

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

CAIO CÉSAR GOMES NOGUEIRA FERRAZ

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: POSSIBILIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DA
VULNERABILIDADE.**

SOUSA
2014

CAIO CÉSAR GOMES NOGUEIRA FERRAZ

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: POSSIBILIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DA
VULNERABILIDADE.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Maria de Lourdes Mesquita

SOUSA

2014

CAO CÉSAR GOMES NOGUEIRA FERRAZ

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: POSSIBILIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DA
VULNERABILIDADE.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Maria de Lourdes Mesquita

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 01 de Setembro de
2014

Prof.^a Maria de Lourdes Mesquita
Professor Orientadora

Dr. Jardel de Freitas Soares
Examinador

Dr. Iranilton Trajano da Silva
Examinador

“Sonhos determinam o que você quer. Ação determina o que você conquista”. (ALDO NOVAK)

Dedico este trabalho aos meus pais,
pelo amor incondicional, pela
paciência constante e por todo apoio
para realização desse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, ser completo e justo. Que é minha salvação, minha luz, e que conduz minha vida de forma tão sublime. Agradeço por ser tão bondoso para comigo, por todas as bênçãos e pela família maravilhosa que me deste.

Aos meus pais, Edson e Ivonete, por todo o amor, paciência e atenção, pois sem eles nada do que se fez, teria sido feito. Pela educação, pautada em honestidade e caráter. Pelo resto dos meus dias serei grato a vocês por todos os ensinamentos.

Ao meu irmão, por todo amor, compreensão e amizade. Pelo apoio dado durante todo este tempo de duração do curso.

À minha família, por todo carinho, admiração e dedicação. Pelo incentivo e por sempre torcerem muito por mim, pelo meu sucesso.

Ao meu irmão que a Paraíba me deu, Maílson Novaes, por dividir diariamente comigo as incertezas que surgiram ao longo do árduo percurso que foi a graduação e também por compartilhar todas as experiências e vitórias. Apesar de conterrâneos, foi em Sousa que tivemos a oportunidade de conviver quotidianamente. Momentos que levarei pelo resto dos meus dias.

Aos meus colegas de turma e aos companheiros de faculdade, em especial aos meus amigos Thiago, Meg, Albanyse, Dani e Luiz Augusto pelos bons momentos que vivemos juntos, pelas boas risadas e por terem sido minhas agradáveis companhias durante toda essa jornada.

A todos os professores do CCJS, responsáveis pelo enriquecimento de todos nós, discentes, no saber desta tão valiosa ciência. Em especial, à minha professora e orientadora neste trabalho monográfico, Maria de Lourdes

Mesquita, por toda paciência, pelas horas dedicadas, por todo apoio e segurança que me deste, por toda força e tranquilidade que me transmitiu.

A todos os que direta ou indiretamente ajudaram-me na concretização desta vitória.

RESUMO

O presente trabalho monográfico pretende analisar a possibilidade da relativização da vulnerabilidade no tocante ao delito de estupro de vulnerável. O assunto desenvolvido recebe o título de: “Estupro de Vulnerável: possibilidade da relativização da vulnerabilidade”. A investigação norteou-se pelos seguintes objetivos: verificar as particularidades do estupro de vulnerável e da vulnerabilidade dos indivíduos tutelados pelo legislador, bem como abordar a evolução do estupro desde as antigas civilizações até a sua atual redação no ordenamento criminal brasileiro; conferir os crimes sexuais que ofendiam a liberdade sexual dos indivíduos, sob a égide do Código Penal antes da vigência da Lei nº 12.105/2009, dando maior enfoque ao delito de estupro; vislumbrar a vulnerabilidade estabelecida pelo legislador no tipo penal do artigo 217-A, assim como retratar a celeuma existente sobre se deve considerar essa vulnerabilidade de maneira absoluta ou relativa, verificando ainda que a adoção da presunção absoluta de vulnerabilidade ofende garantias constitucionais e princípios penais e processuais penais. O estudo compõe-se, em sede de desenvolvimento teórico, do referencial de doutrinadores nacionais, de artigos eletrônicos, publicação de pesquisa e reportagem em site de abrangência nacional, atinente à problemática defendida. Buscando-se alcançar a proposta de estudo oferecida, restou cabível a utilização do método de abordagem dedutivo pesquisando o fenômeno em questão de modo concreto, para em seguida atingir o seu nível abstrato, visualizando os fatos do ponto de vista interno. Utiliza-se ainda a técnica de pesquisa da documentação indireta, como forma de identificar a melhor solução para o julgamento mais justo nos delitos de estupro de vulnerável. É fundamental destacar que a problemática levantada é bastante relevante, devido à sua importância na busca por decisão mais justa quanto a relativização da vulnerabilidade nos crimes de estupro, sendo alvo de discussões dos doutrinadores pátrios. Enfim, concluído o estudo, constatou-se a confirmação da hipótese levantada, onde verificou-se que a relativização da vulnerabilidade do menor de quatorze anos obedece aos preceitos fundamentadores do ordenamento pátrio.

Palavras-Chave: Estupro de vulnerável. Vulnerabilidade. Relativização.

ABSTRACT

This monograph aims to examine the possibility of relativization vulnerability relating to the offense of rape of vulnerable. The subject developed gets the title: "Rape Vulnerable: possibility of relativization of vulnerability". The research was guided by the following objectives: to determine the specifics of the rape of vulnerable and the vulnerability of individuals protected by the legislature as well as addressing the evolution of rape from ancient civilizations to its current wording in the Brazilian criminal system; check the sex crimes that offend the sexual freedom of individuals, under the aegis of the Penal Code before the enactment of law number. 12,105 / 2009, giving more focus to the crime of rape; glimpse the vulnerability established by the legislature in the criminal kind of article 217-A, as well as portray the existing uproar about this vulnerability should be considered absolute or relative way, still checking that the adoption of an absolute presumption of vulnerability offends constitutional guarantees and penal principles and criminal procedure. Seeking to achieve the proposed study offered, remains appropriate to use the method of deductive approach researching the phenomenon in question in a concrete way, to then reach its abstract level, viewing the facts of the internal point of view. Still uses the technique of indirect documentation of research as a way to identify the best solution for the fairer trial in offenses of rape of vulnerable. It is essential to emphasize that the issue raised is very relevant due to its importance in the quest for more equitable decision as to relativize the crimes of rape in the vulnerability being targeted for discussion of patriotic scholars. Anyway, completed the study, there was confirmation of the hypothesis, where it was found that the relativization of the vulnerability of the lower fourteen fundamentadores obeys the precepts of paternal land.

Keywords: Rape of vulnerable. Vulnerability. Relativization.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. ASPECTOS GERAIS ACERCA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	15
2.1 ESTUPRO	15
2.2 VULNERABILIDADE	21
2.3 ESTUPRO DE VULNERÁVEL	25
3. A PROTEÇÃO A DIGNIDADE SEXUAL SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO PENAL ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009	30
3.1 ANÁLISE DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL NO CÓDIGO PENAL.....	30
3.2 ANÁLISE DO TIPO DE ESTUPRO E SUAS ESPECIFICIDADES ANTES DA LEI Nº 12.015/2009.....	36
4. A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO MENOR DE QUATORZE ANOS E A PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTADORES DO ORDENAMENTO PÁTRIO	45
4.1 VULNERABILIDADE: TEORIA ABSOLUTA E TEORIA RELATIVA.....	45
4.2 A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE COMO UMA OFENSA AOS PRINCÍPIOS PENAIIS E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.....	49
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	61

1. INTRODUÇÃO

O Código Penal, em sua redação original, disciplinava a proteção dos indivíduos considerados vulneráveis no artigo 224. Pela redação de tal dispositivo era possível verificar que havia uma presunção de violência quando certos indivíduos fossem vítimas de crimes contra a liberdade sexual. O legislador entendeu por bem estabelecer essa presunção de violência quando o ato sexual fosse praticado contra menor de 14 anos; contra vítima que possuísse alguma alienação ou debilidade mental e quando a vítima por alguma outra razão não pudesse oferecer resistência. Havia a preocupação em proteger tais indivíduos, pois se entendia que eles não possuíam o necessário discernimento para consentir com a prática do ato sexual, sendo merecedores de maior tutela, e que o ato praticado contra eles deveria ser reprimido de forma mais veemente.

Entretanto, a Lei nº 12.015/2009 modificou consideravelmente o ordenamento criminal brasileiro no tocante aos crimes contra a liberdade sexual. Dentre essas mudanças, a referida lei substituiu a antiga presunção de violência existente no artigo 224 do Código Penal e criou um novo tipo penal autônomo que agora disciplina os crimes cometidos contra vulneráveis, qual seja, o estupro de vulnerável.

Os indivíduos tipificados como vulneráveis nesse novo dispositivo são basicamente os que encontravam-se tutelados no revogado artigo 224 do Código Penal, ou seja, menores de 14 (catorze) anos; enfermos ou deficientes mentais, que não possuem discernimento acerca de tais atos; e pessoas que por causas diversas não possam oferecer resistência. Todavia, na redação anterior a presunção de violência poderia ser afastada caso restasse comprovada a capacidade da vítima em consentir validamente com o ato sexual. Após a criação deste ilícito penal autônomo (artigo 217-A), o legislador entendeu por afastar qualquer possibilidade de analisar a situação fática e auferir se o sujeito passivo tem maturidade para consentir com a prática de tais atos.

Porém, mesmo após o advento da Lei nº 12.015/2009, ainda se questiona se é razoável considerar tais indivíduos como vulneráveis somente pelo fato de se encontrarem nas condições elencadas no artigo 217-A, *caput* e §1º do Código Penal, ou se melhor seria auferir a vulnerabilidade da suposta vítima na análise casuística, possibilitando assim a verificação, de maneira mais precisa, da existência ou não de tal condição.

Tentando responder a esse questionamento, o presente trabalho monográfico tem como objetivo demonstrar que analisar a situação concreta nos delitos de estupro de vulnerável é a maneira mais eficaz de obter a verdade real dos fatos, preservar a liberdade sexual dos indivíduos que comprovadamente possuam discernimento para consentir com tais atos e assegurar as garantias constitucionais e os princípios norteadores do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Verificando-se que tal demonstração se torna necessária, pois o delito em questão estabelece uma presunção absoluta de vulnerabilidade, não havendo a possibilidade de ser produzida prova para demonstrar o contrário.

Percebe-se a importância de considerar de maneira relativa a vulnerabilidade ínsita ao delito de estupro de vulnerável, vez que não retira de forma absoluta a liberdade sexual daqueles indivíduos que comprovadamente possuam discernimento e maturidade para compreender e consentir com a prática do ato sexual, bem como permite aos sujeitos ativos a possibilidade de produzir algumas provas que atestem que a vítima efetivamente consentira com o ato.

A presente pesquisa científica desenvolve-se pela utilização do método de abordagem dedutivo, com o objetivo de verificar as variadas normas jurídicas relacionadas à matéria; do método de procedimento histórico, para possibilitar uma análise da evolução concernente à proteção conferida pelo Código Penal aos indivíduos considerados vulneráveis, assim como o desenvolvimento do delito de estupro; da técnica de pesquisa indireta, que se perfaz através da pesquisa documental e também do método bibliográfico, para fundamentar teoricamente as discussões promovidas a partir das leituras realizadas, visando abarcar um significativo número de conhecimentos e dados

teóricos existentes sobre o tema. Tais subsídios perpassam por estudiosos do universo jurídico pátrio, além das constantes consultas feitas às legislações extravagantes, bem como por meio dos ideais emanados das garantias constitucionais e dos princípios orientadores do Direito Penal e Direito Processual Penal.

O presente trabalho monográfico é estruturado em três capítulos. Preliminarmente será analisado o crime de estupro, discorrendo de forma objetiva a sua tipificação em algumas civilizações antigas, bem como sua conceituação nos diplomas criminais brasileiros, passando-se para uma análise das mudanças sociais que influenciaram a atual redação do tipo penal, advindas com a Lei nº 12.015/2009.

Nesse diapasão, far-se-á um paralelo entre a tutela conferida pelo Código Penal aos indivíduos considerados vulneráveis na redação anterior, e a atual proteção estabelecida pelo ordenamento criminal a esses indivíduos, notadamente após o advento da Lei nº 12.015/2009. Abordar-se-á ainda as particularidades do tipo penal do artigo 217-A, inserido no ordenamento criminal brasileiro pela Lei nº 12.015/09.

No capítulo seguinte, tratar-se-á dos crimes que infringiam a liberdade sexual antes da vigência da lei supracitada, dando maior relevância ao crime de estupro, vislumbrando-se ainda os fatores que justificaram a alteração da nomenclatura do Título VI, da Parte Especial do Código Penal, 'crimes contra os costumes' para a atual expressão 'crimes contra a dignidade sexual'.

Por fim, será abordada a vulnerabilidade dos indivíduos indicados no artigo 217-A do Código Penal, expondo o conceito do termo vulnerável e apresentando a discussão existente na doutrina e na jurisprudência sobre se tal vulnerabilidade deve ser considerada de maneira absoluta, ou seja, restaria configurada sempre que houvesse a prática de atos sexuais com os indivíduos protegidos, não sendo possível a produção de provas em sentido contrário; ou se deve ser tratada de maneira relativa, em que a condição de vulnerável da suposta vítima seria verificada na análise factual, e a depender da situação a mesma poderia ser afastada. Defender-se-á também que algumas garantias asseguradas pela Carta Constitucional e alguns princípios essenciais ao Direito

Penal e Direito Processual Penal serão ofendidos caso a vulnerabilidade seja considerada de maneira absoluta.

Os resultados obtidos com o encerramento da pesquisa deverão ratificar o entendimento firmado do problema apresentado, qual seja: É possível a relativização da vulnerabilidade do menor de quatorze anos? Hipótese: Sim, é possível, pois somente relativizando esta vulnerabilidade, hoje considerada absoluta, não haverá ofensa aos princípios e garantias constitucionais.

2 ASPECTOS GERAIS ACERCA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

No presente capítulo será analisado o crime de estupro, abordando de forma sucinta a sua tipificação para algumas civilizações antigas, bem como sua conceituação nos diplomas criminais brasileiros, discutindo-se as mudanças sociais que contribuíram para a atual redação do tipo penal, advindas com a Lei nº 12.015/2009.

Nesse diapasão, analisar-se-á a criação do delito de estupro de vulnerável, inserido no ordenamento criminal brasileiro pela Lei nº 12.015/09, fazendo um contraponto da antiga discussão do termo Presunção de Violência, prevista no revogado artigo 224 do Código Penal, com a atual vulnerabilidade dos indivíduos tutelados pelo legislador.

2.1 ESTUPRO

O estupro na Antiguidade era reprimido de várias formas, dependendo das etnias, costumes e origem de cada povo. A pena imposta para o agente que praticasse o estupro variava consideravelmente de um povo para o outro.

Segundo Carvalho Portinho (2014), em se tratando da legislação hebraica a pena de morte era aplicada ao homem que violasse mulher desposada, ou seja, prometida em casamento, todavia, se a mulher fosse virgem e não desposada, o autor do fato deveria pagar 50 ciclos de prata ao pai da vítima e casar-se com ela.

Portinho (2014) também preleciona que na Grécia, se o delito fosse praticado uma vez, era imposta uma simples multa, entretanto, mais tarde, a legislação foi modificada e cominada a pena de morte como sanção aplicada ao sujeito ativo da ação.

No Egito, segundo Coutinho (2014), a pena era de mutilação, ou seja, castração do estuproador. Essa pena de castração do agente delituoso era

seguida pela maioria das cidades gregas, porém algumas *polis* tinham leis próprias, com base nos costumes locais.

Ainda de acordo com Coutinho (2014), no Direito Canônico para que existisse o delito de estupro, era necessário que a mulher fosse virgem, pois a mulher deflorada não poderia ser vítima desse crime, pois exigia-se para a consumação do delito o emprego de força física de qualquer espécie, ou seja, violência. Portanto, a mulher que já tivesse praticado ato sexual com homem, caracterizando a conjunção carnal, ou já fosse casada, estava proibida de ser sujeito passivo deste delito. O *stuprum violentum* era punido com a pena capital, onde se cortava a cabeça do indivíduo que cometesse tal crime em praça pública. Resta salientar que, as jovens nações que estavam emergindo na Europa Ocidental foram atingidas por esta influência político-religiosa.

Dessa forma percebe-se que as civilizações antigas já puniam veementemente os crimes contra a liberdade sexual, principalmente quando praticados com violência.

Em se tratando da história do Direito Brasileiro, o Código Criminal do Império de 1830 definiu o crime de estupro propriamente dito no artigo 222, com pena de 3 a 12 anos, onde estipulava ainda o dote para a ofendida. Porém, se a estuprada fosse prostituta a pena diminuiria, sendo imposta sanção de 1 mês a 2 anos de prisão. De acordo com Carvalho Portinho (2014), o Código Penal de 1890 abordava o estupro no seu artigo 269 como cópula violenta, estabelecendo as penas para esse delito no artigo 268, Código Penal, *in verbis*:

Artigo 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: pena – de prisão de um a seis anos. § 1º. Se a estuprada for mulher pública ou prostituta: pena – de prisão de seis meses a dois anos. § 2º. Se o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será aumentada da quarta parte.

Percebe-se através do transcrito que no período imperial o Código Criminal brasileiro já previa o delito de estupro, posteriormente o Código Penal de 1890 transformou toda sua legislação, redigindo novos artigos e impondo novas penas para o autor do delito de estupro.

O atual Código Penal, em sua redação original, estabelecia que existiam dois crimes sexuais praticados com o uso de violência ou grave ameaça: estupro (artigo 213) e atentado violento ao pudor (artigo 214). No estupro a conduta típica consistia em constranger mulher à conjunção carnal, mediante emprego de violência ou grave ameaça. Por sua vez, praticaria o atentado violento ao pudor o agente que, mediante violência ou grave ameaça, constrangesse alguém a praticar ou permitir que com ele se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Pela redação original do crime de estupro, apenas o homem poderia ser sujeito ativo do crime, ou seja, apenas o homem poderia praticar o estupro. Tratava-se assim de um crime próprio, pois exigia do agente uma especial qualidade de fato.

Da mesma forma, o legislador também exigiu uma especial qualidade de fato para ser sujeito passivo. Devido à expressa previsão legal, apenas a mulher poderia ser considerada vítima do estupro.

O atentado violento ao pudor, por sua vez, classificava-se como crime comum, ou seja, não exigia qualidade especial do agente delituoso, podendo ser praticado tanto por um homem quanto por uma mulher. Da mesma forma, o sujeito passivo também poderia ser um homem ou uma mulher.

Percebe-se que tanto no estupro quanto no atentado violento ao pudor havia o constrangimento mediante violência ou grave ameaça. No estupro, entretanto, buscava-se a conjunção carnal, enquanto no atentado violento ao pudor o objetivo desejado pelo agente delituoso era qualquer outro ato libidinoso. A lei penal estabelecia uma pena de reclusão de seis a dez anos para ambos os crimes.

Todavia, após o advento da Lei nº 12.015/2009 esse panorama de distinção entre estupro e atentado violento ao pudor foi modificado, pois tal lei trouxe mudanças significativas para o ordenamento penal brasileiro. Uma das mais relevantes alterações trazidas por esse diploma legal foi a junção, em um único tipo penal, das condutas anteriormente previstas nos artigos 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor) do Código Penal, que agora estão tipificadas sob a rubrica estupro no artigo 213 do Código Penal.

Esclareça-se que não houve *abolitio criminis* no tocante ao atentado violento ao pudor, pois a conduta não deixou de caracterizar um crime, embora o artigo 214 do Código Penal não esteja mais expressamente tipificado, tendo sido formalmente revogado. A conduta que era nele incriminada ainda continua sendo reprimida pela Direito Penal, agora com o *nome iuris* estupro. Sendo assim, pelo simples deslocamento do antigo atentado violento ao pudor para o atual delito de estupro, percebe-se que houve uma clara hipótese de aplicação do princípio da continuidade normativa, também conhecido como princípio da continuidade típico-normativa, pois o fato continua sendo criminoso, embora esteja expresso em tipo penal diverso.

Após a modificação determinada pela Lei nº 12.015/2009, o tipo penal tipificado no artigo 213 do Código Penal passou a ter a seguinte redação: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”.

Percebe-se pelo transcrito que foi de significativa relevância a alteração na estrutura típica do delito. Também é notável que o bem jurídico tutelado continua sendo o mesmo, a liberdade sexual, entretanto, o tipo penal não mais protege a liberdade sexual da mulher de maneira exclusiva. Agora, pela introdução da elementar “alguém” na redação do tipo penal, a norma penal tutela também a liberdade sexual do indivíduo do sexo masculino, abarcando a possibilidade do homem ser vítima de estupro.

Nos dias atuais, após as alterações impostas pela Lei nº 12.015/09, o delito tipificado no artigo 213 do Código Penal passa a ser classificado como crime comum, podendo ser praticado ou sofrido, indistintamente, por qualquer homem ou qualquer mulher.

Insta salientar que para a configuração do delito do artigo 213 do Código Penal, não tem relevância os aspectos envolvendo a moralidade da vítima. Lecionam NUCCI e FRANCO (2010, p. 63) que “não importa seja a vítima solteira, casada ou viúva, uma vestal inatacável ou uma meretriz de baixa formação moral. Em qualquer hipótese é ela senhora de seu corpo e só se entregará livremente”.

Dessa forma, pelo exposto verifica-se que todos os indivíduos experientes sexualmente têm a total disposição do seu corpo e podem livremente escolher o seu parceiro. Assim, caso alguém constranja outrem mediante violência ou grave ameaça à prática de apenas um único ato libidinoso estará caracterizado o estupro.

A doutrina pátria diverge ao analisar se durante a prática violenta do sexo casual, o agente delituoso, além da penetração vaginal, vier também a fazer sexo anal com a vítima. Há doutrinadores, a exemplo de Guilherme Nucci, que entendem tratar-se de um tipo misto alternativo, ou seja, nessa hipótese, os fatos deverão ser entendidos como crime único, haja vista que os comportamentos se encontram previstos no mesmo tipo penal, devendo ser entendida a infração penal como de ação múltipla, aplicando somente a pena prevista no artigo 213 do Código Penal, por uma única vez, afastando, dessa forma, o concurso de crimes. Nesse sentido, o próprio NUCCI (2009, p. 18-19) preleciona:

Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro. Naturalmente, deve o juiz ponderar, na fixação da pena, o número de atos sexuais violentos cometidos pelo agente contra a vítima. No caso supramencionado merece pena superior ao mínimo aquele que obriga a pessoa ofendida a manter conjunção carnal e cópula anal.

Em sentido contrário, há doutrinadores, como Mirabete, que se inclinam em afirmar a existência de um tipo misto cumulativo, ou seja, pune-se com as mesmas penas duas condutas distintas, a de constrangimento à conjunção carnal e a de constrangimento a ato libidinoso diverso. Nesse sentido, MIRABETE (2010, p. 389) assevera:

Diante da natureza do bem jurídico protegido, a liberdade sexual individual como aspecto da dignidade sexual, e da redação dada ao tipo, que mantém a distinção entre a conjunção carnal e outros atos libidinosos, é possível inferir não apenas que a prática de cada ação típica é suficiente para provocar lesão ao bem jurídico protegido, mas, também, que a

realização de ambas configura, em princípio, dupla violação à liberdade sexual da vítima, ofendendo mais gravemente a sua dignidade sexual.

Após as alterações dadas pela Lei nº 12.015/09, a melhor solução parece ser a de considerar o estupro como um tipo misto alternativo, vez que as condutas delituosas estão fundidas no mesmo tipo penal. Sendo assim, caso o agente, em uma única relação de contexto, pratique com a vítima a conjunção carnal e um outro ato libidinoso, tal fato se configurará em um único crime de estupro, devendo o magistrado no momento da aplicação da pena considerar tudo aquilo que foi praticado pelo agente delituoso.

Ainda no momento de aplicação da pena o magistrado irá verificar se na situação casuística ocorrera algumas das situações que qualificam o crime. Essas formas qualificadas do estupro, nas quais são alterados em abstrato os limites mínimo e máximo da pena privativa de liberdade, estão elencadas nos §§ 1º e 2º, do artigo 213 do Código Penal.

No §1º do artigo 213 do Código Penal são previstas duas qualificadoras: “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”. Ou seja, há a incidência da qualificadora do estupro quando a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos. O fundamento da maior reprovabilidade repousa na facilidade para execução do delito, tendo em vista que a vítima possui uma capacidade de resistência reduzida, bem como na extensão dos danos físicos, morais e psicológicos causados ao adolescente.

A segunda qualificadora, prevista no § 2º do artigo 213, determina que se da conduta resultar morte do sujeito passivo, ao sujeito ativo será cominada a pena de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. Esse dispositivo aplica-se exclusivamente à morte da vítima do estupro. Se a morte recair em pessoa diversa, como, por exemplo, um agente que mata o marido para estuprar a esposa, deverá ser imputado ao agente delituoso os crimes de estupro e de homicídio, em concurso material.

Vale destacar que, mesmo sendo a vítima menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos, se ocorrer o resultado morte será aplicado o § 2º do

artigo 213 do Código Penal, pois sua maior gravidade importa na absorção da qualificadora veiculada pelo §1º, podendo o magistrado levá-la em consideração na dosimetria da pena base, como circunstância judicial desfavorável, com fulcro no artigo 59, *caput*, do Código Penal.

2.2. VULNERABILIDADE

Antes das significativas alterações trazidas pela Lei nº 12.015/09, um ponto bastante controvertido se dava em torno da presunção de violência que estaria presente quando certos indivíduos fossem vítimas de crimes contra a liberdade sexual. Na redação originária do Diploma Penal Brasileiro, no revogado artigo 224 do Código Penal, estava previstos casos de violência presumida, abrangendo o critério etário e outras hipóteses em que a presunção se fazia necessária. Assim era a redação do referido dispositivo, *in verbis*:

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.

De acordo com o transcrito, Magalhães de Noronha (2003, p. 176) preleciona que “teve em vista o legislador casos em que a violência real não se torna necessária, pela existência de circunstâncias que a dispensava, dada a impossibilidade de o ofendido opor-se à ação do agente.” Dessa forma, sendo a vítima menor de 14 anos, ou nos casos em que o agente tinha conhecimento que a vítima era alienada ou débil mental, presumia-se a violência, pois o consentimento não podia ser considerado válido. Nos casos em que a vítima, por qualquer outra causa não pudesse oferecer resistência, o fundamento para a presunção da violência não mais era a falta de consentimento válido, mas a incapacidade de resistência de fato.

Quanto ao critério etário, o legislador entendeu por bem tutelar o menor de 14 anos, pois o agente não poderia se aproveitar da ingenuidade do menor,

vez que esse, por ser incapaz, não teria necessário discernimento para a prática sexual. O legislador protegia aquelas pessoas consideradas incapazes, e punia o agente que com elas praticasse atos sexuais, eis que era interesse da sociedade que o menor fosse protegido, pois devido ao critério etário o incapaz não teria a possibilidade de se defender da conduta criminosa.

Outra hipótese de violência presumida, prevista no revogado artigo 224, “b”, do Código Penal, ocorria quando possuía a vítima uma alienação ou debilidade mental, e o agente conhecia essa circunstância. Para Magalhães Noronha (2003, P. 184), “alienado é o indivíduo distinto de si mesmo e diferente dos demais, não possuindo capacidade ética do ato a que consente e, por isso mesmo, esse consentimento é nulo e considerado inexistente”.

O legislador, como dito acima, tutelou também o portador de debilidade mental. A presunção de violência para esses indivíduos portadores dessas patologias (alienação e debilidade mental) se faz necessária, pois eles não têm capacidade para consentir com a prática sexual, devendo ser reprimida a conduta do agente que, tendo conhecimento do estado patológico da vítima, dela se aproveita e mantém relação sexual. Ressalte-se, mais uma vez, tratar-se de uma presunção de violência, sendo possível que o agente demonstrasse a ignorância da enfermidade mental da suposta vítima.

O artigo 224, “c”, do Código Penal, por sua vez, tipificava a última hipótese de violência presumida prevista pelo legislador, esta restaria configurada quando o sujeito passivo, por qualquer outra causa, não pudessem oferecer resistência. Nessa hipótese, pela natureza da moléstia, havia uma impossibilidade real de a vítima oferecer resistência. Entretanto, saliente-se que, para a caracterização do delito, a doença efetivamente deveria retirar a capacidade de defesa da vítima, impedindo-a de oferecer resistência. Exemplificativamente, Magalhães Noronha (2003) cita a paralisia; delírio febril; estados de grande depressão; estar sob efeito de narcóticos, anestésicos, hipnose e embriaguez completa, como formas que a vítima fica impossibilitada de oferecer resistência.

Ressalta-se que os casos de presunção de violência eram discutidos tanto pela doutrina como pelos tribunais brasileiros. Uma corrente, da qual fazia

parte Rogério Greco, argumentava que quando ocorresse algum crime contra a liberdade sexual dos indivíduos tutelados pelo artigo 224 do Código Penal, restaria configurada a presunção de violência, não sendo possível produzir prova em contrário. Por sua vez, outra corrente, formada por doutrinadores como Guilherme Nucci, enunciava que essa presunção de violência deveria ser analisada com critérios relativos, sendo possível a produção de provas para demonstrar haver ou não violência na situação fática.

Os defensores da presunção *iuris et de iure* argumentavam que, mesmo o menor possuindo certo grau de desenvolvimento físico e psíquico, em virtude do critério etário, não teria ele o necessário discernimento para consentir com a prática sexual. Entretanto, pela redação do revogado artigo 224 do Código Penal, essa corrente que considerava a presunção de violência de maneira absoluta, impedindo que o magistrado, na análise concreta, verificasse o grau de discernimento da vítima, era a que encontrava o menor número de adeptos, vez que o próprio Diploma Repressivo estabelecia expressamente tratar-se de uma presunção.

Com o advento da Lei nº 12.015/09, o artigo 224 do Código Penal foi revogado, tendo sido criado um tipo penal específico, o Estupro de Vulnerável, tipificado no artigo 217-A do Diploma Repressor, que será analisado logo em seguida. A antiga expressão presunção de violência deu lugar ao termo vulnerável, mantendo-se o rol taxativo daqueles que, em tese, não possuem condições de consentir de forma válida com a prática sexual, seja ela a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

O Diploma Repressivo considera como vulnerável quem, de forma absoluta, não possui o necessário discernimento para consentir de forma válida com os atos sexuais a que são submetidas. E que, mesmo consentindo com o ato sexual, esse consentimento não será levado em consideração, sendo considerado inválido, ressalvados os casos em que o sujeito passivo tem pleno discernimento.

Esses indivíduos que não terão o consentimento levado em consideração agora estão dispostos no artigo 217-A do Diploma Criminal. À luz da redação do novo tipo penal, são considerados como vulneráveis os menores

de 14 anos. A lei considera que, pela tenra idade, tais indivíduos ainda não possuem maturidade sexual ou desenvolvimento mental completo para consentir com a prática do ato sexual. Se o menor já completou 14 anos, o que acontece no primeiro instante do dia do seu aniversário, eventualmente, poderá ser caracterizado outro delito.

Também é considerada como vulnerável, para o Código Penal, a pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental que não tem o necessário discernimento em relação aos atos sexuais e que, por essa razão, também se encontra particularmente sujeita à exploração sexual e aos abusos. Diferentemente do que ocorre no critério etário, nessa hipótese, o legislador deixou claro que a vulnerabilidade seria verificada no caso concreto, impondo-se, portanto, não somente a constatação da existência da enfermidade ou deficiência mental, mas também a aferição do grau de discernimento em relação às questões sexuais em geral e em particular, diante das especificidades do ato sexual praticado.

Ressalte-se ainda que o Código Penal considera como vulnerável a pessoa que por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. Nessa hipótese, o legislador não se refere ao indivíduo menor de 14 anos ou à pessoa portadora de enfermidade ou doença mental, mas a qualquer indivíduo que se encontre na situação de não poder oferecer resistência à conduta do agente. Exemplificativamente, enquadram-se nessa hipótese, os portadores de necessidades especiais com problemas físicos graves (acamados em geral, impossibilitados de se levantar e de resistir; paraplégicos; tetraplégicos, etc.) e pessoas que em razão do uso, voluntário ou não, de bebidas alcoólicas ou de drogas encontram-se em completo estado de torpor físico e mental.

Os crimes sexuais contra vulnerável abrangem os crimes de estupro de vulnerável (art. 217-A), corrupção de menores (art. 218), satisfação da lascívia mediante presença da criança ou adolescente (art. 218-A) e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (art. 218-B), todos previstos no Código Penal Brasileiro.

2.3. ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O estupro de vulnerável é o crime tipificado no artigo 217-A do Código Penal, tendo sido inserido no ordenamento penal com o advento da Lei nº 12.015/09. Segundo estipula tal normativo jurídico:

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

Pena - reclusão, de 08 (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 legislador, ao tipificar o artigo 217-A, tem por objetivo tutelar, como aspectos da dignidade sexual, o sadio e regular desenvolvimento sexual e a liberdade física e psíquica no tocante à matéria sexual de pessoas que a lei considera mais suscetíveis ao abuso sexual.

No caput do artigo, o objeto central de proteção é o desenvolvimento sexual do indivíduo menor de 14 anos, presumindo a lei que ele ainda não tem o necessário discernimento para consentir com atos sexuais. No §1º o legislador estendeu essa proteção para as pessoas que em razão de enfermidade ou deficiência mental não têm o discernimento mínimo exigível para as questões sexuais, o que justifica a necessidade da tutela. Ainda no §1º do artigo 217-A, em sua parte final, foi objeto de proteção a liberdade sexual dos indivíduos que, independentemente de maturidade sexual, encontram-se incapacitados, por qualquer razão, de oferecer resistência à prática de atos sexuais.

Insta salientar que qualquer pessoa, independentemente do sexo, pode ser sujeito ativo do delito. Dessa forma, o estupro de vulnerável é considerado

um crime comum, pois não exige qualidade especial de fato do agente delituoso.

Quanto ao sujeito passivo da conduta, o caput do artigo 217-A afirma que é vítima do delito o indivíduo menor de 14 anos. Caso o menor já tenha 14 anos completo, o que se verifica no primeiro instante do dia do seu aniversário, não haverá estupro de vulnerável, entretanto, a conduta poderá caracterizar outro tipo penal, como por exemplo, violação sexual mediante fraude ou até mesmo o estupro, caso haja o emprego de violência ou grave ameaça. Saliente-se que pessoas de ambos os sexos podem ser sujeitos passivos do delito, independentemente da conduta adotada, seja a conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Ademais, como dito anteriormente, pela leitura do §1º do artigo 217-A, considera-se vulnerável não apenas a vítima menor de 14 anos, mas também qualquer indivíduo que possua alguma enfermidade ou deficiência mental e, por essa razão, não possua o necessário discernimento para consentir com a prática sexual. Nessa hipótese, o legislador deixou claro que a vulnerabilidade deveria ser auferida quando da análise da situação fática, em geral por perícia psiquiátrica, quando será analisada se o portador da patologia possui o discernimento exigível para consentir com a prática do ato sexual.

Ainda no §1º do supramencionado artigo, em sua parte final, o legislador determina que seja considerado sujeito passivo do delito qualquer indivíduo que se encontre impossibilitado de oferecer resistência à prática do ato sexual, por qualquer razão diferente das hipóteses de enfermidade ou debilidade mental ou do fato de ser menor de 14 anos. Essa circunstância, que não possibilita à vítima oferecer resistência à prática do ato, deve ser entendida como aquela que para a caracterização do crime torna desnecessário ao agente o emprego de violência ou grave ameaça, mesmo que seja verificada. São exemplos de possíveis sujeitos passivos, nessa última hipótese, aqueles que se encontram em estado de hipnose, desmaio ou até mesmo sob o efeito de alguma droga paralisante.

No estupro de vulnerável, a conduta típica é a de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos ou com pessoa considerada

vulnerável, nos termos do §1º do artigo 217-A do Código Penal. Diferentemente do exigido para caracterizar o estupro (art. 213) e a violência sexual mediante fraude (art. 215). Para a caracterização do estupro de vulnerável, não se faz necessária a ocorrência da violência, grave ameaça ou fraude, bastando para a consumação que o agente criminoso pratique conjunção carnal ou outro ato libidinoso com a pessoa considerada vulnerável. Porém, caso o agente utilize violência, grave ameaça ou fraude, para constranger a vítima vulnerável à prática de atos sexuais, o delito continua sendo o estupro de vulnerável por ser uma modalidade mais grave que os outros tipos penais (estupro e violência sexual mediante fraude).

A violência, a grave ameaça ou a fraude, será levada em consideração pelo magistrado no momento da dosimetria da pena. Nesse sentido MIRABETE (2010, p. 410) esclarece que “o emprego da violência, grave ameaça ou fraude, como meios para a consumação do delito constitui circunstância a ser valorada pelo juiz na fixação da pena, mas se da conduta decorre lesão grave ou morte, o crime é qualificado”.

Como dito acima, o estupro de vulnerável se consuma com a conjunção carnal ou com a prática de outro ato libidinoso com o sujeito passivo que possua as características previstas no tipo penal. Entretanto caso o agente dê início a execução do delito e não consiga consumir por circunstância alheia a sua vontade, deverá responder pela tentativa.

Sendo assim, por ser considerado um crime plurissubsistente, onde é possível fracionar o *iter criminis*, em ambas as condutas, é perfeitamente admissível a tentativa. O *conatus* estará caracterizado quando o agente, embora obstado antes da prática de ato libidinoso, iniciou a execução do crime com a prática de atos tendentes à consumação.

Durante esses atos tendentes à consumação do delito é possível que ocorra situações que qualificarão o delito e influirão consideravelmente na pena a ser aplicada pelo magistrado quando da dosimetria. O artigo 217-A do Código Penal, em seus §§ 3º e 4º, elenca quais as formas qualificadas do delito. Qualifica-se o crime se da conduta resultar lesão corporal de natureza grave

(§3º), hipótese que será punida com uma pena de 10 a 20 anos de reclusão, ou morte (§4º), em que se comina uma pena de 12 a 30 anos de reclusão.

Exige-se que os resultados qualificadores decorram da conduta, o que indica a necessidade de haver relação de causalidade entre a conduta dirigida e à consumação do delito. Necessário se faz, que para a incidência das qualificadoras, a lesão corporal grave ou a morte decorra da violência empregada pelo agente como meio para a prática do estupro, vencendo a resistência da vítima.

Saliente-se que os resultados qualificadores da infração penal somente podem ser imputados ao agente a título de culpa, tratando-se nessas hipóteses de crime eminentemente preterdoloso. Sendo assim, o agente deve ter dirigido sua conduta com o intuito exclusivo da prática do ato sexual, vindo de maneira culposa a causar lesões graves ou a morte da vítima. Em meio à prática do ato sexual com a vítima vulnerável, caso o agente, por alguma razão, decida matar a vítima, ao matá-la, praticará conduta diversa, respondendo em concurso material por homicídio e estupro de vulnerável.

Verifica-se também que ao estupro de vulnerável são aplicadas as causas de aumento previstas no artigo 226 e no artigo 234-A, III e IV, do Código Penal. Determina o artigo 226 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 226. A pena é aumentada:

- I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;
- II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

Já o artigo 234-A do Diploma Repressivo assevera que:

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

- I - (vetado);
- II - (vetado);
- III - de metade, se do crime resultar gravidez; e
- IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

Quanto à espécie de ação penal a ser aplicada para os crimes ora tratados, aduz-se que, nos termos do parágrafo único do artigo 225 do Código Penal, a ação penal no delito estupro de vulnerável será de iniciativa pública incondicionada, tendo em vista a vulnerabilidade da vítima. Saliente-se, por fim, que os processos em que se apuram crimes previstos no Título VI (crimes contra a dignidade sexual), do qual faz parte o estupro de vulnerável, correrão em segredo de justiça.

Desta feita, verificou-se no presente capítulo a tipificação do delito de estupro nas civilizações antigas, fazendo-se uma análise sobre a regulamentação do assunto nos diplomas criminais brasileiros primitivos, para então verificar o delito sob a ótica da legislação atual, notadamente após o advento da Lei nº 12.015/2009.

Analizou-se também a questão da presunção de violência presente na redação original do atual diploma criminal brasileiro, fazendo-se uma abordagem dos indivíduos pelo qual o legislador entendeu por bem atribuir maior proteção.

Abordou-se ainda a figura do estupro de vulnerável, conduta essa tipificada no artigo 217-A do Código Penal, tendo sido inserida no ordenamento jurídico criminal com a Lei nº 12.015/2009.

Para uma melhor visão do tema, o capítulo seguinte analisará a proteção da dignidade sexual existente no ordenamento penal antes da Lei nº 12.015/2009, mais especificamente no tocante ao crime de estupro e suas especificidades, demonstrando também a inadequada terminologia do Título VI da Parte Especial do Código Penal existente à época, bem como os fatores que contribuíram para a atual nomenclatura 'Dos crimes contra a dignidade sexual'.

3 A PROTEÇÃO A DIGNIDADE SEXUAL SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO PENAL, ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009

O direito penal, no que tange à tutela da liberdade sexual, evoluiu de maneira considerável nos últimos anos, notadamente após o advento da Lei nº 12.015/09. Todavia, para entender o comportamento e o pensamento social vigente à época, bem como possibilitar a compreensão do atual panorama do ordenamento criminal, é válido que seja feita uma abordagem genérica, analisando quais os bens jurídicos eram tutelados antes das alterações na legislação e examinar algumas condutas que eram consideradas típicas no diploma anterior.

Desta forma, no presente capítulo analisar-se-á quais os crimes que infringiam a liberdade sexual, antes da vigência da Lei nº 12.015/2009, dando maior relevância ao crime de estupro.

Far-se-á também uma abordagem da alteração da nomenclatura do Título VI, da Parte Especial do Código Penal, indicando a argumentação que levou a mudança da antiga expressão ‘crimes contra os costumes’ para a atual ‘crimes contra a dignidade sexual’.

3.1 ANÁLISE DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL NO CÓDIGO PENAL

O Código Penal brasileiro, em sua redação original, tutelava os ‘crimes contra os costumes’ no Título VI da Parte Especial. Este Título era constituído pelos seguintes capítulos: (I) Dos crimes contra a liberdade sexual; (II) Da Sedução e da corrupção de menores; (III) Do rapto; (IV) Disposições gerais; (V) Do lenocínio e do tráfico de (mulheres) pessoas e (VI) Do ultraje público ao pudor.

Essa original redação do Título VI – ‘Dos crimes contra os costumes’ – era reveladora da importância que o legislador de 1940 atribuía à tutela da moralidade sexual e do pudor público nos crimes sexuais em geral, muitas

vezes acima da proteção conferida a outros bens jurídicos igualmente relevantes, como a liberdade física e a liberdade sexual.

A tutela dos costumes como objeto central de proteção nos crimes sexuais conduzia a noção de que se procurava impor às pessoas um padrão mediano no que concerne a sua atividade sexual, mesmo que o comportamento tido com divergente não fosse ilícito.

Ademais, a expressão 'crimes contra os costumes' era excessivamente conservadora e indicativa de um comportamento sexual imposto pelo Estado às pessoas, priorizando a moral social em detrimento da própria liberdade sexual de cada indivíduo. Além disso, revelava-se preconceituosa, pois alcançava sobretudo as mulheres, exemplo disso era que apenas a mulher tida como 'honesta' era protegida por alguns tipos penais, mas não exigia igual predicado dos homens. Outro exemplo a ser citado relacionava-se a discussão sobre a possibilidade da esposa ser considerada vítima do crime de estupro, sob a alegação da obrigatoriedade de cumprimento do débito conjugal. Sobre o assunto, Hungria (1954, p. 85), em consonância com o contexto cultural da época, 14 anos após a edição do Código Penal, reitera:

Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito do seu prestígio e charme. Atualmente, meio palmo de coxa desnuda, tão comum com as saias modernas, já deixa indiferente o transeunte mais tropical, enquanto, outrora, um tornozelo feminino à mostra provocava sensação e versos líricos. As moças de hoje, via de regra, madrugam na posse dos segredos da vida sexual, e sua falta de modéstia permite aos namorados liberdades excessivas. Toleram os contatos mais indiscretos e comprazem-se com anedotas e boutades picantes, quando não chegam a ter a iniciativa delas, escusando-se para tanto inescrúpulo com o argumento de que a mãe Eva não usou folha de parreira na boca.

Com o passar dos anos esse pensamento preconceituoso da época foi mudando e percebeu-se a impropriedade do Título 'Dos crimes contra os costumes', vez que já não mais correspondia aos bens jurídicos que se pretendia tutelar. O foco de proteção deixara de ser a maneira como os indivíduos deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade. Agora o foco de tutela era a sua dignidade sexual.

Para se adequar à realidade social e suprir a impropriedade da expressão anterior, a Lei nº 12.015/2009, responsável por diversas modificações na seara dos crimes sexuais, alterou o ultrapassado vocábulo ‘crimes contra os costumes’, dando espaço para a adequada terminologia ‘crimes contra a dignidade sexual’.

Com a mudança da nomenclatura do título VI, da Parte Especial do Código Penal, entende-se que a expressão crimes contra a dignidade sexual transmite o abandono de velhos moralismos, trazendo importantes modificações na estrutura dos crimes delimitados no Título supramencionado do Código Penal. Ao mencionar a dignidade sexual como bem jurídico tutelado, ingressa-se em cenário moderno e coeso com o texto constitucional, garantindo a satisfação dos desejos sexuais de forma digna, vetando-se qualquer tipo de exploração, violência ou grave ameaça à dignidade sexual do ser humano. Corroborando com o exposto, relata Nucci (2010, p.14):

A alteração do Título VI foi positiva, passando a constar “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra. A sua associação ao termo sexual insere- a no contexto dos atos tendentes à satisfação da sensualidade ou da volúpia. Considerando- se o direito à intimidade, à vida privada e à honra, constitucionalmente assegurados (at. 5º, x, CF), além de que a atividade sexual é, não somente um prazer material, mas necessidade fisiológica para muitos, possui pertinência a tutela penal da dignidade sexual. Em outros termos, busca- se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo- lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência.

Pelo transcrito observa-se que o fundamento de validade dessa nova terminologia – ‘crimes contra a dignidade sexual’ – decorre da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. No tocante à dignidade da pessoa humana, Marcos Antonio Marques da Silva (2001, p. 1), com propriedade, afirma:

A dignidade decorre da própria natureza humana, o ser humano deve ser tratado sempre de modo diferenciado em face da sua natureza racional. É no relacionamento entre as

peças e o mundo exterior e entre o Estado e a pessoa que se exteriorizam os limites da interferência no âmbito desta dignidade. O seu respeito, é importante que se ressalte, não é uma concessão ao Estado, mas nasce da própria soberania popular, ligando-se à própria noção de Estado Democrático de Direito. [...] A dignidade humana existe em todos os indivíduos e impõe o respeito mútuo entre as pessoas, no ato da comunicação, e que se opõe a uma interferência indevida na vida privada pelo Estado. Tais direitos são inerentes, porque conhecidos pelas pessoas, não podendo, portanto, o Estado desconhecê-los.

De fato a dignidade é inerente a todos os indivíduos, sem qualquer exceção, em decorrência da condição privilegiada do ser humano. Essa dignidade da pessoa humana deve ser observada sob diversos ângulos, seja físico, moral, patrimonial e até mesmo no âmbito sexual. Em outras palavras, toda e qualquer pessoa tem o direito de ser respeitada no âmbito de sua vida sexual, devendo também respeito às escolhas das outras pessoas, sendo papel do Estado assegurar a devida proteção à liberdade sexual dos indivíduos.

Essa liberdade sexual diz respeito ao direito de dispor do próprio corpo. Todo indivíduo tem o direito de escolher seu parceiro e praticar com ele o ato sexual desejado, no momento que julgar mais adequado. Nesse sentido, Néelson Hungria (1954, p. 102) destaca:

A disciplina jurídica da satisfação da *libido* ou apetite sexual reclama, como condição precípua, a faculdade de livre escolha ou livre convencimento nas relações sexuais. É o que a lei penal, segundo a rubrica do presente capítulo, denomina *liberdade sexual*. É a liberdade de disposição do próprio corpo no tocante aos fins sexuais. A lesão desse bem ou interesse jurídico pode ocorrer mediante *violência* (física ou moral) ou mediante *fraude*. Uma vence, outra ilude a oposição da vítima. Se a violência é um ataque *franco* à liberdade de agir ou não agir, o emprego da fraude, embora não exclua propriamente essa liberdade, é um meio de burlar a vontade contrária de outrem, de modo que não deixa de ser, ela também, dissimuladamente, uma ofensa ao livre exercício da vontade, pois o consentimento viciado pelo erro não é consentimento, sob o ponto de vista jurídico. É o emprego da *vis* ou da *fraus* a nota indispensável à configuração dos crimes contra a liberdade sexual: sem ela, o fato constituirá outra espécie de crime sexual ou será penalmente irrelevante. (*grifos do autor*)

Sobre a capitulação dos delitos no Código Penal antes da alteração da Lei nº 12.015/2009, insta salientar que os crimes contra essa liberdade sexual estavam ordenados do artigo 213 ao 216-A do Código Penal, tais artigos caracterizavam as condutas de estupro (artigo 213); Atentado Violento ao Pudor (artigo 214); Posse Sexual Mediante Fraude (artigo 215); Atentado ao Pudor Mediante Fraude (artigo 216) e Assédio Sexual (artigo 216-A).

Dentre os crimes contra a liberdade sexual, os crimes que mereceram maior reprovabilidade por parte do legislador foram o crime de *estupro* e o crime de *atentado violento ao pudor*, tendo em vista que eram crimes de maior relevância social e maior gravidade.

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor estavam tipificados nos artigos 213 e 214 do Código Penal, respectivamente. Eram crimes semelhantes, inclusive, possuindo penas idênticas, cujo a conduta típica basicamente era coagir a vítima à prática da relação sexual, mediante o emprego de violência e grave ameaça.

Entretanto, o estupro era definido como a prática de constranger mulher à prática da conjunção carnal, mediante violência e grave ameaça. Por sua vez, o atentado violento ao pudor restaria configurado quando o agente constrangesse alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Dessa forma, ao contrário do estupro que necessariamente teria que ter uma mulher como vítima, o atentado violento ao pudor, pela definição legal, poderia ter tanto um homem, como uma mulher, como sujeitos passivos. Sendo assim, restaria consumado o atentado violento ao pudor caso um homem tivesse sido vítima de qualquer tipo de abuso sexual ou uma mulher constrangida à prática de qualquer ato sexual diverso da cópula vagínica (sexo oral; anal, etc.).

Em relação aos demais delitos contra a liberdade sexual verifica-se que, o delito de posse sexual mediante fraude, por sua vez, estava tipificado no artigo 215 do Código Penal e consistia em utilizar-se de fraude para levar a efeito a conjunção carnal com mulher. No delito em comento, não haveria a violência ou ameaça, o que o distinguia do estupro. Neste, a cópula vagínica

era conseguida através da fraude, ou seja, o agente enganava a vítima, fazendo com que o seu consentimento fosse viciado. Era o chamado estelionato sexual.

Para tal delito o legislador estipulava uma pena de 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão. Entretanto, caso o crime fosse praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze) anos, a pena seria aumentada e iria variar de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

No artigo 216 do Código Penal estava tipificado o atentado ao pudor mediante fraude. O delito em comento estaria consumado quando o agente ativo induzisse alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Em consonância com o crime anterior (delito de posse sexual mediante fraude), em tal delito o ato sexual também seria obtido através da fraude. O legislador atribuiu à conduta típica uma pena de 1 (um) a 2 (anos) de reclusão, que seria aumentada para 2 (dois) a 4 (quatro) anos caso a vítima fosse menor de 18 e maior de 14 anos.

O último crime que transgredia a liberdade sexual do indivíduo era o assédio sexual, delito esse previsto no artigo 216-A do Código Criminal, e que consistiria em constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Desta forma, de acordo com a tipificação legal, percebe-se que esse constrangimento deveria estar ligado ao exercício de emprego, cargo ou função, ou seja, a ameaça necessariamente estaria relacionada com a posição hierárquica ou de ascendência. Explicando tal entendimento, Rogério Greco (2008, p. 524) estabelece:

Se o agente que ocupa a posição de superior hierárquico da vítima constrangê-la a manter com ele conjunção carnal sob pena de comentar o seu “caso amoroso”, por ele descoberto, com todas as pessoas da seção, o delito praticado será o de estupro. Entretanto, se com a negativa da vítima houver prejuízo em sua relação de trabalho, embora exista a ameaça, o crime será o de assédio sexual.

Percebe-se, portanto, que a finalidade do constrangimento é a obtenção de vantagem ou favorecimento sexual em razão da relação de trabalho ou de ascendência. Para tal conduta o legislador estipulou uma pena de 1 (um) a 2 (dois) anos de detenção.

3.2. ANÁLISE DO TIPO DE ESTUPRO E SUAS ESPECIFICIDADES ANTES DA LEI 12.015/2009

O crime de Estupro, dentre os crimes sexuais que estão previstos no ordenamento criminal brasileiro, é visto como um dos que mais agredem a liberdade sexual do indivíduo. Antes do advento da Lei nº 12.015/2009, a conduta típica de tal delito consistia em constranger mulher à prática da relação sexual mediante o emprego da violência ou grave ameaça. Era a redação: “Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”.

Tendo por alvo a proteção da liberdade sexual da mulher, esse tipo penal tinha por objetivo garantir-lhe o direito à liberdade sexual para dispor do seu corpo livremente.

De acordo com a redação legal, verifica-se que a ação nuclear do tipo consubstancia-se no verbo constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Significando o verbo constranger, forçar, compelir, obrigar, coagir a mulher à prática da conjunção carnal.

A prática dessa conjunção carnal, nos termos do artigo 213 do Código Penal, só era cópula vaginal, ou seja, a penetração do pênis na cavidade vaginal da mulher. Dessa forma, qualquer forma de realização do ato sexual diferente da conjunção carnal, a exemplo da cópula oral e anal, não caracterizariam o delito, pois eram tidas por coitos anormais. Tais atos sexuais poderiam caracterizar o crime de atentado violento ao pudor (artigo 214). Sendo assim, se um indivíduo constrangesse outrem, mediante violência ou grave ameaça, para com ele praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, praticaria o delito tipificado no artigo 214.

Para a caracterização do estupro, essa conjunção carnal deveria ser obtida mediante o emprego de violência ou grave ameaça. Violência essa que poderia física (*vis absoluta* ou *vis corporalis*) ou moral (grave ameaça, *vis compulsiva*). Na primeira hipótese há o emprego da força material sobre a própria vítima, retirando da vítima a possibilidade de resistir à conduta criminosa. Tratando-se pois de violência real ou física. Exemplo dessa primeira hipótese ocorre quando o agente delituoso amarra as mãos da vítima para então forçá-la à prática da conjunção carnal.

Por sua vez, a violência moral é aquela que age no psíquico da vítima, cuja força intimidatória é capaz de anular sua capacidade de querer, sendo imprescindível que essa hipótese de violência seja séria e realizável, produzindo um temor na vítima que a leve a ceder. Também é necessário que essa ameaça seja grave, não possuindo a vítima outra alternativa senão ceder à prática do ato sexual. A violência moral pode acontecer de forma direta, quando exercida contra a própria vítima, ou indireta, quando dirigida a terceira pessoa, consistindo em mal dirigido a pessoa ligada à vítima, fazendo com que esta ceda para evitar a concretização da ameaça.

Quanto ao sujeito ativo do crime de estupro, pela disposição legal, conclui-se que apenas o homem poderia ser autor do delito, pois apenas ele poderia executar a ação típica descrita no tipo, já que a lei só falava em conjunção carnal. Dessa forma, a coação para a prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo não seria considerada estupro. Exemplificativamente, se uma mulher coage outra para a prática de algum ato sexual, não se caracterizaria estupro, pois não haveria possibilidade da cópula vaginal. Desse modo, caso houvesse a consumação de um ato sexual diverso da conjunção carnal, o sujeito ativo responderia por atentado violento ao pudor, tipificado no artigo 214 do Código Penal.

Contudo, vale ressaltar que de maneira excepcional a mulher poderia ser considerada agente delituosa do crime de estupro. Essa maneira atípica aconteceria na hipótese de autoria mediata. Fernando Capez (2008, p. 3) explicando o que seria autoria mediata, aduz:

Autor mediato é aquele que se serve de pessoa sem condições de discernimento para realizar por ele a conduta atípica. Ele é usado como mero instrumento de atuação, como se fosse uma arma ou um animal irracional. O executor atua sem vontade ou consciência, considerando-se, por essa razão, que a conduta principal foi realizada pelo autor mediato.

Dessa forma, se uma mulher, mediante o emprego de grave ameaça, obrigasse um homem à prática da conjunção carnal com a vítima, estaria presente a hipótese da mulher como autora mediata de estupro.

Ainda no tocante ao sujeito ativo, também seria possível que a mulher fosse autora do delito quando ocorre concurso de pessoas na modalidade coautoria e participação. A coautoria ocorre quando dois ou mais agentes, agindo em conjunto, praticam o verbo do tipo penal. Dessa forma, mesmo não sendo possível que sozinha levasse a efeito à prática da conjunção carnal, uma mulher poderia agir em conjunto com outro agente e obrigar a vítima à prática da conduta tipificada. Nessa hipótese, juntamente com o comparsa, praticaria a ação nuclear do tipo consubstanciada no verbo *constranger*.

Também seria possível, como dito anteriormente, que a mulher respondesse pelo estupro a título de participação. Essa hipótese restaria configurada quando, mesmo sem realizar o núcleo do tipo (*constranger*), a mulher, de alguma maneira, contribuisse para a produção resultado, respondendo como partícipe do crime de estupro.

Apesar dessas formas excepcionais em que a mulher seria considerada sujeito ativo do estupro, a regra era que apenas o homem poderia praticar o delito. Entretanto, a doutrina pátria à época questionava se seria considerado estupro caso o marido *constrangesse* a mulher à prática da conjunção carnal. Doutrinadores mais antigos, a exemplo de Hungria e Magalhães Noronha, entendiam inexistir o crime em virtude do débito conjugal. Para tal corrente, a relação sexual decorrente do casamento era considerada dever recíproco dos cônjuges, caracterizando verdadeiro exercício regular de direito. Nesse sentido, HUNGRIA (1956, p. 124-125) estabelece:

Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu do estupro, quando, mediante violência, *constrange* a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido

negativo. O estupro pressupõe cópula *ilícita* (fora do casamento). A cópula *intra matrimonium* é recíproco dever dos cônjuges. O próprio *Codex Juris Canonici* reconhece-o explicitamente [...]. O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de *exercício arbitrário das próprias razões*, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o *exercício regular de um direito*. (grifos do autor)

Tal posicionamento era demasiadamente preconceituoso e não prosperou nos dias atuais. A mulher, mesmo durante o matrimônio, tem direito de dispor do seu próprio corpo, de forma que será reprovável qualquer utilização de meios ilícitos para constrangê-la a prática da relação sexual.

Em relação ao sujeito passivo do estupro, pela leitura do dispositivo legal, percebe-se que apenas a mulher poderia ser vítima do estupro, pois apenas ela poderia ser constrangida à realização da cópula vagínica.

Qualquer mulher, indistintamente, poderia ser sujeito passivo do delito. O crime restaria configurado mesmo quando praticado contra uma mulher que não era virgem ou mesmo contra uma prostituta, pois ao contrário do que ocorria em tempos outros, o diploma legal não fez nenhuma ressalva sobre quais as mulheres que mereceriam a proteção legal, tendo todas elas o direito de dispor do corpo como bem quisessem.

Vale salientar que o delito em estudo somente poderia ser praticado de maneira dolosa, já que por ausência de previsão legal não era admissível a modalidade culposa. O dolo é o elemento subjetivo necessário para o reconhecimento do estupro, sendo imprescindível, também, para diferenciá-lo do atentado violento ao pudor. Dessa forma, para a configuração do delito, a conduta do agente delituoso deveria necessariamente ser dirigida, tão só e finalisticamente, a constranger a vítima à prática da cópula vagínica.

O delito de estupro restaria consumado com a efetiva conjunção carnal, ainda que de maneira parcial, ou seja, a penetração completa ou incompleta do órgão sexual masculino na cavidade vaginal da mulher, não havendo necessidade de ejaculação.

Por se tratar de um crime plurissubsistente, em que é possível fracionar o *iter criminis*, é perfeitamente possível haver a tentativa. Dessa forma, tendo o

agente delituoso dado início a execução do crime e não conseguindo consumá-lo por circunstâncias alheias a sua vontade, responderia pelo *conatus*. Para sua caracterização era preciso que o agente demonstrasse efetivamente a intenção de levar a efeito a conjunção carnal. Nesse sentido, Rogério Greco (2008, p. 469) preleciona:

Se os atos que antecederam ao início da penetração vagínica não consumada forem considerados normais à prática do ato final, a exemplo do agente que passa as mãos nos seios da vítima ao rasgar-lhe vestido ou, mesmo, quando esfrega o pênis em sua coxa buscando a penetração, tais atos deverão ser considerados antecedentes naturais ao delito de estupro, não se configurando em infração penal autônoma de atentado violento ao pudor.

Pelo transcrito verifica-se que era necessário constatar se o agente delituoso tinha a intenção de manter relacionamento normal com a vítima. Ausente tal intenção, dependendo da situação fática, o agente poderia responder por constrangimento ilegal ou até mesmo atentado violento ao pudor.

Válido é salientar que o estupro é por excelência um crime que é praticado comissivamente, pois o próprio núcleo do tipo – constranger - pressupõe um comportamento positivo por parte do agente. Entretanto, nos termos do artigo 13, § 2º, do Código Penal, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do status de garantidor, como por exemplo, quando um pai saiba que um amigo seu tem relações sexuais frequentes com sua filha menor de 14 anos de idade, e dolosamente nada faz para impedir a conduta criminosa, podendo ser responsabilizado a título de omissão imprópria. Nesse caso, o pai, por possuir a qualidade de garantidor da sua menor, devia e podia agir para evitar tal prática, razão pela qual responderia dolosamente pelo estupro, pois nada fez para evitá-lo.

Ressalta-se também que ao agente que levasse a efeito a conduta tipificada no artigo 213, seria cominada uma pena de reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Essa era a pena do chamado estupro simples, pois havia circunstâncias que, caso acontecessem, qualificariam o estupro ou aumentariam consideravelmente a pena imposta. Tais hipóteses estavam

previstas, respectivamente, nos artigos 223 e 226 do Código Penal. Eram hipóteses que qualificariam o estupro, e que estavam previstas no artigo 223 do Código Penal:

Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:

Penal: Reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

Parágrafo único. Se do fato resulta morte:

Penal: reclusão, de doze a vinte e cinco anos.

Para a ocorrência dessas qualificadoras, a lesão corporal ou a morte, necessariamente deveriam ser advindas a título de culpa, ou seja, o resultado mais grave não deveria ter sido anteriormente desejado pelo agente. Tratava-se de hipóteses preterdolosas, onde havia o dolo no antecedente (estupro) e culpa no resultado mais grave (lesão corporal grave ou homicídio). Caso houvesse o dolo nas lesões ou no homicídio, o agente responderia por delitos autônomos, em concurso material com o estupro.

Por sua vez, o artigo 226 do Código Penal tipificava as hipóteses que resultariam no aumento da pena do estupro. Em sua redação dispunha que:

Art. 226. A pena é aumentada:

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas;

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

Caso na análise fática viesse a ocorrer a presença das duas causas de aumento da pena, nos termos do artigo 68 do Código Penal, o magistrado poderia limitar-se à aplicação da causa que mais aumentasse a pena, desprezando a outra.

Existiam ainda nos termos do artigo 224 do Código Penal, hipóteses em que a violência do crime de estupro era tida como presumida. Sendo estas hipóteses tipificadas como causas de presunção de violência. Tal artigo disciplinava que:

Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:

a) não é maior de catorze anos;

b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

c) não pode por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Como visto, são três as hipóteses em que se presumia a violência para a configuração do crime de estupro. Era a chamada violência ficta. Nessas situações o legislador buscou atribuir maior proteção a essas pessoas, pois eram circunstâncias em que a vítima não teria o pleno discernimento para consentir validamente com a prática do ato sexual ou não tinha capacidade de resistência.

A primeira delas relacionava-se à menoridade da vítima, essa maior proteção se fazia necessária, pois por causa da imaturidade o menor não poderia validamente consentir com a prática da conjunção carnal. Sendo a menoridade da vítima levada em consideração no momento da ação.

Por sua vez, a violência também seria presumida quando a vítima fosse alienada ou possuísse alguma debilidade mental a ponto de ter inteiramente abolida sua capacidade de discernimento para a prática do ato; ou quando por qualquer motivo, não pudesse oferecer resistência. Eram presunções relativas, ou seja, para ser responsabilizado, o agente necessariamente deveria ter conhecimento da circunstância.

Quanto à ação penal do delito de estupro, o artigo 225 do Código Penal, estabelecia:

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.

Dessa forma, nos termos preconizados pelo caput do artigo 225 do Código Penal, a ação penal relativa ao crime de estupro seria de iniciativa privada. Entretanto, havia situações que a competência para propor a ação penal seria transferida para o Ministério público, ou seja, passaria a ser uma ação penal pública. O § 1º do artigo 225 elencava tais hipóteses e disciplinava que a ação passaria a ser de iniciativa do Ministério Público caso a vítima ou seus pais não pudessem prover às despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção

própria ou da família; ou se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

Na hipótese prevista no inciso I do § 1º do artigo 225 do Código penal, ação penal de iniciativa do Ministério Público dependeria de representação do ofendido, conforme estabelecia o § 2º do mesmo artigo. Todavia, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 608 (2014) e praticamente tornou letra morta boa parte do supramencionado artigo 225 do Código Penal, quando disciplinou que:

Súmula 608. No crime de estupro, praticado mediante violência, a ação penal é pública incondicionada.

Sendo assim, de acordo com o entendimento do nosso Tribunal Maior, sempre que o delito de estupro fosse praticado mediante o emprego de violência real, a ação penal seria de iniciativa do Ministério Público de forma incondicionada. Somente persistindo a ação penal privada, ou mesmo a pública condicionada à representação, nas hipóteses em que o crime fosse praticado mediante o emprego de grave ameaça.

Ainda no tocante à ação penal, a doutrina divergia sobre qual a espécie de ação seria a adequada para o estupro praticado contra os indivíduos que se encontrassem em uma das hipóteses de violência presumida. Alguns doutrinadores, a exemplo de Rogério Greco, afirmavam que nesse caso a ação penal também seria pública incondicionada. Entretanto, autores como Fernando Capez estabeleciam que para as hipóteses tipificadas no artigo 224 do Diploma Criminal, a ação penal seria privada, sendo somente pública caso a vítima se encontrasse em uma das situações estabelecidas no inciso I ou II do artigo 225 do Código Penal.

Verificou-se pois, de acordo com o exposto neste capítulo, que o mesmo trouxe para dentro do presente estudo o que vigorava no ordenamento criminal antes da Lei nº 12.015/2009. Analisando também quais os crimes que transgrediam a liberdade sexual, antes da égide de tal lei.

Para melhor análise do tema proposto, no capítulo seguinte será analisado o tipo penal de estupro de vulnerável, outra novidade imposta pela lei acima citada, delito este que suscita o estado de vulnerabilidade em que a vítima se encontra, admitindo como vulneráveis os sujeitos passivos do delito. Será apresentada também a celeuma existente no tocante à vulnerabilidade dos sujeitos passivos do

estupro de vulnerável, expondo os posicionamentos divergentes e a escolha pela doutrina que melhor atende aos princípios penais e as garantias constitucionais.

4 A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO MENOR DE QUATORZE ANOS E A PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTADORES DO ORDENAMENTO PÁTRIO

Neste presente capítulo far-se-á uma análise da vulnerabilidade dos indivíduos indicados no artigo 217-A do Código Penal, apresentando o conceito do termo vulnerável e abordando a celeuma existente sobre se tal vulnerabilidade deve ser considerada de maneira absoluta, ou seja, estaria presente sempre que houvesse a prática da conduta típica com os indivíduos tutelados, não havendo a possibilidade de produção de provas em sentido contrário; ou se deve ser tratada com critérios relativos, em que a vulnerabilidade seria verificada na análise concreta, e dependendo da situação a mesma estaria afastada.

Apresentar-se-á também a argumentação de que considerar a vulnerabilidade de maneira absoluta ofende algumas garantias asseguradas pela Carta Constitucional de 1988 e alguns princípios essenciais ao Direito Penal e Direito Processual Penal.

4.1. VULNERABILIDADE: TEORIA ABSOLUTA E TEORIA RELATIVA

Vulnerabilidade, segundo o dicionário (2014), pode ser conceituada da seguinte forma:

Pode ser entendida como a condição de risco em que uma pessoa se encontra. Um conjunto de situações mais, ou menos problemáticas, que situam a pessoa numa condição de carente, necessitada, impossibilitada de responder com seus próprios recursos a dada demanda que vive e a afeta.

Desta forma, percebe-se que a vulnerabilidade é uma particularidade que indica que certo indivíduo encontra-se numa situação de fragilidade que suprime ou mitiga a sua capacidade de discernimento, ficando mais propenso para alguma violência e merecendo, portanto, uma maior proteção.

O legislador penal preocupou-se com essa vulnerabilidade ao criar o tipo penal de estupro de vulnerável no artigo 217-A do Código Penal, e determinou quais os indivíduos que para ele encontravam-se em uma situação de maior delicadeza, merecendo uma maior tutela penal. O dispositivo em comento tem a seguinte redação:

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

Pena - reclusão, de 08 (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.

Ao tipificar o delito supracitado o legislador objetivou proteger as pessoas menores de quatorze, aquelas que por alguma enfermidade ou deficiência não têm o necessário discernimento para consentir com o ato sexual, ou que por alguma outra causa não possam oferecer resistência. Já que esses indivíduos estão em situação de vulnerabilidade em relação ao agente ativo, merecem portanto maior amparo e proteção da lei, sendo imputada pena mais severa ao autor, visando coibir tais atos.

Para o ordenamento penal brasileiro, se há a prática da conjunção carnal, ou o ato libidinoso diverso desta, com um indivíduo do artigo 217-A, resta configurado o crime de estupro de vulnerável. Deste modo, mesmo que a pessoa fragilizada tenha consentido com a prática do ato sexual resta consumado o delito, pois o legislador pátrio entende que tal consentimento não tem força para afastar a conduta delituosa do agente, considerando a idade tenra da suposta vítima dita vulnerável.

Entretanto, a questão do reconhecimento do consentimento desse suposto sujeito passivo está longe de ser pacífica. Há diversos autores, a exemplo de Rogério Greco e Cléber Masson, que entendem que o consentimento da vítima não teria o condão de afastar a consumação do delito,

pois esta estaria numa situação de vulnerabilidade. Nesse sentido, Greco (2011, pág. 529) estabelece que:

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

Os defensores desse posicionamento argumentam que, após o advento da Lei nº 12.015/09, a antiga discussão de considerar a vulnerabilidade com critérios absolutos ou relativos, hoje, perdeu todo o sentido. Para eles, o próprio diploma legal, ao criar o delito de estupro de vulnerável, determinou de maneira objetiva quais as pessoas que serão consideradas vulneráveis e que, ocorrendo a conduta típica, o crime estará caracterizado, não cabendo aos magistrados e tribunais a verificação de eventual discernimento da vítima para a prática dos atos sexuais. Nesse sentido, MASSON (2013, p. 53), outro defensor desse pensamento, assevera:

Para a caracterização destes crimes é irrelevante o dissenso da vítima. A lei despreza o consentimento dos vulneráveis, pois estabeleceu critérios para concluir pela ausência de vontade penalmente relevante emanada de tais pessoas. Consequentemente, o aperfeiçoamento dos delitos independe do emprego de violência, grave ameaça ou fraude. Em síntese, o sistema jurídico impede o relacionamento sexual ilícito com vulneráveis.

Entretanto, parte da doutrina, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci e Cezar Roberto Bitencourt, entende que a vulnerabilidade do indivíduo não deve ser tomada em caráter absoluto, devendo ser relativizada a depender do caso concreto. O citado Guilherme Nucci (2010, pág. 79) afirma que:

A vulnerabilidade deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual. (...) em cumprimento aos princípios norteadores do direito penal, não basta a comprovação da idade para a tipificação do crime de estupro de vulnerável, uma vez que o critério etário não é absoluto. A melhor solução reside na aferição casuística do grau de maturidade sexual e desenvolvimento mental do

suposto ofendido, para definir se é ou não vulnerável, aplicando-se a lei de maneira mais justa ao caso concreto.

Nesse mesmo sentido, o doutrinador Paulo Queiroz (2014), ao tratar do tema, determina que:

A proteção penal não pode ter lugar quando for perfeitamente possível uma autoproteção por parte do próprio indivíduo, sob pena de violação ao princípio de lesividade. Finalmente, a iniciação sexual na adolescência não é necessariamente nociva, motivo pelo qual a presumida nocividade constitui, em verdade, um preconceito moral. Assim, ao menos em relação a adolescentes (maiores de doze anos), é razoável admitir-se prova em sentido contrário ao estado de vulnerabilidade, de modo a afastar a imputação de crime sempre que se provar que, em razão de maturidade (precoce), o indivíduo de fato não sofreu absolutamente constrangimento ilegal algum, inclusive porque lhe era perfeitamente possível resistir, sem mais, ao ato.

Para os que argumentam que a vulnerabilidade da vítima deve ser verificada na análise fática, de maneira relativa, mesmo após a Lei nº 12.015/09 e a criação do delito autônomo de estupro de vulnerável, a antiga discussão de considerar a vulnerabilidade de forma absoluta ou relativa ainda persiste. Tais doutrinadores determinam que interpretar o artigo 217-A de maneira literal pode levar a conclusões precipitadas, pois não haveria a possibilidade de verificar na situação fática a real vulnerabilidade da suposta vítima. Nesse sentido, NUCCI (2009, p. 37) estabelece:

O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se 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 sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada

Entende-se que a melhor escolha é verificar a vulnerabilidade do agente passivo quando da análise do caso concreto, podendo ser feita uma análise

psíquica na vítima, permitindo a esta, quando comprovada a capacidade de consentir e compreender a prática de atos sexuais, uma vida sexual ativa e equiparada a de qualquer pessoa que não possua doença mental ou enfermidade.

Ademais, entender essa vulnerabilidade de maneira absoluta gera a chamada responsabilidade penal objetiva, onde não é possível discutir se o agente agiu com dolo ao praticar a conduta delituosa, ou seja, a simples prática da ação prevista no tipo penal força a aplicação das penas da lei, sem nem ao menos analisar se o agente ativo tinha realmente a intenção de praticar o estupro, aproveitando-se da condição de vulnerabilidade do agente passivo. Não analisando, inclusive, a vontade do agente passivo para a prática sexual. Discorrendo sobre a citada responsabilidade penal objetiva, Livia Nogueira Ramos (2014), dispõe:

Frente ao princípio constitucional do estado de inocência e à teoria finalista adotada pelo Código Penal, é inadmissível a responsabilidade penal objetiva, salvo nos casos da "actio libera in causa". É que para a teoria finalista, não se pode dissociar a ação da vontade do agente, já que a conduta é precedida de um raciocínio que o leva a realizá-la ou não. O dolo e a culpa fazem parte da conduta, que é comportamento humano, voluntário e consciente, dirigido a uma finalidade.

Desta forma, no tocante ao estupro de vulnerável, é inadmissível essa responsabilidade penal objetiva, devendo ser verificada na análise concreta se o agente delituoso realmente possuía a intenção de se valer da condição de pessoa vulnerável da vítima para praticar o delito.

4.2 A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE COMO UMA OFENSA AOS PRINCÍPIOS PENAIIS E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

O Direito Penal é o ramo do direito que se preocupa com a tutela dos bens jurídicos mais importantes e imprescindíveis para à convivência em sociedade, ou seja, necessários para a preservação do bem estar social. Desta

forma, o Direito Penal deve interferir o menos possível na vida privada da sociedade, só atuando quando os demais ramos do direito não forem capazes de tutelar os bens jurídicos de maior relevância. Essa interferência contida é resultado da aplicação do Princípio da Intervenção Mínima, ou *ultima ratio*. Nesse sentido, Cesar Roberto Bitencourt (1995, p. 32) preleciona:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penas. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Diante de tal conceito, verifica-se a relevância deste princípio para o ordenamento criminal, posto que o mesmo limita a interferência desse ramo do direito apenas às questões mais relevantes.

Ademais, esse princípio da intervenção mínima é responsável também para a ocorrência da chamada descriminalização, ou seja, com base nesse princípio o legislador, atento às mutações da sociedade, que com sua evolução deixar de dar importância a bens que outrora eram considerados relevantes, acaba suprimindo do ordenamento jurídico-penal certos tipos penais.

No tocante ao estupro de vulnerável, é incoerente delimitar uma idade para considerar tais indivíduos como absolutamente vulneráveis, vez que há a possibilidade que na análise concreta reste comprovada a capacidade de consentir validamente. Dessa forma, o Direito Penal estaria interferindo e se preocupando com situações que não mereceriam a sua proteção, havendo flagrante desrespeito ao princípio em comento.

Vale ressaltar que a idade de 14 anos estabelecida pelo legislador criminal é contrária ao preceito determinado no Estatuto da Criança e do Adolescentes que, em seu artigo 2º, estabelece: “Considera-se criança, para os

efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

Sendo assim, enquanto o Estatuto Minorista considera adolescente aquele que tenha 12 (doze) anos completos, possuindo capacidade para consentir com alguns atos da vida civil, contrariamente, o Código Criminal trata tais indivíduos como vulneráveis, retirando deles a capacidade de consentir de forma válida com a prática de atos sexuais. Nesse mesmo sentido, Guilherme Nucci (2009, p. 37) afirma:

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 penal 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. [...] A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entender, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual.

Saliente-se, entretanto, que não é correto declarar que todo indivíduo menor de 14 (catorze) anos, desde que dentro da faixa etária de 12 (doze) ou 13 (treze) anos, possua o pleno discernimento para consentir a prática de atos sexuais. Por este motivo, o legislador teria agido de maneira acertada se estivesse estipulado a vulnerabilidade de maneira relativa, estabelecendo que essa condição seria auferida na situação casuística, possibilitando uma análise própria e detalhada do caso em si.

Desta forma, ao se considerar essa presunção de maneira absoluta, far-se-á com que a máquina judiciária criminal atue até mesmo quando, de acordo a situação fática, não haveria necessidade de tal intervenção, ofendendo assim o princípio da intervenção mínima.

Outro princípio que irá nortear a atuação do Direito Penal é o da adequação social. Luis Régis Prado (1999, p. 83), descrevendo o princípio em comento, preleciona:

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo

legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.

Nestes termos, o princípio mencionado objetiva limitar a abrangência do direito penal as condutas que são consideradas adequadas e aceitas pela sociedade, ou seja, as condutas que são aceitas pela sociedade, seja pela cultura, costumes ou folclores são excluídas da esfera penal.

Ademais, outra função do princípio da adequação social é a de nortear o legislador para repensar se os tipos penais estão em consonância com o desenvolvimento moral-social atual da sociedade, e retirar do ordenamento jurídico aqueles tipos que não se adaptaram à evolução social. Nesse sentido, Rogério Greco (2010, p. 54) determina:

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas, [...], é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que estiver na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. [...] A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente a evolução da sociedade.

Neste sentido, o princípio em observação norteará a atuação do legislador quanto às condutas que são aceitas e consideradas convenientes pela sociedade, assim como servirá para que o legislador verifique os tipos penais e retire do ordenamento jurídico aqueles que não mais condizem com o panorama atual, restringindo, assim, a abrangência do direito penal.

Quando o autor supracitado se refere às condutas que se amoldaram ao progresso social, pode tal afirmação repercutir nos crimes sexuais contra vulneráveis, mais especificamente o estupro de vulnerável. Não se pode negar que a realidade sexual dos adolescentes, hodiernamente, já não é a mesma vivenciada nos anos anteriores. Isso advém do fato de que os adolescentes

contemporâneos convivem com uma considerável evolução tecnológica, onde a informação é adquirida de maneira mais célere e eficaz, contribuindo para que desenvolvam um amadurecimento mais precoce sobre os mais variados assuntos, inclusive a sexualidade humana.

Desta forma, dado o atual momento histórico-cultural, é inegável que os jovens contemporâneos estão iniciando a vida sexual cada vez mais cedo, ou seja, diante desse quadro de expansão de conhecimento que é vivenciado, é inconveniente negar de forma irrestrita a capacidade de autodeterminação sexual de menores de 14 anos. Nessa linha, merece destaque o posicionamento do ilustríssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio (2014), quando afirma:

Nos dias atuais não há crianças, mas moças com doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definidos a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes podem advir. [...] não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente virtiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança.

De acordo com o transcrito, verifica-se que o Ministro Marco Aurélio corrobora com o entendimento que tratar todo e qualquer menor de 14 anos como pessoa completamente vulnerável é ignorar a atual situação da sexualidade das crianças e adolescentes, cada vez mais precocemente despertada.

Desta forma verifica-se que, diante do atual panorama evolutivo vivenciado pela sociedade, não é correto presumir de maneira absoluta a vulnerabilidade de alguém, vez que é possível que na situação fática o titular do bem jurídico protegido possa discernir acerca de sua liberdade sexual, de maneira válida.

Diante de tal assertiva, percebe-se a orientação que melhor atende ao atual quadro evolutivo da sociedade é a de adotar uma presunção relativa de vulnerabilidade dos sujeitos passivos tutelados pelo legislador no artigo 217-A. Não é oportuna tamanha severidade penal quanto à presunção absoluta de vulnerabilidade, pois para determinados sujeitos passivos e determinados membros da sociedade estas condutas típicas em alguns casos são consideradas perfeitamente como normais. Coaduna com esse entendimento, André Estefam (2009, p. 59) ao afirmar que:

Quanto à vulnerabilidade decorrente da faixa etária, o que se alterou foi a situação do sujeito passivo no dia de seu 14^o aniversário. [...] Agora ela deixa de ser vulnerável exatamente no dia em que completa a idade mencionada. Persistirá, desta feita, a crítica fundamental ao critério rígido eleito, ou seja, pode haver indivíduos que, apesar de não terem atingido a idade citada, possuam consciência e maturidade sexual. **Justamente por esta razão, entendemos que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto** (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo) **admitindo prova em contrário, notadamente quando se tratar de adolescentes** (indivíduos com 12 anos já completados). Isto porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e a vida sexual ativa e, voluntariamente, pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua “dignidade sexual”). (grifos do autor).

Em harmonia com tal entendimento, recentemente o Superior Tribunal de Justiça considerou que a presunção de violência contra menor de 14 anos é relativa, e pode ser afastada diante do caso concreto. Segundo a ministra-relatora, Maria Thereza de Assis Moura, não se pode considerar crime o ato que não viola o bem jurídico tutelado – no caso, a liberdade sexual. Isso porque as menores a que se referia o processo julgado se prostituíam havia tempos quando do suposto crime. Apesar de buscar a proteção do ente mais desfavorecido, o magistrado não pode ignorar situações nas quais o caso concreto não se insere no tipo penal. Nesse sentido, a ministra-relatora Maria Thereza (2014), preleciona: “Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais, se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado”.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2014) também considerou, em decisão recente, a vulnerabilidade do menor de 14 anos de maneira relativa, ao absolver um acusado da prática do delito, pois havia uma relação de namoro entre autor e vítima.

Dessa forma, resta claro que não se deve considerar a vulnerabilidade da vítima de forma absoluta, simplesmente pelo critério etário – o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva –, devendo ser analisada em cada caso, à vista de suas particularidades. Sendo assim, deve-se examinar caso a caso, para se constatar, *in concreto*, as condições pessoais e o grau de discernimento da suposta vítima, visto que é possível que, mesmo não possuindo a vítima 14 anos completos, tenha ela a capacidade de consentir validamente com suas ações.

Insta salientar que, além dos princípios supramencionados, a adoção absoluta de vulnerabilidade viola ainda um dos princípios fundamentais para o processo penal, qual seja a verdade real. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 60), conceituando o princípio em comento e estabelecem:

O processo penal não se conforma com ilações fictícias ou afastadas da realidade. O magistrado pauta o seu trabalho na reconstrução da verdade dos fatos, superando eventual desídia das partes na colheita probatória, como forma de exarar um provimento jurisdicional mais próximo possível do ideal de justiça.

Diante disto aduz-se que, o juiz deverá sempre pautar sua atuação na busca da verdade real. Entretanto, ao se estabelecer a presunção absoluta de uma condição da suposta vítima, estará sendo retirada do magistrado essa possibilidade de análise da realidade fatídica.

Vale ressaltar ainda que, além dos princípios norteadores do Direito Penal e do Direito Processual Penal supracitados, presumir a vulnerabilidade de maneira absoluta também ofenderá algumas garantias presentes na Constituição da República de 1988, que devem ser asseguradas ao agente do ilícito penal.

Uma das garantias constitucionais transgredidas é a presunção de inocência, estando esta prevista no artigo 5º, inciso LXII, da Carta

Constitucional: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Dessa garantia derivam duas regras fundamentais: a primeira é que caberá a parte acusatória o ônus de demonstração da caracterização da infração criminal, e não ao réu de demonstrar a sua inocência. A segunda que ninguém pode ser considerado culpado senão depois de uma sentença com trânsito em julgado, sendo proibida qualquer antecipação de juízo condenatório. A violação de tal garantia decorria do fato de que pela teoria absoluta a culpa sempre seria do sujeito ativo do delito do artigo 217-A do Código Penal, não havendo a possibilidade de ser analisada a situação fática, já sendo imputada ao agente uma culpa anterior a própria sentença condenatória.

Sendo assim, percebe-se que o ônus de demonstração da culpa caberia ao órgão acusador, porém ao se presumir a vulnerabilidade da vítima de maneira absoluta, não sendo possível a produção de provas em contrário, já restaria caracterizada a culpa do agente. Além de que, como não é possível a análise da situação concreta em decorrência dessa presunção absoluta, o magistrado não teria a possibilidade de verificar os argumentos de ambas as partes, para só então, de maneira livre e motivada, se posicionar contra ou favoravelmente a absolvição.

Dessa forma, ao não se permitir essa análise da situação casuística, a presunção absoluta mitiga o livre convencimento do magistrado, visto que a ele não é oportunizada a possibilidade de decidir segundo o caso concreto.

Outra garantia constitucional descumprida pela adoção da presunção absoluta de vulnerabilidade é o contraditório, previsto no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna que dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Essa garantia pode ser traduzida no binômio ciência e participação, e dispõe que às partes deve ser assegurada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a sua participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual. Diante

disto, a cada alegação fática ou apresentação de prova que for feita no processo por uma das partes, o adversário terá o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e à manutenção do estado de inocência do acusado.

Isto posto, pode-se depreender que ao se adotar pela presunção absoluta, nos casos de estupro de vulnerável, é retirado do agente ativo o direito de produzir as provas cabíveis, impossibilitando a real apreciação dos fatos, violando assim, a garantia em comento.

Pelo demonstrado, percebe-se que não é razoável nivelar todos os adolescentes ao patamar de vulneráveis, pois nem todos apresentam estado de inocência. A melhor solução reside na aferição casuística do grau de maturidade e desenvolvimento mental do suposto ofendido, para definir se o mesmo enquadra-se ou não como pessoa vulnerável, não devendo balizar a presunção absoluta para todos os casos que a sociedade demanda.

Diante do exposto conclui-se que, apesar do posicionamento de parcela significativa de doutrinadores de Direito Penal, entender a vulnerabilidade das pessoas descritas no artigo 217-A com critérios absolutos, a ponto de desconsiderar qualquer consentimento da suposta vítima com a prática sexual, mesmo que possua experiência sexual comprovada não é o posicionamento que melhor atende aos anseios de um Estado Democrático de Direito e aos ideais de justiça. E que, considerar o conceito da vulnerabilidade do artigo 217-A como absoluto pode resultar numa série de ofensas a garantias asseguradas pela Carta Constitucional de 1988 e a princípios, por hora, indispensáveis ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.

CONCLUSÃO

A análise efetuada acerca do tema proposto no presente trabalho, sem a pretensão de exaurir o assunto abordado, resultou nas conclusões a seguir delineadas.

Diante do atual panorama evolutivo da sociedade contemporânea, não é razoável negar que alguns jovens, mesmo se adequando ao termo vulnerável do tipo penal do artigo 217-A do Código Penal, possam ter maturidade sexual para consentir com a prática de atos sexuais. Não se pode estabelecer um critério absoluto para determinar quais indivíduos têm a capacidade de consentir validamente com tais atos. Dessa forma, a melhor escolha é considerar a vulnerabilidade dos indivíduos da infração do artigo 217-A de maneira relativa, verificando tal condição quando da análise da situação fática.

Com o intuito de demonstrar que considerar a vulnerabilidade de maneira relativa é a escolha que assegura a preservação de princípios e garantias, restou cabível a utilização do método de abordagem dedutivo, com o intuito de analisar as normas jurídicas relacionadas à matéria; do método de procedimento histórico, para possibilitar uma análise da evolução do assunto abordado e os fatores que contribuíram para a atual proteção conferida pelo Código Penal aos indivíduos considerados vulneráveis; do método bibliográfico e também da técnica de pesquisa indireta, que se efetua através da pesquisa documental, objetivando trazer um considerável número de informações e dados teóricos existentes sobre o tema.

A atividade de investigação científica posta começou com uma abordagem da tipificação do crime de estupro em algumas civilizações antigas, mostrando também a evolução do tipo penal nos diplomas criminais brasileiros até chegar a atual redação, estabelecida pela Lei nº 12.015/2009. Constatou-se que tal lei trouxe mudanças significativas para o ordenamento criminal brasileiro, dentre elas, houve a fusão, em um único tipo penal, das condutas anteriormente previstas nos artigos 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao

pudor), agora tipificadas sob a rubrica estupro no artigo 213 do Código Penal. Verificou-se não ter havido *abolitio criminis*, mas apenas uma simples mudança do *nomen juris* da infração, como convinha, visto que realmente não fazia sentido diferenciar tais figuras típicas.

Ainda no capítulo inicial, analisou-se outra novidade estabelecida pela Lei nº 12.015/2009, qual seja, a tipificação do estupro de vulnerável. Observou-se também a atual vulnerabilidade dos indivíduos tutelados pelo legislador no novo tipo penal (artigo 217-A) em substituição a antiga ‘presunção de violência’, prevista no revogado artigo 224 do Código Penal. Verificou que o legislador entendeu por bem tutelar alguns indivíduos, pois eles não teriam ainda o necessário discernimento para consentir com a prática de atos sexuais.

Em sequência, tratou-se dos crimes que infringiam a liberdade sexual, antes da vigência da lei supracitada, dando maior relevância ao crime de estupro e abordando ainda os fatores que justificaram a alteração da nomenclatura do Título VI, da Parte Especial do Código Penal, ‘crimes contra os costumes’ para a atual expressão ‘crimes contra a dignidade sexual’.

Por fim, foi analisado que o legislador resolveu considerar a vulnerabilidade dos indivíduos tutelados no tipo penal artigo 217-A de maneira absoluta, ou seja, se houvesse a prática da conduta típica com algum indivíduo considerado sujeito passivo da infração, o crime restaria configurado, não sendo possível a produção de provas em sentido contrário. Todavia, constatou-se que em algumas situações fáticas, tais vítimas possuem capacidade de consentir validamente, visto que devido ao atual quadro evolutivo da sociedade é possível que esses indivíduos possuam o discernimento necessário acerca dos atos que querem praticar. Dessa forma, percebeu-se que a melhor escolha seria realizar uma análise da situação fática, antes de se presumir tal falta de ciência sobre os atos praticados. Além disto, verificou-se que a tratar a vulnerabilidade com critérios absolutos ofende algumas garantias constitucionais e alguns princípios norteadores do Direito Penal e Direito Processual Penal.

Desse modo, os objetivos propostos foram alcançados e, por fim, confirmada a situação exposta na formulação do problema e da hipótese, ou

seja, diante do questionamento acerca da possibilidade da relativização da vulnerabilidade dos indivíduos protegidos pelo legislador no artigo 217-A do Código Penal, chegou-se à conclusão de que, é possível a relativização de tal condição, sendo essa a saída que melhor assegura a preservação dos princípios e garantias constitucionais.

O que se espera, verdadeiramente, é que a atividade de investigação científica empreendida, da qual resultou este trabalho monográfico, possa servir de incentivo e supedâneo ao estudo dos operadores do Direito, haja vista que a relevância do tema suscitará, ainda, muita perquirição e contribuições salutares por parte de acadêmicos e membros da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal – Parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BRASIL, **Código Penal** (1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 09 mai. 2014.

_____. **Constituição Federal** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 jun .2014.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente** (1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 16 jul. 2014.

_____. **Lei 12.015** (2009). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 3, parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H) / Fernando Capez. – 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Conceito de vulnerabilidade disponível em <<http://www.dicionarioinformal.com.br/vulnerabilidade/>>. Acesso em 7 de junho de 2014.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais: Comentários à Lei n. 12. 015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III / Rogério Greco. 5. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2008.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte geral / Rogério Greco. 12. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III / Rogério Greco. 8. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense. 1956. v. VIII.

HUNGRIA, Nélon, LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1954. v. VIII.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**, vol. 3: parte especial, arts. 213 a 359-H / Cleber Masson. – 3. ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 2 : Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP – 27. ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2010 - - São Paulo : Atlas, 2010.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza, FRANCO, Alberto Silva. **Direito Penal**, v.6 / Alberto Silva Franco, Guilherme de Souza Nucci organizadores. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PORTINHO, João Pedro Carvalho. **História, Direito e violência sexual: a Idade Média e os Estados Modernos**. Disponível em: <<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=11>>. Acesso em 02 de novembro de 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – Parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

QUEIROZ, Paulo. **Estupro de Vulnerável**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em 11 de Maio de 2014.

RAMOS, Livia Nogueira. **A admissibilidade da teoria da “actio libera in causa”**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070413164343155&mode=print>. Acesso em 17 de Julho de 2014.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

Superior Tribunal de Justiça. **Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa**. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3067891/presuncao-de-violencia-contra-menor-de-14-anos-em-estupro-e-relativa>>. Acesso em 01 de maio de 2014.

Supremo Tribunal Federal. Ministro Marco Aurélio. **Habeas Corpus n.º. 73.662 – MG**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 15 de junho de 2014.

Supremo Tribunal Federal. **Súmula 608**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 5 de junho de 2014.

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo nº 70044569705. 2011/CRIME**. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-tj-rs-confirma-liberdade-homem.pdf>>. Acesso em 18 de Maio de 2014.