilidade de o ofendido opor-se à ação do agente.” Logo, na ocasião da vítima ser menor de 14 anos, ou tendo o agente a consciência que essa possui algum distúrbio mental, a violência era presumida como consequência da ausência de consentimento válido. Com relação ao fato da vítima não ter condições de oferecer defesa, em virtude de qualquer outro motivo, a presunção se fundamentava na incapacidade de resistência de fato.

No que tange ao menor de quatorze anos, apreciou o legislador que o sujeito incluso nessa faixa etária é considerado como incapaz de expressar qualquer conduta de caráter sexual, já que se trata de um assunto até então estranho ao

conhecimento do menor. Em virtude disso, o agressor era sancionado pela lei, já que este não podia alegar ignorância quanto a proteção da dignidade sexual desses indivíduos. Embora alguns desses menores já apresentassem um avançado desenvolvimento sexual, este não podia ser levado em consideração em relação a sua evolução psicológica, o que tornava-se motivo suficiente para impor que esses não tinham discernimento para consentir a prática do ato sexual.

O assunto da aplicação da violência presumida em relação à idade da vítima não era harmônico nem na doutrina, nem nos tribunais. A questão voltava-se para a presunção, referente à idade da vítima, seu caráter absoluto ou relativo.

Preleciona Nucci (2010, p. 34-35) que, essa presunção de violência causava grandes discussões com relação as suas formas:

- a) teoria absoluta: quando não admitisse prova ao contrário, ou seja, independe da vida que aquele jovem leva, basta apenas que seja menor de 14 anos;
- b) teoria relativa: quando aceitasse prova ao contrário, ou seja, vida pregressa do agente exclui a presunção;
- c) teoria mista: presunção absoluta para a maioria dos casos, especialmente para os menores de 12 anos e relativa para as situações excepcionais, voltadas para os entre 12 e 14 anos;
- d) teoria constitucionalista: o Direito penal moderno é Direito Penal da culpa. Intoleráveis à responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva.

Contudo, Greco (2011, p. 527) relata:

[...]a partir da década de 80, os Tribunais, especialmente os superiores, começaram a questionar a presunção da violência constante do revogado art. 224 "a", do Código Penal, passando a entendê-la, como relativa ao argumento de que do Código Penal, passando a entendê-la, em muitos casos, como relativa, ao argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia se modificado significativamente, e que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção daqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940. A doutrina e jurisprudência se desentendiam quanto a esse ponto, discutindo se a aludida presunção era de natureza relativa (*iuris tantum*), que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*), não podendo ser questionada. Sempre defendemos a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois que não existe dado mais objetivo do que a idade, apontada como elemento integrante do tipo (grifo do autor).

Greco (2011, p. 528) segue complementando:

[...] não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas. Não conseguiam entender, *permissa venia*, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivessem uma vida desregrada sexualmente, não eram suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais. Suas personalidades ainda estavam em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado. Dados e situações não exigidos pela lei penal eram considerados no caso concreto, a fim de se reconhecer ou mesmo afastar a presunção de violência, a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social etc. O que se esquecia, infelizmente, era que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente, deixavam aflorar sua libido com crianças ou adolescentes ainda em fase de desenvolvimento (grifo do autor).

Objetivando por fim a esse debate foi introduzido em nosso ordenamento jurídico o tipo penal denominado de “estupro de vulnerável”, que tem a finalidade de defender dignidade e liberdade sexual das vítimas que se encontram em estado de vulnerabilidade. Adiante, poderemos observar que a instituição desse novo tipo não foi suficiente para por fim a essa discussão.

3.2 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ASPECTOS GERAIS

A conduta criminosa denominada estupro de vulnerável, encontra-se tipificada no artigo 217-A, do nosso Código Penal, *in verbis*:

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

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

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

§ 2º Vetado

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

O emprego do termo vulnerável, no contexto do artigo supra citado, está diretamente ligado a uma determinada situação de fragilidade ou incapacidade em que o indivíduo se encontre, quer seja em virtude da idade, por ser menor de 14 anos, ou por encontrar-se enfermo, ou ainda, por estar acometido de algum tipo de deficiência mental.

Segundo, Nucci (2009, p. 829), a vulnerabilidade contida no artigo 217-A: *“trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir”*.

Ao ser tipificado, o estupro de vulnerável objetiva a proteção, tanto da liberdade quanto da dignidade sexual, que para Greco (2010, p. 519) são os objetos jurídicos tutelados. Através desse tipo acoberta-se o desenvolvimento sexual do indivíduo tido como vulnerável, justificando: *“O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual”* (GRECO, 2010, p. 519).

Já em relação ao objeto material do delito, que segundo Nucci (2010, p. 133) *“é o bem, de natureza corpórea ou incorpórea, sobre o qual recai a conduta criminosa”*, conseqüentemente no delito em questão, este seria a pessoa do vulnerável. Seguindo o mesmo pensamento, Greco (2010, p. 519) explana o objeto material do crime de estupro de vulnerável correspondendo:

[...] 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.

O sujeito ativo do delito em questão pode ser tanto o homem quanto a mulher, ressaltando que o homem só se encaixa nesse papel quando o ato referir-se a prática de outros atos libidinosos, pois a conjunção carnal só se concretiza com o ato entre indivíduos de sexos opostos, concordando com este entendimento Greco (2010, p. 519) nos relata:

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.

Quanto à figura do sujeito passivo, o art. 217-A considera como tal todo indivíduo que se encaixe nas condições de vulnerável, independente de seu gênero, podendo ser do sexo masculino ou feminino, como expõe Nucci (2009, p. 826),

sujeito passivo do estupro vulnerável é “a pessoa vulnerável (menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, ou pessoa com incapacidade de resistência)”.

Esse novo tipo penal foi introduzido através da lei 12.015/09, tendo como uma de suas principais funções, por fim à divergência doutrinária decorrente da presunção de violência contida no revogado artigo 224 (uns defendiam a sua relativização e outras o seu caráter absoluto). Nucci (2009, p. 37) se posiciona sobre o assunto nesse sentido: “o nascimento do tipo penal inédito não tornará a sepultar a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade [...]”.

Com o desenvolvimento desse estudo será observado, que a pretensão do legislador em abolir as discussões em torno do caráter relativo ou absoluto da antiga presunção de violência, não foi sanada com a introdução do novo tipo penal, o estupro de vulnerável.

3.3 FORMAS QUALIFICADORAS NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

São consideradas circunstâncias qualificadoras as que, agregadas ao tipo principal impõem novas penas mínimas e máximas. Em seu § 2º o art. 217-A, primeira parte, dispõe: “Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.” Posteriormente o § 3º prescreve: “Se da conduta resulta morte: Pena– reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.”

Entende-se por lesão corporal de natureza grave as condutas descritas nos §§ 1º e 2º do art. 129 do Código Penal. Esses determinam que o resultado qualificador derive da conduta realizada, isto é, que exista nexos causal entre a conduta (que no estupro de vulnerável seria a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso) e o resultado lesão corporal grave ou morte.

De acordo com o entendimento de Nucci (2009, p. 827) a qualificadora em questão pode ocorrer nas seguintes ocasiões:

- a) lesão grave consumada + estupro consumado = estupro consumado qualificado pelo resultado lesão grave;
- b) lesão grave consumada + tentativa de estupro = estupro consumado qualificado pelo resultado lesão grave, dando-se a mesma solução do latrocínio (súmula 610 do STF).

A conduta do agente de estuprar o vulnerável gerando o resultado morte, que qualifica o delito, pode ser acarretada por qualquer causa eficiente e integrante do fato, a título de exemplo, uma *overdose* causada por uma substância entorpecente que o agente, fraudulentamente, fez com que a vítima ingerisse para diminuir sua capacidade de defesa.

Evidente é que o resultado mais grave, tanto da lesão corporal grave, como da morte da vítima, pode ser produzido pelo agente, com o propósito de enfraquecer a vítima, neutralizando a sua resistência e facilitando a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso. No entanto, pode decorrer do próprio ato sexual em si, ou pela desproporcionalidade física entre as dimensões dos órgãos sexuais, logo, também pela efetivação do ato libidinoso.

A existência do nexo causal entre o ato sexual ou ato libidinoso e o resultado lesão grave ou morte, não é suficiente para caracterizar a forma qualificada no estupro de vulnerável. É necessário que o agente tenha chegado a tal resultado de forma culposa, ou seja, com negligência, imprudência ou imperícia. Pois, se o agente tiver praticado o delito de forma dolosa quanto ao resultado mais grave, ocorrerá concurso material ou formal imperfeito de dois crimes, estupro de vulnerável e lesão corporal grave ou estupro de vulnerável e morte.

Logo, ao tratar acerca de estupro de vulnerável que resulte em lesão corporal grave ou morte, estará se referindo a um crime preterdoloso. Sobre este tema, prescreve Greco (2010, p. 521) “*No entanto, deve ser frisado que esses resultados que qualificam a infração penal somente podem ser imputados ao agente a título de culpa, cuidando-se, outrossim, de crime eminentemente preterdoloso.*”

Isto é, se o agente, por exemplo, ao estuprar a vítima, tem também como resultado sua morte ou ocasiona graves lesões. Assim, nesse caso, o crime de estupro será considerado doloso, enquanto que, a lesão ou morte será culposa.

Diferentemente ocorre quando o autor tem a intenção de praticar os dois crimes, o estupro e a lesão ou morte, ocasião em que responderá pela prática dos dois crimes em concurso material de crimes, conforme art. 69 do Código Penal.

3.4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL COMO CRIME HEDIONDO

Os crimes hediondos têm sua natureza jurídica vinculada a Carta Magna de 1988, no teor do artigo 5º XLIII, assegurando que “*a lei considerará crimes*

inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia [...] os crimes definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitiram". Assim, em 25 de julho de 1990 foi editada a Lei nº 8.072/1990 que regulamenta o artigo em pauta, contudo, esta norma sofre corriqueiramente várias mudanças, tendo estas a finalidade de incluir em seu rol de aplicabilidade novas condutas que antes não eram desaprovadas com maior rigidez.

Uma das principais funções dos crimes denominados hediondos é o agravamento de suas sanções, já que um dos meios mais eficazes de prevenção na prática de delitos, é a aplicação de penas mais severas, que intimidem o agente a praticarem o crime.

São considerados hediondos os crimes elencados do rol do art. 1º da LCH, dentre eles encontra-se o estupro de vulnerável, *in verbis*:

Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes:

I — homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado;

II — latrocínio;

III — extorsão qualificada pela morte;

IV — extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada;

V — estupro;

VI — estupro de vulnerável;

VII — epidemia com resultado morte;

VII-A — (Vetado);

VII-B — falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Em seu artigo 4º, a Lei nº 12.015/2009 deu nova redação ao artigo 1º, inciso VI, da Lei nº 8.072/90 Determinando no inciso VI, anteriormente com redação voltada a classificar o crime de atentado violento ao pudor, que o novo tipo penal estupro de vulnerável, seja ele em sua forma simples ou qualificada é considerado crime hediondo.

A inclusão dessa conduta no rol de crimes hediondos evidencia a preocupação do legislador com a gravidade do delito em questão e com o sentimento de aversão demonstrado pela sociedade aqueles que praticam crimes sexuais contra crianças e adolescentes, penalizando com a severidade que é característica dos crimes hediondos.

Logo, o agente sentenciado por crime de estupro de vulnerável, não poderá ser beneficiado com graça, anistia, indulto ou fiança, e cumprirá a pena aplicada em regime inicialmente fechado, só podendo ter progressão de regime após cumprir 2/5 da pena, se primário, ou 3/5 se reincidente, além de apresentar bom comportamento enquanto preso.

3.5 AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O artigo 225 do Código Penal teve sua redação alterada pela Lei nº 12.015/09, antes os crimes sexuais eram em regra de ação penal de iniciativa privada, ou seja, mediante queixa-crime, apresentando algumas exceções, como podemos observar em sua redação anterior:

Art. 225 – Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I – se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II – se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

Assim, se a vítima ou seus pais não tivessem condições de arcar com as despesas do processo, sem que para isso não comprometesse os recursos indispensáveis à manutenção própria ou de sua família; se ao cometer o crime fosse constatado abuso do poder pátrio, tutor ou curador; se da violência empregada, resultava lesão grave ou morte; se resultasse em lesão corporal leve; o procedimento adotado seria o da ação penal pública condicionada à representação, na primeira hipótese, enquanto que nas demais seria incondicionada.

Após a entrada em vigor da nova lei, o artigo passou a ter nova redação, extinguindo a ação penal privada nos crimes sexuais, dando lugar a ação pública condicionada à representação como regra, sendo incondicionada, excepcionalmente, quando se tratar de vítima vulnerável ou menor de 18 anos. Preleciona a nova redação:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Logo, todos os crimes sexuais, possuem como titular para promover a ação o Estado, que atuará através do Ministério Público, mas dependerá em algumas ocasiões, da representação da vítima, para exercer o direito de ação.

3.6 A VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS SEGUNDO O ECA

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, foi criado com a intenção de defender os direitos infanto-juvenis, objetivando que estes tenham um crescimento físico e psicológico saudável.

Em seu art. 2º o ECA distingue a criança do adolescente, pois para ele, criança é o indivíduo de até 12 (doze) anos de idade, já o adolescente é aquele que possui entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos.

Com o advento da Lei nº 12.015/99, ao prescrever que o estupro de vulnerável é aquele praticado contra o menor de 14 anos, o legislador estende a proteção não só para as crianças, mas também inclui uma parte dos adolescentes, o que em princípio parece louvável. Entretanto, sua manifestação nesse sentido implica no entendimento de que qualquer situação que caracterize o tipo penal, absolutamente, será tida como uma violação penal, e conseqüentemente, passível de suas penas.

Assim, ao analisar o art. 217-A, chega-se a conclusão de que o indivíduo com 12 anos e menor de 14 anos está impedido de praticar atos sexuais, logo, ao manifestar conduta contrária ao determinado, recairá sobre seu parceiro sexual (se maior de 18 anos) as sanções penais.

Nucci (2009, p. 830) expõe sobre os menores de 14 anos com embasamento no Estatuto da Criança e do Adolescente:

[...] criança é pessoa menor de 12 anos; adolescente, que é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mais relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. [...] Entretanto, manter relação

sexual com pessoa menor de 12 anos, com ciência disso, provoca o surgimento da tipificação no art. 217-A, de modo absoluto, sem admissão de prova em contrário, para tutela obrigatória de boa formação sexual da criança.

No mesmo sentido, são as palavras de Greco (2010, p. 515):

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.

Ora, igualar o indivíduo maior de doze anos, que se encontra totalmente pleno de suas faculdades mentais, com um enfermo ou um doente mental, que não possui capacidade de dar veracidade ao seu consentimento, não parece uma atitude regada de proporcionalidade e razoabilidade.

Em seu art.103, o ECA apresenta o ato infracional, como sendo “a conduta descrita como crime ou contravenção penal” acrescentando no art. 104 que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nessa Lei”. Nesse sentido, o art. 106 possibilita que o indivíduo com doze anos e menor de dezoito seja privado de sua liberdade, assim como, o art. 112 possui um rol de medidas socioeducativas impostas aos mesmos.

Não é difícil deduzir que há uma contradição do legislador ao afirmar que o maior de 12 anos e menor de 14 anos não pode consentir para prática de atos sexuais por não possuir capacidade de discernimento, mas, podem ser submetidos a uma medida socioeducativa quando forem os sujeitos ativos, podendo até serem privados de sua liberdade, pois compreendem a ilicitude do fato.

Importante ressaltar que hoje a sociedade convive em meio a um bombardeamento de informações, que são apresentadas através dos meios televisivos, do rádio, dos escritos e principalmente pela *internet*. E ainda, têm em sua educação básica como componente curricular escolar, a conscientização de crianças e adolescentes sobre a vida sexual, sendo voltada tanto para reprodução, como para a satisfação dos desejos e prazeres sexuais que lhes são pertinentes.

Assim, é plenamente aceitável a idéia de que um adolescente com seus doze anos completos, ou mais, tenha o conhecimento do que venha a ser um ato

libidinoso, uma conjunção carnal, que conheça o seu corpo e nesse contexto seja capaz de relacionar-se sexualmente com um parceiro por vontade própria.

Diante dessas imperfeições visivelmente deixadas pelo legislador, ao criar o novo tipo penal em questão, o próximo capítulo tem por objetivo demonstrar no tange que a natureza jurídica dessa vulnerabilidade, a sua possibilidade de ser vista como relativa, em virtude da aplicação do princípio da adequação e da não lesão aos princípios constitucionais, fundamentais ao processo penal e ao respeito aos princípios fundamentais a dignidade humana.

4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CASO DE VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS: É POSSÍVEL RELATIVIZAR?

Conforme exposto nos demais capítulos, é sabido que o crime de estupro de vulnerável foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de resguardar os direitos daqueles considerados incapazes de expor suas vontades para o consentimento racional e seguro que validem o ato sexual.

Entretanto, a essa introdução não foi suficiente para por fim a discussão que pairava a antecedente presunção de inocência, que se localizava no revogado art. 224 do Código Penal, ou seja, se cabia prova em contrário, sendo presunção absoluta, ou, se relativa, sendo possível a produção de provas que fossem favoráveis a defesa do réu.

Com o advento da Lei nº 12.015/09, essa discussão tornou-se, em tese inviável, já que o sujeito passivo do crime em pauta passou a ser elementar do tipo, isto é, para ocorrer a consumação do delito basta o simples fato do autor praticar conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com o agente que se encaixe na figura do vulnerável; sendo importante para esse trabalho, o menor 14 anos e maior de 12 anos.

Para a lei, os indivíduos menores de quatorze anos não têm condições de discernimento para consentir a prática do ato sexual, resguardando de forma absoluta a dignidade sexual destes, logo, é ato presumidamente por lei, *iuris et de iuri*, que pune com rigor aqueles que se puserem a violar os direitos e garantias desses indivíduos.

Todavia, ao levar em consideração a vulnerabilidade absoluta de alguns casos que envolvam menores de quatorze anos, o legislador estaria incorrendo em exagero e batendo de frente com outros direitos, a título de exemplo, a ampla defesa, a presunção de inocência, dentre outros. A seguir, será demonstrado que é possível admitir exceção à regra.

4.1 DA VULNERABILIDADE ABSOLUTA

Com a denominação de “estupro de vulnerável”, o novo art. 217-A, *caput*, do Código Penal, tem a seguinte exposição típica: "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 08 (oito) a

15(quinze) anos". Sendo esta, a descrição da primeira forma típica de estupro contra vulnerável. Advindo as alterações realizadas pela Lei 12.015/09, a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso em face do menor de 14 anos ao invés de ser uma simples modalidade do tipo penal comum de estupro, passou a adotar ao grupo de tipo penal dentro da classe de autonomia tipológica e denominação particular.

Como se percebe, essas mudanças não se referem apenas a uma simples transferência do ambiente normativo anteriormente utilizado (Art. 224, CP) para o atual art. 217-A, do Código Penal. Logo, o ordenamento jurídico penal passou a constituir com mais esta infração penal, o estupro contra vulnerável, que se identificam, em sua parte essencial, com a conduta reproduzida no art. 213, *caput*, do Código Penal.

Entretanto, existem diferenças óbvias. A descrição atribuída ao art. 217-A não mais alude à presunção de violência ou grave ameaça como item do novo tipo penal. A concretização desse novo tipo penal depende apenas do conhecimento do agente de que a vítima possui idade inferior a 14 anos e pratique com ela conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. É nesse sentido o posicionamento da maioria da doutrina, como Greco (2009, p. 03), que entende:

O núcleo *ter*, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo *constranger*, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, *conjunção carnal*, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não ter sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (quatorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável.

Teoricamente é certo afirmar que diante da incriminação da conduta, não mais paira a polêmica discussão sobre a violência presumida. Entende-se que esta norma se solidifica, ética e politicamente, através da idealização de uma custódia total do ser humano, quando ainda criança, que tem a necessidade de proteção penal da sua integridade sexual, combatendo qualquer prática de caráter sexual.

Ficou claro que, a extinção da controvérsia sobre a presunção de violência em detrimento do novo recurso incriminador facilitou a questão. Todavia, não é difícil identificar que essa incriminação com tamanha severidade e rigidez tem por base a mesma justificativa de antes, qual seja: a alegação axiológica de que todo e

qualquer ato sexual praticado contra o menor de quatorze anos, afronta “a dignidade sexual” deste. Logo, o ato sexual ou libidinoso é considerado pela lei como condutas de incontestável violência, que merece ser punida com severidade. Pode-se observar posicionamento nesse sentido através do parecer aprovado pelo Senado Federal no texto substitutivo do Projeto de Lei n.º 253/2004, que deu origem à lei de n.º 12.015/2011:

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.

O Direito Penal defende que no decurso da infância, a criança encontra-se vivenciando com constantes transformações, que envolvem seu psicológico, as mudanças biológicas e sua formação ética e moral. Assim, a conduta de manter relação sexual ou praticar qualquer ato libidinoso, com um menor de catorze anos, ofende um bem jurídico tido como indisponível de pleno direito.

Desde a vigência do revogado art. 224, o Supremo Tribunal Federal tem volta do seu entendimento no sentido de que "*a presunção de violência prevista no art. 224 do CP tinha caráter absoluto*". Em virtude disso, decretou que é consistente sua orientação jurisprudencial "*no sentido de que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro*". Hoje, com a vigência do novo tipo penal escusa-se irrefutavelmente qualquer questionamento a respeito da presença de violência ou grave ameaça, e as orientações jurisprudenciais seguem por punir rigidamente os que cometem estupro contra o menor de 14 anos.

4.2 DA VULNERABILIDADE RELATIVA

Associar a idade da vítima como limite etário para obtenção de capacidade para consentir a prática de atos sexuais, não se trata de uma prática normativa atual, no Direito Romano, por exemplo, vigorava o princípio *Quivelle non potuit, ergo noluit*, que traduz-se em “*quem não pode querer, não quer, quem não pode consentir, dissente*”. Entretanto, faz-se importante considerar uma recente revolução sexual, que deu ensejo a uma vasta mudança no comportamento sexual dos adolescentes, influenciando claramente no modo como estes lidam com sua sexualidade, ou seja, percebe-se um amadurecimento sexual precoce.

Assim, denegar a capacidade de autodeterminação sexual plenamente, é considerado impertinente em alguns casos, tendo em vista a condição histórico-cultural atual. Conforme explanado em momento anterior, existem opiniões voltadas para o sentido de que a vulnerabilidade aqui tratada deve ser considerada de forma absoluta, dispensando-se qualquer meio de prova em contrário.

Contudo, a defesa desse entendimento ofende aos princípios e meios de defesa assegurados pela Constituição. Além de cercear do adolescente, que tem a plena consciência moral do ato sexual, o direito de exercer sua sexualidade, em razão de não ter alcançado a idade exigida pela lei, que é coberta de exigências fundamentadas em conceitos éticos e morais predominantes na sociedade, o art. 217-A é também responsável pela limitação do direito constitucional de liberdade do menor consciente de seus atos.

A referida norma também atinge outros princípios, que ferem os direitos do sujeito ativo do delito, nos casos em que o sujeito passiva demonstra que tem capacidade para tomar decisões sobre sua sexualidade e já possui uma vida sexual ativa, levando-se em conta a vulnerabilidade como sendo absoluta.

Entre os princípios atingidos pelo conceito da vulnerabilidade do art. 217-A como absoluto, estão o do contraditório e da ampla defesa, protegidos pela Constituição Federal em seu art. 5º, LV, sendo altamente relevantes para o Direito Penal, já que esse caráter absoluto acarreta o entendimento de que não caberá prova em contrário por parte do réu no intuito de comprovar que a veracidade objetiva difere da prevista pelo legislador.

Afronta ainda, o princípio da presunção do estado de inocência, que se embasa na idéia de que todos têm o direito de não ser declarado culpado senão

mediante sentença transitada em julgado, levando em consideração o término do devido processo legal, ocasião em que o acusado faz uso de todos os meios de prova necessária para sua defesa, que se refere ao princípio da ampla defesa, e tenha tido a oportunidade de arruinar a confiabilidade das provas apresentadas pela acusação, dando validade ao princípio do contraditório.

Afrontar esses princípios em detrimento da aceitação da vulnerabilidade como absoluta, levando em consideração a moderna visão da sociedade, é estar de acordo com o entendimento de que um adolescente maior de doze anos e menor de 14 são absolutamente vulneráveis, e não possui, de maneira absoluta, o mínimo entendimento do que significa uma relação sexual.

Conforme mencionado anteriormente, a sociedade moderna presencia um bombardeamento de informações todos os dias, que são apresentadas através dos mais variados meios de comunicação, têm também a educação básica conscientizando crianças e adolescentes sobre a vida sexual, sendo esse assunto componente curricular escolar, apresentando o sexo tanto como meio para reprodução, como para a satisfação dos desejos e prazeres sexuais que lhes são pertinentes, instigando aqueles a um afloramento sexual. O que acarreta discussões, também, com relação a adequação social desse novo tipo penal ao comportamento moderno.

4.3 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO PROCESSO PENAL

4.3.1 Conceito

Através de Welzel, introduziu-se no Direito Penal a idéia de que não se pode considerar uma conduta como criminosa se esta é aceita ou admitida pela sociedade, ainda que esta se enquadre como uma figura típica. Por conseguinte, se uma ação, em certas ocasiões, não é reprovada pela sociedade, não se pode falar em crime. Através desse pensamento surge, então, o Princípio da Adequação Social (TOLEDO, 1994, p. 131).

Para Nucci (2009, p. 222-223), o princípio da adequação social é uma excludente de tipicidade supralegal, afasta a tipicidade, contudo não se encontra formalmente firmado na lei.

Parece-nos que a adequação social é, sem dúvida, motivo para a exclusão da tipicidade, justamente porque a conduta consensualmente aceita pela sociedade não se ajusta ao modelo legal incriminador, tendo em vista que este possui, como finalidade precípua, proibir condutas que firam bens jurídicos tutelados. Ora, se determinada conduta é acolhida como socialmente adequada deixa de ser considerada lesiva a qualquer bem jurídico, tornando-se um indiferente penal.

Mirabete (1998, p. 99), preleciona sobre o princípio da adequação social:

A ação é a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. A relevância social da ação é o critério conceitual comum a todas as formas de comportamento e, portanto, também ao crime. Entende-se que o "comportamento" é a resposta do homem a uma exigência posta em determinada situação conhecida, ou pelo menos passível de ser conhecida, constituindo-se na realização de uma possibilidade de reação, de que ele dispõe em razão de sua liberdade. Como o Direito Penal só comina pena as condutas socialmente danosas e como socialmente relevante é toda conduta que afeta a relação do indivíduo para com o seu meio, sem relevância social não há relevância jurídico-penal. Só haverá fato típico, portanto, segundo a relevância social da ação.

Bittencourt (2003, p. 222), também expressa sua opinião no mesmo sentido:

[...] o tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos, em si mesmos típicos, carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes, há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado.

De acordo com o observado, o princípio da adequação social tem uma forte aceitação por parte da doutrina, e pode ser exemplificado através desses casos: a circuncisão praticada na religião judaica, a tatuagem, o furo na orelha para colocação de brinco, lesões corporais causadas em partidas de futebol etc. O princípio em questão, ao ser admitido num caso concreto, pode constituir causa supralegal de exclusão da tipicidade. São ações destituídas de tipicidade material, pois são coletivamente permitidas, entretanto, não há que se levar em considerações as condutas praticadas com excessos.

4.3.2 Princípio da adequação social e a relativização do estupro de vulnerável

Com o advento do século XX, principalmente nas décadas de 60 e 70, período em que ocorreram os principais movimentos feministas, o ponto de vista sobre a sexualidade dos brasileiros, sofreu importantes transformações. A mulher

passou a ter um maior controle sobre o planejamento familiar, graças aos meios contraceptivos; a união estável ganhou espaço diante do casamento como legitimador das relações sexuais; os homossexuais iniciaram uma luta pelo reconhecimento de seus direitos e por sua inclusão social (GRECO, A.; RASSI, 2011).

Essas transformações deram margem à sociedade para que o assunto sexo fosse alvo do discurso público, através da televisão, cinema, teatro, rádio, jornais e revistas. Foram inseridos novos meios de educação social, reconhecidos e executados pela sociedade. Firmou-se uma releitura dos antigos conceitos, eivados de preconceito.

O fim da repressão sexual, na sociedade moderna, se caracteriza pela expansão de discursos sobre sexo e atos sexuais, que instigam a demanda, por pornografia e dão a sexualidade própria e a alheia um aspecto de superficialidade. Essa manifestação do sexo na vida do homem contemporâneo independe de idade, de gênero ou classe social, podendo ser visualizada em demonstrações populares como a música, linguagem, história, festas típicas, a exemplo do tão famoso carnaval brasileiro, da expansão do funk etc.

Todo indivíduo carrega sua sexualidade como componente de seu ser, que engloba assuntos culturais, sociais, afetivos, exercendo, também importante papel sobre o prazer humano que repercute diretamente em sua intimidade, princípios e emoções. Pesquisas apontam que a vida sexual do brasileiro tem iniciado cada vez mais cedo, como bem colocam Greco A. e Rassi (2011, p. 20):

[...] grandes mudanças sofreu o comportamento sexual do jovem. Os métodos anticoncepcionais anteciparam sua primeira experiência sexual. Segundo a mais abrangente pesquisa sobre juventude e sexualidade já realizada no país, a idade média da primeira relação sexual do jovem brasileiro varia em torno de 13,9 a 14,4 anos, para o homem e 12 a 16 anos para a mulher, sendo que, em quase todas as capitais, mais de 10% das crianças e adolescentes entre 10 e 14 anos já tiveram uma relação sexual.

Mesmo antes dos quatorze anos os jovens tem acesso à educação sexual, como componente curricular das escolas, públicas e particulares, colaborando a instrução e autodeterminação dos adolescentes.

Nucci, citado por Cunha² (2013, p. 496-497), analisa a sexualidade do vulnerável maior de 12 anos como sendo casuística, possibilitando a comprovação da validade do consentimento. Esse entendimento ajusta à idéia defendida pelo princípio da adequação social.

O legislador ao elaborar a norma, tem o dever de voltar sua interpretação para a atual realidade da sociedade, fazendo um paralelo com seus costumes e valores frente a aplicação da lei. O princípio da adequação social é instrumento para que a norma seja aplicada em conformidade com a realidade social. Esse princípio permite que a própria sociedade afaste do âmbito penal a tipicidade de condutas consideradas adequadas.

Conforme exposto, as discussões referentes à sexualidade vêm sendo debatidas de uma forma mais aberta e confortável, por serem frequentes no dia a dia da sociedade atual, estando em presente em filmes, novelas, músicas, nas escolas e podendo ser facilmente acessada na internet, sendo parte da cultura do brasileiro.

Assim, juntamente com a evolução da sociedade, a norma e sua interpretação devem seguir o mesmo ritmo, fazendo valer a aplicação de um Direito eficaz e mais justo. Ao levar em consideração o princípio da adequação social, o legislador dar ao aplicador do Direito a oportunidade de interpretar o caso concreto minuciosamente, levando em consideração o perfil cultural e social da vítima, e principalmente traçar o perfil sexual da vítima, analisando se essa tinha condições de consentir o ato sexual.

É através desse ângulo, que, com o já mencionado, entende-se que o menor, de acordo com sua definição legal, exposta pelo art. 2º do Estatuto da Criança e do

² Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato sexual ser totalmente inoperante, inda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicabilidade do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto -, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção ao menor de 14 anos continua rígida. Creemos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate a cerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14.

Adolescente, é o indivíduo com a idade entre doze e dezoito anos, e criança, a pessoa com idade até doze anos incompletos. Desta forma tem-se que, se um adolescente maior de doze pode ser responsabilizado por suas condutas perante o Estatuto, levando em consideração que esse tem a plena capacidade de discernimento para assimilar o caráter lícito de seus atos e, conseqüente, ser submetido aos meios punitivos do Estatuto, não há nexos no fato de outra lei, imposta pelo mesmo ordenamento jurídico, impor que esse mesmo indivíduo não é capaz de compreender o ato sexual, muito menos de expressar suas vontades nesse sentido.

Encontrando-se o Direito Penal fundamentado na proteção dos bens fundamentais dos indivíduos de uma coletividade, não há coerência em sancionar um indivíduo por atos que não violam bens passíveis de proteção, qual seja a liberdade sexual do maior de doze anos, nas hipóteses em que é nítida a capacidade deste para consentir validamente o ato sexual, já que a própria conjuntura jurídica, em especial o Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê que estes estão aptos a ter consciência do que são atos infracionais e, ainda, ser responsabilizado por suas conseqüências.

Não se pode aceitar, assim, que diante de um caso de suposto estupro de vulnerável, o ofensor seja punido apenas com base nas características de uma suposta vítima, sem ao menos levar em consideração as condições pessoais do sujeito, a presença, ou não, de um dolo de lesionar a dignidade e a liberdade sexual do sujeito passivo, já que, como mencionado, o art. 217-A não considera a existência de violência real ou até mesmo grave ameaça.

Bem além de uma intenção inovadora, o legislador, através da introdução do tipo estupro de vulnerável, adentrou na esfera de questões que já se encontravam resolvidas na concepção da sociedade que vivem em outra realidade fática, uma vez que, ao contrário do que representava a relativização da presunção de violência na relação sexual com maiores de 12 anos, teve-se, na verdade, a manutenção de verdadeira presunção absoluta, mascarada sob o vulgo de objetividade fática, fomentando a propagação de uma incorreta percepção de justa e necessária proteção legal, para camuflar a proteção de uma ilegítima moral, dando espaço a uma arbitrariedade estatal característica de Estados ditatoriais.

Vale ressaltar, que a defesa pela aplicabilidade desse princípio como meio de relativizar o estupro de vulnerável do adolescente maior de 12 anos, não se direciona em defesa daquele que pratica ato sexual junto a vítima prostituída,

independente da idade, já que essa conduta é reprovada tanto pela tipicidade formal como pela própria sociedade.

Portanto, defendemos, através do princípio da adequação social, a liberdade sexual do adolescente maior de 12 anos, para que este tenha o seu grau de conscientização levado em consideração, refletindo em sua capacidade de consentimento para os atos de sua vida sexual, expondo assim, sua autodeterminação.

4.4 A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE MAIOR DE DOZE ANOS DIANTE DA PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Um das principais funções da introdução do artigo 217-A, no Código Penal, através da Lei 12.015/09, como já foi mencionado, é afastar a incidência de crimes sexuais cometidos contra crianças e adolescentes, em especial, o crime de “pedofilia”, maculado de repulsa e desprezo pela sociedade e, ainda, punir com mais severidade os indivíduos que incorrerem nessa conduta delituosa.

Apesar da boa intenção do legislador em proporcionar uma maior proteção legal aos definidos como vulneráveis, há que se observar, também, a inversão dos reais objetivos penais e sociais da norma. É obvio que esta proteção é dever do ordenamento jurídico, entretanto, sua aplicabilidade deve ocorrer em conformidade com os preceitos e princípios constitucionais.

A introdução do art. 217-A vai contra os preceitos de vários Princípios constitucionais fundamentais para o Direito Penal, como o Princípio do Contraditório, da Ampla Defesa, da Presunção de Inocência, da Dignidade da Pessoa Humana, o já explanado Princípio da Adequação Social, dentre outros. Isso ocorre pelo fato da vulnerabilidade ser tratada como absoluta, o que ocasiona a sentença antecipada do agente acusado de cometer o crime em análise, ferindo seu direito constitucional de defender-se, tendo em vista ser presunção *iuris et de iuri*, ou seja, não cabe prova em contrário, ficando explícito a incongruência entre esse tipo penal e a Carta Magna.

Em virtude desse entendimento, fica claro que a natureza jurídica dessa vulnerabilidade deve ser considerada como relativa, já que a sua não aceitação, implica na inconstitucionalidade do art. 217-A do CP, já que este não se molda as

bases ideológicas de nosso ordenamento jurídico, indo além da fronteira de um Direito Penal mínimo.

É importante explicar que o nosso ordenamento jurídico adota a responsabilidade penal subjetiva, ou seja, não é aceito a presunção de culpabilidade, assim, a culpa e o dolo necessitam serem provados. Com fundamento na responsabilidade objetiva, não se pode considerar a vulnerabilidade absoluta, já que esta não leva em consideração qualquer indício de dolo ou culpa do agente, sendo este definido como culpado desde o momento que pratica qualquer ato sexual com o maior de 12 anos.

Diante disso, ressalta-se ainda mais a necessidade de considerar relativa a natureza da vulnerabilidade, pois o oposto, acarreta o cerceamento de defesa do acusado. Ainda mais, aceitação desse posicionamento além de afastar as ofensas contra os princípios constitucionais, estaria, também, impedindo a aplicação da responsabilidade penal objetiva, não admitida no Direito Penal.

Em virtude do que foi abordado no trabalho, almeja-se ter evidenciado a necessidade da relativização da vulnerabilidade do maior de 12 anos sujeitando-se ao contexto que o caso concreto expõe e das quais derivem os atos previstos no tipo penal em questão, com o propósito de prevenir que princípios e meios de defesa constitucionais sejam lesionados, assim como que se configure uma responsabilização penal objetiva do acusado de “estupro de vulnerável”.

Importante salientar, que o presente trabalho não tem a intenção de opor-se a punição de crimes sexuais contra vulneráveis, pois, é demais louvável a intenção do legislador em proteger as garantias dos indivíduos considerados vulneráveis. Entretanto, conferir cunho absoluto à vulnerabilidade do art. 217- A, é consentir uma culpabilidade antecipada do acusado, impedindo que esse se utilize de seu direito a ampla defesa, além de colaborar com a materialização da citada responsabilidade penal objetiva.

Por fim, compreende-se que uma coisa é penalizar os tão repudiados “pedófilos”, que são sinônimos de catástrofe na vida de crianças inocentes. Outra coisa é penalizar indivíduos que, fortuitamente, cometeram deslizes que poderiam ter sido impedidos. A presunção de vulnerabilidade deve, sim, existir, mas, para não violar os princípios do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, dentre outros, prelecionados pela própria Constituição Federal, deve ser relativa, ou

seja, *juris tantum*, admitindo-se prova em contrário e cedendo diante do cenário do caso em concreto.

5 CONCLUSÃO

A despeito do que ficou demonstrado nesse trabalho monográfico, entende-se que as alterações introduzidas pela lei nº 12.015/09 foram de grande benefício para a sociedade, sobretudo para os indivíduos caracterizados como vulneráveis. Através desta a sociedade ficou mais atenta quanto à gravidade da prática dos crimes sexuais contra os vulneráveis, em virtude de uma maior rigidez da norma e uma punição mais severa dos agentes.

Verifica-se também, que as celeumas a frente da antiga presunção de violência não foram superadas, pois ainda é alvo de fortes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, o que houve foi apenas uma mudança de nomenclatura, deixando de se chamar presunção de violência, passando a se chamar vulnerabilidade, da qual se discute sua natureza jurídica, se seria absoluta ou relativa.

Analisou-se qual dessas naturezas deveria ser aplicada em nosso ordenamento jurídico, tendo por base o dano causado por cada uma delas, e a que melhor atende as necessidades de nossa sociedade. Essa análise foi feita a partir do estudo dos efeitos causados pela consideração da vulnerabilidade como absoluta no que diz respeito aos princípios e meios de defesas constitucionais que são lesionados ao adotar-se essa natureza, ainda, a não relativização diante do princípio da adequação social e seus reflexos na responsabilidade penal objetiva.

Posterior a essa análise, fundamentando-se em entendimentos doutrinários, a melhor vertente é aquela que considera a natureza relativa da vulnerabilidade. A consideração desse entendimento como o mais viável, conseqüentemente viabilizará o respeito a todos os meios de defesa garantidos pela Constituição Federal de 1988, citados anteriormente, e também, estará acolhendo, o livre arbítrio do vulnerável maior de 12 anos, dando espaço para que estes desempenhem sua sexualidade, dentro dos limites consideráveis pela sociedade, o que implica na utilização do princípio da adequação social, que abre espaço para o aplicador do direito levar em consideração a realidade atual da sociedade na interpretação da norma.

Enxergar a vulnerabilidade como absoluta, implica na limitação da liberdade sexual do adolescente e no cerceamento de defesa do agente acusado de praticar a conduta em estudo, em detrimento de uma interpretação socialmente adequada, que não se orientou na atual conjuntura social e nos preceitos constitucionais.

Mais uma vez, é de grande importância deixar claro que a intenção foi demonstrar a possibilidade da relativização do estupro de vulnerável, desde que direcionada à classe dos vulneráveis maiores de 12 anos e menores de 14 que, conforme exposto anteriormente, são considerados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como capazes de compreender os limites e responder por atos considerados infracionais e, que ainda, de acordo com a evolução social têm o entendimento necessário para iniciarem uma vida sexual e exercerem sua liberdade sexual, reprimida por meio do tipo penal em estudo.

A solução para essa discussão estaria na análise casuística, onde o aplicador do direito interpretaria a natureza da vulnerabilidade como relativa, estudando as características éticas, sociais e culturais do adolescente, traçando seu perfil e, através deste, construindo seu entendimento a respeito da capacidade do indivíduo e da validade de seu consentimento para a prática de condutas sexuais, ou seja, se estaria apto para exercer seu direito à liberdade sexual e deixar fluir sua autodeterminação através do exercício de sua sexualidade.

Por fim, espera-se que este trabalho tenha alcançado seu objetivo de demonstrar que é possível relativizar o estupro do vulnerável maior de doze anos, e que esse entendimento é consequência de uma aplicação correta da norma dentro do que prelecionam os princípios constitucionais ligados ao direito de defesa assegurado a todos, ao tempo em que se realiza uma interpretação socialmente adequada ao momento contemporâneo que, longe de uma perspectiva distanciada, recorre aos mais diversos meios informativos, e até fomentadores, da sexualidade adolescente.

Logo, é certo que as armas utilizadas para combater crimes sexuais contra vulneráveis são sempre louváveis, desde que, não sejam capazes de ferir os princípios fundamentais inerentes à dignidade humana.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Manuel. Dicionário Histórico, Corográfico, Heráldico, Biográfico, Bibliográfico, Numismático e Artístico Portugal. Volume I. Edição eletrônica 2000-2012 Disponível em: < <http://www.arqnet.pt/dicionario/ordenacoesafonsinas.html>>. Acesso: 20 de janeiro de 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral. Vol. I. 7ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Tratado do Direito Penal. 8. ed. Saraiva, 2003.

BRASIL. Código criminal do Imperio do Brazil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm> Acesso em 12 de dez. de 2013.

_____. Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso 03 de janeiro de 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

_____. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 13 de dezembro de 2013.

CHAVES, Leandro Santos. A evolução histórica do Direito Penal Positivado no Brasil. 2009. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2238/2222>> Acesso em 20 de janeiro de 2014.

CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/hamurabi.htm>> Acesso em 10 de dez. de 2013.

CUNHA, Sanches Cunha. Manual de Direito Penal: parte especial (art.121 ao 361). 5ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2003, volume único.

FUNARI, Pedro Paulo Abreu. A Vida Cotidiana na Roma Antiga. São Paulo: Anna Blume, 2003.

GRECO, A. OrcesiPedo; RASSI, João Daniel. Crimes contra a dignidade sexual. 2ª edição . São Paulo: Ed. Atlas S.A. – 2011.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte especial. 8. ed., rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011. v. III.

_____. Adendo Lei 12.015/2009 – Dos Crimes contra a Dignidade Sexual, Niterói, RJ: Impetus, 2009. Disponível em:

<http://www.editoraimpetus.com.br/admin/upload/atualizacao/ADENDO_-_12.015_-_emenda.pdf>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2014.

_____. Código Penal Comentado. 5ª Ed. Niteroi: Impetus, 2010a.

_____. Curso de Direito Penal: Parte especial. 7.ed. Niterói: Impetus, 2010b. v.3.

GUIMARÃES, Caroline Barbosa. Estupro de vulnerável: da possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do artigo 217-a, caput, do Código Penal. Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Centro Universitário do Distrito Federal. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032321.pdf>> Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

GUSMÃO, Chrysolito de. Dos crimes sexuais. 6. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 13. ed. v. 1, São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10a Edição. RT. 2010.

_____. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2009ª.

_____. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b.

OLIVEIRA, Julio Cesar Vieira de. Crime de estupro e as alterações da lei nº 12.015/09. Trabalho de conclusão de curso apresentado a Universidade do Vale do Itajaí. São José, 2010. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Julio%20Cesar%20Vieira%20de%20Oliveira.pdf>> Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

OLIVEIRA, M. Gláucia Favaro de. A Mulher como sujeito ativo no crime de estupro. Trabalho de Conclusão de curso apresentado ao Centro Universitário do Espírito Santo. Colatina, 2008. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.24881>> Acesso em 20 de janeiro de 2014.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: Parte especial: arts. 184 a 288. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.3.

SENADO FEDERAL – Projeto de Lei n.º 253/2004. Senador Relator Demóstenes Torres. Parecer disponível em <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/62985.pdf>> acesso em: 23 de janeiro de 2014

TOLEDO, Francisco de Assis Toledo. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed, São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 6. ed. atual. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.