

A presunção da vulnerabilidade nos crimes de estupro de vulnerável: efetiva proteção da dignidade sexual

*Laura Lino Borges*¹

*Mário Ângelo de Oliveira Júnior*²

23

Sumário: 1. Introdução; 2. Crimes contra a dignidade sexual após advento da constituição federal; 2.1. Crimes contra estupro no sistema punitivo brasileiro; 3. Novos parâmetros apresentados pela lei 12.015/09; 3.1. A presunção da violência; 3.2. Reflexos das alterações; 4. A relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos; 4.1. O consentimento do menor; 4.2. Consentimento casuisticamente relativizado; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente estudo tem como foco a análise dos crimes contra a dignidade sexual, em especial no que se trata de estupro de vulnerável. O objetivo precípua deste é propor uma discussão a respeito da possibilidade de relativização ao conceito de vulnerável no crime de estupro de vulnerável, legislado pelo artigo 217-A do Código Penal, uma vez que não há unanimidade doutrinária e jurisprudencial acerca da generalização do termo “vulnerável”. Com as alterações promovidas pela Lei 12.015/2009, o legislador aboliu a expressão “presunção de violência” e desconsiderou o consentimento da vítima como uma elementar do tipo, ou seja, o fato de a consumação ser delituosa independe da vontade da vítima. Faremos uma breve análise do tipo penal e das alterações promovidas pela Lei 12.015/2009 para melhor entender as consequências desse novo tipo penal.

Palavras-chave: dignidade sexual; vulnerabilidade; presunção de violência.

1. Introdução

O Código Penal vigente no nosso sistema legislativo começou a vigorar em 1940 e, desde sua promulgação até os dias atuais, com o passar do tempo, vem mostrando-se antiquado em alguns pontos, necessitando sofrer algumas alterações para que perdurasse no tempo sem prejudicar a sociedade.

No âmbito dos crimes contra a dignidade sexual, as mudanças mais substanciais ocorreram em 2009 com as alterações que a Lei 12.015 promoveu no Título IV no Código Penal, começando pelo enunciado do próprio título, além da supressão e modificação dos tipos penais gerais incriminadores.

¹ Aluna do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito obrigatório para a obtenção do título de bacharel em Direito.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI.

O Título IV que antes tutelava “os costumes”, agora versa sobre a “dignidade sexual”, termo mais abrangente que dá enfoque à liberdade, à segurança e à incolumidade física relacionadas à sexualidade humana, princípios assegurados pela Constituição Federal.

O estupro que antes era ato de constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça, ganha um significado mais amplo, passando a ser considerado crime comum e podendo ser praticado tanto contra mulher tanto contra homem.

Foi criado o artigo 217-A, legislando o estupro de vulnerável, sendo este indivíduo menor de 14 anos. A partir de tal artigo entramos na discussão da vulnerabilidade absoluta ou relativa, se o indivíduo menor de 14 anos tem discernimento suficiente para que o seu consentimento seja válido; até qual ponto o Direito Penal pode interferir na conduta do ser humano.

A relevância da proposta de discussão se justifica por seu caráter inovador e pela ausência de consolidação doutrinária. Há divergência em relação à presunção absoluta ou relativa da vulnerabilidade tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Nas decisões do STF e STJ podemos observar que a maioria se posiciona no sentido de que trata-se de presunção absoluta, mas ainda assim há decisões contrárias; da mesma forma segue a doutrina que, mesmo com alguns pensadores a favor da presunção absoluta, tem como pensamento majoritário a relativização da vulnerabilidade, argumentando que a presunção absoluta é inconstitucional e vai em contra mão ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Diante desse contexto, por meio da utilização do método indutivo, de pesquisas bibliográficas e análises jurisprudenciais, nos deparamos com o questionamento, se seria possível o legislador conferir a fixação de idade, aferindo ao menor de 14 anos a incapacidade de aceitar de forma consciente o ato sexual.

Antes, porém, de dar resposta à questão faz-se necessária a análise do tipo penal, bem como as alterações sofridas pela legislação ao longo do tempo, em especial pela Lei 12.015/2009, que efetuou significativas mudanças no teor do Título IV do Código Penal, que versa sobre os crimes sexuais.

Por fim, analisar a relativização da vulnerabilidade e o poder de conscientização e consentimento da vítima menor de 14 anos.

2. Crimes contra a dignidade sexual após advento da Constituição Federal

O Código Penal de 1940 trazia, originalmente, o Título VI da Parte Especial intitulado como “Dos crimes contra os costumes” e era composto dos capítulos (I) Dos crimes contra a liberdade sexual, (II) Da sedução e corrupção de menores, (III) Do rapto, (IV) Disposições gerais, (V) Do lenocínio e do tráfico de mulheres e (VI) Do ultraje público ao pudor.

O termo “costumes” utilizado anteriormente tutelava o comportamento médio da sociedade, no que dizia respeito à ética sexual segundo a moral média dos homens, que neste sentido pode ser definido como

Hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à preservação do *mínimo ético* reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais (ESTEFAM *apud* HUNGRIA, 2011, p. 161).

Com a evolução da sociedade, a expressão ficou ultrapassada e não condizente com a realidade da social, principalmente após a promulgação da Constituição Federal em 1988, que trouxe em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como bem jurídico fundamental da República Federativa do Brasil, protegendo a inviolabilidade do corpo humano, o direito à opção sexual e a liberdade sexual.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Código Penal necessitava de uma reforma, a fim de se adaptar a realidade do mundo moderno e acompanhar a modernização dos costumes na sociedade. À luz da Constituição Federal, o que deveria ser observado pelo legislador é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais adotados livremente pelos membros da sociedade. Tal reforma precisava compreender as mudanças da sociedade sem que isso representasse atentado à moralidade ou à ética, uma vez que são conceitos mutáveis que acompanham a evolução social (NUCCI, 2014, p.1658-1659).

Por vários anos o Código Penal permaneceu ligado a conceitos tidos como ultrapassados e permanecia em desencontro com a Constituição Federal e os valores por ela tutelados.

Em 2005, a Lei 11.106 promoveu algumas modificações nos textos de alguns artigos do Título VI, mas que não fora suficientes, a julgar pelo próprio título “Dos crimes contra os costumes”, que já não correspondia aos bens jurídicos que pretendia tutelar, o que violava o princípio de que as rubricas devem identificar os bens jurídicos protegidos nos seus diversos preceitos (BITENCOURT, 2011, p.46). Contudo, muitos problemas persistiam diante da denominação do Título que ainda abraçava por inteiro os valores da Carta de 1988.

Reformas dos Códigos Penais espanhol, argentino, chileno e português contribuíram e influenciaram para que houvesse uma mudança no Código Penal Brasileiro para que abrangesse a dignidade da pessoa humana, e não apenas a liberdade sexual.

Em 2009 entrou em vigor a Lei 12.015 que modificou o Título VI para “Dos crimes contra a dignidade sexual”, em consonância com o disposto na Constituição Federal. Para Estefam, o nosso código vigente, ao se referir aos crimes contra a “dignidade sexual”, mostra claramente que está em consonância com a Constituição Federal, pois, assim como esta em seu artigo 1º, inciso III, procura garantir a dignidade da pessoa humana, a liberdade da escolha de seus parceiros e da relação sexual, estando a salvo de qualquer forma de exploração, a intangibilidade e idoneidade sexual, bem como o desenvolvimento pleno da personalidade, no que tange a sexualidade do indivíduo (ESTEFAM, 2011, p.164).

No mesmo sentido, Nucci disserta sobre a objetividade jurídica na intimidade, na vida privada e na honra, pois, a tutela penal da dignidade sexual possui devida pertinência em relação aos direitos constitucionalmente assegurados no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, o direito à intimidade, à vida privada e à honra, além da atividade

sexual que passa a ser vista não só como um prazer material, mas também como uma necessidade fisiológica para muitos indivíduos. Em outros termos,

Busca-se proteger a respeitabilidade de 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. Do mesmo modo, volta-se particular atenção ao desenvolvimento sexual do menos de 18 anos e, com maior zelo ainda, do menor de 14 anos. A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) envolve, por óbvio, a dignidade sexual (NUCCI, 2014, p. 14).

Com a modificação do Título VI pela Lei 12.015/09, a liberdade sexual fica disposta no Capítulo I, e o título passa a abranger outras modalidades antes não observadas, como os crimes sexuais contra vulnerável, objeto de estudo do presente trabalho de conclusão de curso.

Para finalizar, Bitencourt afirma que era necessária uma adequação do bem jurídico tutelado no capítulo em questão, uma vez que a dignidade sexual é tão importante quanto a própria vida e saúde, e apesar de ser um dos bens mais importantes da coletividade social, ainda é um dos mais desrespeitados e frequentemente utilizado como meio para atentar contra outros bens jurídicos, como o patrimônio, a dignidade sexual, entre outros (BITENCOURT, 2012, p. 1112).

Com o advento da Constituição Federal, em relação à tutela penal, o bem jurídico tutelado nos crimes sexuais era o ponto que mais gerava conflito e discussões justamente por pairar entre um bem constitucionalmente assegurado e, em contrapartida, não possuía uma tipicidade. O Código Penal, em especial a tutela da sexualidade do indivíduo, precisava de uma alteração para que continuasse a acompanhar a evolução da sociedade.

2.1 Crimes de estupro no sistema punitivo brasileiro

O Capítulo I do Título VI tem como objeto jurídico a liberdade sexual, o poder de autodeterminação das pessoas em relação à sua sexualidade e a livre disposição do próprio corpo na esfera sexual (ESTEFAM, 2011, p.174), disposto nos artigos 213 à 216-A.

A redação atual do artigo 213 do Código Penal conferiu ao crime de estupro a ação de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, passando a tutelar a liberdade sexual tanto da mulher quanto do homem.

Acerca do novel dispositivo legal, Capez preceitua que, apesar das mudanças promovidas, ele incluiu situações que não se enquadrariam no entendimento originário do crime de estupro, uma vez que, desde a promulgação do Código Penal em 1940, sempre foi tutelada apenas a liberdade sexual da mulher, que estava compreendido no direito desta de não ser obrigada a se submeter a manter conjunção carnal com outrem. Até então, a característica principal do delito de estupro era o constrangimento da mulher à conjunção

carnal, sendo esta representada pela introdução forçada do órgão genital masculino na cavidade vaginal da vítima.

Em momento algum a liberdade sexual do homem foi protegida pelo direito penal. Com o novo enunciado do delito de estupro, retirou-se o termo “mulher” e passou-se a tipificar a ação de constranger qualquer pessoa, seja homem ou mulher, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ela (pessoa) se pratique outro ato libidinoso. Sendo assim, ações que configuravam o revogado artigo 214, o crime de atentado violento ao pudor, passa a integrar o tipo penal do delito de estupro, pouco importando o *abolitio criminis*. O que ocorreu com as modificações da Lei 12.015/2009 foi a atipicidade meramente relativa, promovendo a junção de dois tipos penais em um só. Desta forma, o crime de estupro passou a abranger a prática de qualquer ato libidinoso, seja este a conjunção carnal em si ou não, expandindo a tutela penal legal a fim de compreender não somente a liberdade sexual da mulher, mas também a do homem (CAPEZ, 2012, p. 29-30).

Atualmente, a luz da realidade social em que vivemos, podemos observar claramente a possibilidade de atentado à dignidade sexual do homem sendo praticada pela mulher, fato que não ocorria em tempos remotos. Acreditava-se que apenas o homem poderia constranger a mulher a ter conjunção carnal, uma vez que era considerada necessária a introdução do órgão genital masculino no feminino por ele, não sendo admitido o contrário. Superada essa pragmática, passa-se a tutelar a dignidade sexual do homem.

Em 1990, a Lei 8.072, dos Crimes Hediondos, em seu artigo 1º, inciso V, que também sofreu alterações pela lei 12.015/2009, passou a considerar o estupro, entre outros, como crime hediondo, tanto na sua forma simples, contida no artigo 213, *caput*, quanto nas formas qualificadas, artigo 213, §§ 1º e 2º, bem como o estupro de vulnerável, simples e qualificado, contidos no artigo 217-A *caput* e §§ 1º, 3º e 4º.

Sendo assim, a lei de Crimes Hediondos que apresentava sanções mais rígidas, passou a sancionar os crimes de estupro, trazendo todas as privações impostas pela referida lei, dentre elas: o cumprimento da pena inicialmente em regime fechado; a impossibilidade de obtenção de liberdade provisória, com fiança; o considerável aumento de prazo para a obtenção do livramento condicional, bem como a progressão de regime; a impossibilidade da concessão de indulto, graça ou anistia, dentre outros (NUCCI, 2014, p. 1660).

Sobre o conceito de estupro, preceituam Pierangeli e Souza que

O estupro é crime invariavelmente considerado grave por todas as legislações. Em todos os estatutos seus elementos constitutivos são a violência ou a grave ameaça. Variáveis são os seus elementos normativos, também chamados de culturais. [...] o estupro não deixa de ser uma forma especial de constrangimento ilegal transladada para a classificação dos crimes contra a liberdade sexual, orientado pela lascívia. O código vigente, com a redação que lhe deu a Lei 12.015/09, não faz qualquer distinção entre agentes e vítimas, que tanto podem ser homens ou mulheres (PIERANGELI; SOUZA, 2010, p. 9-10).

Com a nova redação dada pela Lei 12.105/2009, o bem jurídico protegido passa a ser a liberdade sexual, tanto do homem quanto da mulher, permitindo que tenham a faculdade de escolher livremente os parceiros sexuais que desejam ter, retirando inclusive a obrigação de aceitar o cônjuge para o resto da vida. O bem jurídico continua sendo a liberdade sexual nos crimes sexuais, abrangendo a intimidade e a privacidade, atingindo o que se trata de inviolabilidade carnal. A finalidade da nova redação do tipo penal é de garantir o todo e qualquer ser humano a capacidade de autodeterminação sexual, que possa ter a liberdade de escolha e vontade consciente, ou seja, assegura que todos possam exercer livremente sua atividade sexual (BITENCOURT, 2011, p.54-55).

Para conceituar o bem jurídico, Nucci faz análise do núcleo do tipo, no que diz que constranger alguém é o ato de prejudicar a liberdade do outro, na forma de coação. Sendo assim, tal limitação destina-se à obtenção de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. Na realidade, envolve tais atos indecorosos praticados contra homem ou contra mulheres, mediante violência, cujo resultado é o abuso à honra, a indignidade. O objeto do constrangimento é qualquer pessoa, pois trata-se de crime comum, uma vez que o termo utilizado pelo legislador é “alguém” (NUCCI, 2014, p.1661).

Além das práticas supracitadas, o constrangimento à alguém, mediante violência ou grave ameaça tem os objetivos complementares, quais sejam: a) ter conjunção carnal; b) praticar outro ato libidinoso; c) permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Desta forma, com a junção dos antigos artigos 213 e 214, que agora forma o artigo 213 e seus parágrafos, o tipo penal passa a abranger não apenas a conjunção carnal, mas também qualquer outro ato libidinoso, inclusive a ameaça, tornando possível assim que a mulher torne-se também sujeito ativo da ação.

Uma vez que o tipo penal refere-se ao ato constranger “alguém”, o crime de estupro passou a ser considerado crime comum, podendo ser praticado e sofrido tanto por homem quanto por mulher.

No sujeito ativo, temos a figura de qualquer um do povo, sendo possível que até o marido seja autor da ação, mediante emprego de violência ou grave ameaça, tendo sua esposa como vítima, superando a tese de que *intra matrimonium* não existe estupro, em face do débito conjugal (ESTEFAM, 2011, p. 184).

Quanto ao sujeito passivo, não há mais a obrigatoriedade que a vítima seja a mulher. Para a configuração de crime, não importa que a vítima seja mulher virgem e honesta; não se exclui a proteção legal da prostituta no crime de estupro (CAPEZ, 2012, p.40). Mesmo antes das alterações, a liberdade sexual já era direito assegurado da mulher e, independia da idade, virgindade, aspecto moral ou qualquer outra qualificação (BITENCOURT, 2012, p.1116). Abolido o posicionamento machista, no que tange o sujeito passivo, a alteração do tipo penal se refere à proteção da dignidade sexual do homem, uma vez que pode ser violentado e ameaçado, em qualquer circunstância, por homem ou por mulher (BITENCOURT, 2012, p.1116).

O tipo objetivo do crime de estupro é o próprio ato de praticar ou permitir que se pratique qualquer ato libidinoso contra a vontade de alguém. Nas palavras de Estefam

O dispositivo contém uma única ação nuclear, trazida no verbo constranger, que significa obrigar alguém a fazer algo contra a sua vontade. O constrangimento deve ser dirigido a obrigar alguém a

praticar ou permitir que com este pratique alguém ato libidinoso (ESTEFAM, 2011, p. 178).

Desta forma, observamos que o estupro é um crime de comportamento único, e não misto como sustentam alguns autores. Para a tipificação do delito, é imprescindível que haja resistência séria, clara e evidente imposta pela vítima, sendo que, basta que manifeste, de qualquer modo, sua divergência quanto ao ato praticado.

Temos como conceito de ato libidinoso qualquer conduta de conotação sexual, ou seja, que trazem à tona a satisfação da lascívia. Fazem parte do rol do típico ato libidinoso a conjunção carnal e quaisquer outros, tais como a masturbação, o coito anal, a felação, o toque ou beijo nas partes prudentes (ESTEFAM, 2011, p. 179).

29

No Código Penal de 1940, estupro era o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, sendo a conjunção carnal caracterizada pela cópula vaginal, representada pela introdução do órgão genital masculino na cavidade vaginal, ou seja, a união da carne. A partir das alterações da Lei 12.015/2009, o estupro passa a ter duas espécies: a) constranger à conjunção carnal; b) constranger à prática de outro ato libidinoso (BITENCOURT, 2011, p. 57-58).

O elemento subjetivo é o *dolo*, ligado à vontade de constranger alguém à conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, utilizando do emprego de violência ou grave ameaça. Anteriormente às alterações de 2009, no artigo 213, o *dolo* era a vontade de constranger alguém e a conjunção carnal era a finalidade específica, embora muitos doutrinadores já defendiam que não havia finalidade específica especial alguma, que apenas a vontade de submeter a vítima à prática sexual já representava suficientemente o *dolo*. Nesta hipótese, ao agente que utilizasse de violência ou grave ameaça a fim de constranger a mulher à ter conjunção carnal, não atuava com finalidade específica alguma; apenas agiria com a consciência e vontade de consumir a ação típica do tipo penal e, com isso, satisfazer sua libido (CAPEZ, 2012, p. 40-41).

Para Nucci, há a presença do elemento subjetivo do tipo específico, sendo a finalidade de obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer a lascívia, sendo a finalidade específico o que difere o estupro do constrangimento ilegal (NUCCI, 2014, p. 1668). Não existe forma culposa.

A consumação do crime de estupro, na modalidade *constranger à conjunção carnal*, se dá pela introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino na cópula vaginal, vale ressaltar que não há necessidade de rompimento da membrana himenal, quando houver, para a caracterizar a consumação. Na modalidade *praticar ou permitir que se pratique outro ato libidinoso*, a consumação ocorre com a efetiva realização do ato libidinoso (BITENCOURT, 2012, p. 1123-1124).

A tentativa do crime em questão é admissível, uma vez que é possível o sujeito ativo dar início à execução e ter sua intenção frustrada por fatores alheios à sua vontade. Pelo fato de ser um crime plurisubsistente, possui o momento inicial, no qual há o emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima e, um segundo momento, de natureza libidinoso, onde o ato de cunho sexual é praticado (ESTEFAM, 2011, p. 185). Sendo assim, ocorre a tentativa quando o agente é impossibilitado de prosseguir a ação após a violência ou grave ameaça.

A ação penal é pública condicionada à representação da vítima, de acordo com a nova disciplina legal, com a exceção do estupro de vulnerável, no qual a vítima possui menos de 18 anos, a ação penal é pública incondicionada. Anteriormente, em regra, utilizava-se a ação penal privada, sendo pública condicionada apenas se a vítima ou seus pais não obtivessem recursos financeiros para prover às despesas do processo ou se o crime fosse cometido com abuso de poder pátrio. As mudanças promovidas que afastaram a ação penal privada têm a finalidade de proteger a intimidade da vítima, evitando um escândalo no decorrer do processo, uma vez que, se a vítima, adulta e capaz, tem intenção de preservar sua intimidade, basta não representar, porém, se o desejar, cabe ao Ministério Público ajuizar ação (NUCCI, 2009, p.61-63). A Lei 12.015/2009 unificou o estupro e atentado violento ao pudor e conferiu legitimidade ao Ministério Público para promover a ação penal, se a vítima concordar em representar.

3. Novos parâmetros apresentados pela lei 12.015/09

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Código Penal de 1940 mostrou-se antiquado e atrasado mediante a evolução da sociedade, em especial a tutela da dignidade sexual, já vinha sendo criticada por muitos doutrinadores.

A dignidade da pessoa humana, para o Direito Constitucional, passou a ser o princípio maior de toda a ordem constitucional

Para os constitucionalistas, a preservação da dignidade da pessoa humana é um princípio geral e também um feixe de bens jurídicos fundamentais. De modo geral, entende-se que o princípio constitucional da dignidade humana compreende o direito de todo homem de ser respeitado como ser humano, ver garantidas a igualdade, a autodeterminação, a defesa de seus demais direitos fundamentais e as condições decentes de vida (FUHRER, 2009, p. 222).

A nomenclatura “dos crimes contra os costumes” se tornou inadequada, era baseada em modelos ultrapassados de observação comportamental da sociedade em geral, uma vez que tais “costumes” representavam uma visão antiga dos hábitos sociais, de certa forma até puritanos da moral vigente. Não havia qualquer critério para estabelecer os parâmetros comuns e denominadores abrangentes para direcionar o foco dos costumes na sociedade (NUCCI, 2009, p. 11).

Até 7 de agosto de 2009, com a criação da Lei 12.015, o legislador seguia inseguro no âmbito da definição do objeto jurídico a ser tutelado nos crimes sexuais, passando pelo patrimônio - uma vez que as primeiras leis contra o estupro tutelavam o patrimônio do proprietário da vítima - a família, os costumes, a moralidade, a liberdade pessoal e a integridade física e psíquica, ou seja, não se tinha encontrado de fato a essência desse delito (FUHRER, 2009, p. 122).

Em 10 de setembro de 2009 a Lei 12.015 entrou em vigor e trouxe alterações substanciais ao Título IV da Parte Especial do Código Penal. O Título que antes tutelava “os costumes” passa a proteger “a dignidade sexual”, atendendo finalmente ao desejo da

doutrina penal, que já criticava a expressão anterior havia tempos, por entender que estava vinculada a uma moral ultrapassada. Com a nova redação, o foco passa a ser a liberdade, a segurança e a integridade física quando relacionada à sexualidade humana (PIERANGELI; SOUZA, 2010, p. 01).

O estupro, que era ato de constranger “mulher” à uma conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça, passou a englobar o atentado violento ao pudor, que estava contido no artigo 214 antes das alterações, que consiste em submeter alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

O artigo 214 foi revogado e artigo 213 ganhou nova redação, sendo a atual: constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Além da junção dos dois artigos, o crime passou a ser comum, podendo ser praticado por homem contra homem, mulher contra mulher, homem contra mulher e mulher contra homem. O constrangimento, que podia ser exercido apenas no que se refere à conjunção carnal, agora atinge qualquer tipo de ato libidinoso (PIERANGELI; SOUZA, 2010, p. 02).

A alteração do Título IV foi positiva, pois passa a constar a “dignidade”, que fornece uma noção de decência, respeitabilidade, um vínculo à honra do ser humano. A associação da “dignidade” ao termo “sexual” faz com que aquela seja inserida no contexto dos atos que tendem à satisfação da sexualidade ou do prazer. Considerando os direitos garantidos invioláveis pelo inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, direito à intimidade, à vida privada e à honra, além do que a atividade sexual é uma necessidade fisiológica para muitos, e não apenas um prazer material, há uma pertinência na tutela penal da dignidade sexual, ou seja, em matéria sexual, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano, assegurando a sua liberdade de escolha nesse sentido, sem qualquer forma de exploração, principalmente quando inclui formas de violência (NUCCI, 2009, p. 14).

As principais alterações promovidas pela Lei 12.015/2009 no Código Penal foram a revogação do artigo 214, tendo seu conteúdo incorporado no artigo 213, fazendo com que a redação atual atingisse toda e qualquer forma de violência sexual com finalidade libidinoso. O estupro passa a ser considerado crime comum, podendo ser praticado por qualquer um do povo e por qualquer meio. O artigo 224, que presumia a violência nos casos de vítima menos de 14 anos, alienada ou débil mental, foi revogado (PIERANGELI; SOUZA, 2010, p. 8 e 32). Porém a presunção da violência continua presente e aparece nos artigos 217-A, 218 e 218-A, todos acrescidos pela Lei 12.015-2009.

3.1 A presunção da violência

A presunção da violência no crime de estupro, até 2009, contido no artigo 224 do Código Penal, e no caso de estupro de vulnerável, o artigo referido combinado com o artigo 213, era considerado inconstitucional por muitos doutrinadores e, com a revogação de tal artigo e a criação do artigo 217-A pela Lei 12.015/2009, a presunção da violência foi substituída pelo termo “vulnerabilidade” (PIERANGELI; SOUZA, 2010, p. 54).

A jurisprudência não tinha um posicionamento unânime, mas a maioria dos julgados do Supremo Tribunal Federal afirmava o caráter absoluto no que se dizia

respeito à presunção absoluta, não sendo analisados, para a tipificação do tipo penal, o consentimento da vítima.

Anteriormente, o Código Penal, em seu artigo 224, previa três hipóteses de que a violência era presumida para que houvesse a configuração dos crimes sexuais, que eram: (a) se a vítima não fosse maior de 14 anos; (b) se fosse alienada ou débil mental, sendo que o agente conhecesse a circunstância; (c) se não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Em tais circunstâncias, a vítima não possuía capacidade para consentir com o ato ou oferecer resistência, por isso havia a chamada violência ficta: “[...] criou-se uma presunção legal do emprego de violência, pois, se não havia capacidade para consentir ou resistir, presumia-se que o ato foi violento. Diferia da violência real, pois nesta havia efetiva coação física ou moral” (CAPEZ, 2012, p. 94).

Com a modificação da Lei, a violência passa a ser presumida, sendo a presunção a elementar da agressão sexual, quando alguém mantém conjunção carnal ou pratica qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos, indivíduo, considerado pela legislação, que não possui o discernimento necessário para a prática do ato, ou por consequência da enfermidade ou deficiência mental, havendo ou não efetiva ameaça ou violência e, mesmo que a vítima tenha consentido (FUHRER, 2009, p. 174).

Desde a modificação e inclusão da vulnerabilidade pela Lei 12.015/2009, há muita discussão doutrinária e jurisprudencial em relação à presunção da violência quando se trata de vítima menor de 14 anos.

A criação do artigo 271-A foi acompanhada pela revogação do artigo 224 do Código Penal, uma vez que todas as condições contempladas no revogado passaram a fazer parte do novo dispositivo, deixando de fazer referência à violência presumida e passando agora a constar as condições da vulnerabilidade da vítima (CAPEZ, 2012, p. 95).

Tratando-se da vulnerabilidade em si, considera-se vulnerável qualquer pessoa que se encontre em situação de perigo ou fragilidade. No caso do artigo em questão, a lei não se refere à capacidade de consentir ou à maturidade da vítima, mas sim ao fato de se encontrar em situação de fraqueza (CAPEZ, 2012, p. 95). Neste ponto, não há como se discordar que a sanção para casos de estupro contra vulnerável deve ser potencializada. Porém, é necessário que haja uma análise de tal vulnerabilidade, principalmente no que tange a presunção absoluta nos casos em que a lei estabelece limite de idade.

Há aqueles que defendem a presunção da violência, por alegarem que a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos atenta contra a dignidade sexual da vítima.

Quando nos deparamos com as elementares de tipo expressas no tipo penal do artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, podemos observar que não há necessidade em se falar de violência ou grave ameaça para que haja tipicidade formal no delito de estupro contra vulnerável, como ocorre no artigo 213 (PEZZOTTI, 2011, p.1). Após a reforma proposta pela Lei 12.015 em 2009, a expressão “presunção” saiu do cenário no que se diz respeito às circunstâncias do crime de estupro de vulnerável. Apenas a prática de qualquer espécie de ato libidinoso com menor de 14 anos, ainda que com o consentimento da vítima, já é suficiente para que a presunção seja considerada. O que se fala agora não é mais em presunção da violência, mas vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos.

O valor contido na norma é na perspectiva de que a conduta de praticar atos libidinosos, mesmo consentidos, com menor de 14 anos, atenta contra a dignidade sexual da vítima, considerando a sua vulnerabilidade e seu discernimento ainda em formação. A

presunção conferida pela lei passa a ser a vulnerabilidade do sujeito passivo e não mais o emprego de violência ou grave ameaça (PEZZOTTI, 2011, p.1)

A jurisprudência do STF e STJ segue, em sua maioria, no sentido de que trata-se de presunção absoluta de vulnerabilidade, uma vez que deve-se considerar a imaturidade da vítima, sendo que não possui discernimento para administrar sua vida sexual:

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE MENOR DE 14 ANOS (CP, ART. 213, C/C ART. 224, "A"). PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ERRO DE TIPO. TEMA INSUSCETÍVEL DE EXAME EM HABEAS CORPUS, POR DEMANDAR APROFUNDADA ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINAR. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ALEGADOS. PLEITO PREJUDICADO. 1. O bem jurídico tutelado no crime de estupro contra menor de 14 (quatorze) anos é imaturidade psicológica, por isso que sendo a presunção de violência absoluta não pode ser elidida pela compleição física da vítima nem por sua anterior experiência em sexo. Precedentes: HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 14/04/08, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, 2ª Turma, DJ de 17/08/01 e HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 30/04/10). 2. A alegação de erro de tipo, fundada em que a vítima dissera ao paciente ter 18 anos de idade e que era experiente na atividade sexual, é insuscetível de exame em habeas corpus, por demandar aprofundada análise dos fatos e das provas que o levaram a acreditar em tais afirmações. 3. In casu, o paciente manteve relação sexual, mediante paga, com menina de 12 (doze) anos de idade, que lhe dissera ter 18 (dezoito) anos, foi absolvido em primeira e segunda instâncias e, ante o provimento de recurso especial do Ministério Público, afastando a atipicidade da conduta e determinando ao TJ/RS que retomasse o julgamento da apelação, com o exame dos demais argumentos nela suscitados, restou condenado a 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto. 4. A premissa de que a vítima dissera ao paciente ter 18 (dezoito) anos de idade, em acentuada desproporcionalidade com a idade real (12 anos), e que serviu de fundamento para indeferir a liminar nestes autos, foi extraída da própria inicial, não cabendo falar em contradição e obscuridade nos embargos de declaração opostos contra a referida decisão, com o escopo de esclarecer que o apurado na ação penal conduzia a que a menor aparentava ter 14 anos, o que favoreceria a tese do erro de tipo. 5. De qualquer sorte, e em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a violência no crime de estupro contra menor de 14 é absoluta, não tem relevância para o deslinde do caso se a vítima aparentava ter idade um pouco acima dos quatorze anos ou dos dezoito anos

que afirmara ter. 6. Ordem denegada, restando prejudicados os embargos de declaração opostos da decisão que indeferiu a liminar.³

Contudo, o entendimento doutrinário majoritário tem sido diverso, pois argumenta-se que a presunção da vulnerabilidade vai contra o princípio da presunção da inocência, proposto pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, uma vez que a presunção da violência exclui a possibilidade do exercício do princípio do contraditório e ampla defesa.

O consentimento do ofendido tem substancial importância no âmbito dos crimes sexuais, uma vez que nos crimes sexuais “o dissenso da vítima é a base de construção de todo injusto típico”. Em relação ao consentimento da vítima no direito sexual, Rassi afirma que o “seu consentimento, por outro lado, quando exercido dentro das condições de validade e sem qualquer vício, produz a exclusão típica” (D’ELIA *apud* RASSI, 2014, p. 75).

Não se pode excluir a vontade da vítima, sem analisar o caso em concreto, com o simples argumento de que esta não pode ser responsabilizada por sua consciência por ser menor de 14 anos. O consentimento, mesmo da vítima com pouca idade, deve ser analisado com o caso como um todo.

Em relação à relativização da vulnerabilidade e as posições doutrinárias, veremos com mais afinco em momento posterior deste estudo.

3.2 Reflexos das alterações

A Lei 12.015/2009 promoveu uma mudança radical tanto na redação do tipo penal do crime de estupro quanto na essência. A redação anterior trazia: Estupro – Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão de seis a dez anos. Atentado ao pudor – Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena – reclusão, de seis a dez anos.

Durante muitos anos, diversos doutrinadores sustentavam a teoria de que os tipos penais de estupro e de atentado ao pudor deveriam ser fundidos, por razões práticas e lógicas, além de que estavam parados no tempo, sem atender por completo aos anseios da sociedade.

Havia um confronto entre a tentativa de estupro e a sua desistência voluntária. Havia um entendimento de que os atos libidinosos eram considerados preparatórios da conjunção carnal forçada, por isso a dificuldade de diferenciá-los do crime de estupro (FUHRER, 2009, p. 142).

Somente com a modificação proposta em 2009, com a junção dos dois artigos supracitados, sendo que ambos os textos passaram a integrar o artigo 213, é que essa dubiedade acabou pondo fim ao paradoxo em que caminhavam aqueles que se entregavam ao estudo dos chamados crimes sexuais violentos, atualmente nomeados “crimes contra a dignidade sexual”.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, HC 109.206/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento 18/10/2011, publicado DJe 14/11/2011.

A Lei 12.015/2009 modificou a redação do Capítulo II do Título IV do Código Penal, que trazia “da sedução e da corrupção de menores”, para “dos crimes sexuais contra vulnerável”, revogando o artigo 217 e acrescentando o artigo 217-A, que é a junção dos artigos 213, 214 e 224, qual seja o estupro ou atentado violento ao pudor com a incidência de presunção de violência, ganhando agora o seu próprio tipo (PIERANGELI; SOUZA, 2010, p. 53-54).

Em sua versão original, o Código Penal vigente estabelecia a presunção de violência nos crimes cometidos contra vítima menor de 14 anos, alienada ou débil mental, ou que não poderia oferecer resistência. A nova Lei modificou a estrutura do Código a fim de inserir a figura do estupro de vulnerável, além da substituição das palavras “alienada ou débil mental” por enfermidade ou deficiência mental”, expressões que ampliam o conteúdo da motivação para a elevação da sanção penal. (PIERANGELI; SOUZA, 2010, p. 54).

No cenário dos crimes contra a dignidade sexual, ainda há muito que se possa fazer. O preconceito e o machismo vem, aos poucos, desaparecendo dos tipos penais, como podemos perceber no atual artigo 213, que versa sobre o estupro e o atentado ao pudor, que hoje alcança tanto a mulher quanto o homem como vítima.

A alteração do enunciado do Título IV foi muito positiva para a atualização do tipo penal, para que estivesse de acordo com a realidade social, passando a constar “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

O termo “dignidade” oferece uma noção de decência, compostura, respeitabilidade, pudor, moralidade, enfim, algo vinculado à honra do ser humano. Ou seja, busca-se proteger a honra do ser humano no que se diz respeito à matéria sexual, garantindo ao indivíduo a liberdade de escolha, sem qualquer forma de exploração, principalmente quando envolver formas de violência. Desse mesmo modo, volta-se especial atenção ao desenvolvimento sexual do menor de 18 anos, e mais ainda, do menor de 14 anos, com a premissa de que a dignidade da pessoa humana, contida no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, abrange a dignidade sexual, necessitando de especial proteção (NUCCI, 2009, p. 13-14).

4. A relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos

Desde 2009, a tutela penal no campo sexual vem sendo tratada com maior zelo em relação às vítimas incapazes de externar seu consentimento racional e seguro de forma plena. A combinação dos artigos 213, 214 e 224 do Código Penal ocasionou a tipificação do estupro de vulnerável, presente no artigo 217-A. considera-se violenta a relação sexual do agente ativo com agente passivo menor de 14 anos, mesmo que com consentimento da vítima. A partir daí, inicia-se a discussão em relação à qualidade da presunção de violência, se absoluta ou relativa (NUCCI, 2009, p.34).

Importante salientar que o debate acerca da relativização da vulnerabilidade gira em torno apenas do menor de 14 anos, justamente por consequência do limite de idade imposto pela Lei. Não há o que se falar a respeito da vulnerabilidade e falta de poder de discernimento de vítimas com enfermidade ou deficiência mental e naqueles casos em que se encontra de alguma forma fragilizada, incapaz de oferecer resistência.

Mesmo após as mudanças proferidas pelas Lei de 2009, o legislador persiste em usar os mesmos enunciados que foram utilizados pelo legislador em 1940 para presumir a

violência sexual, sendo que o legislador anterior utilizou-se da transparência ao destacar expressamente as causas que levariam à presunção da violência, enquanto que no ordenamento jurídico atual, o legislador contemporâneo utiliza o termo disfarçadamente, com a intenção de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei (BITENCOURT, 2012, p. 1153).

Da mesma forma, Nucci defende que os debates doutrinários nunca cessarão, mesmo com as alterações clamadas pelos próprios doutrinadores:

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto de anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura de vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma sendo absoluta ou relativa (NUCCI, 2009, p. 37).

36

Com a mudança do tipo penal, o legislador estabelece que os vulneráveis, menores de 14 anos, não poderiam aceitar a relação sexual, uma vez incapazes para tanto, presumindo-se assim que tivessem sido obrigadas a praticar tal ato. Sendo assim, a conduta do agente seria violenta, mesmo que de forma indireta. Tal posicionamento gerou muita polêmica, pois em Direito Penal não é fácil se aceitar qualquer tipo de presunção contra os interesses do réu, uma vez que ofende o princípio da presunção da inocência até a sentença condenatória definitiva. A presunção da violência nada mais é do que uma suposição, e esta se trata da falta de capacidade de compreender a gravidade da relação sexual (NUCCI, 2014, p.1710).

Barros é categórico em afirmar que a vulnerabilidade deve ser relativa, baseando na realidade social atual em que nos encontramos. Afirma que a culpa presente no Direito Penal é incompatível com as presunções absolutas, quaisquer que sejam. Sendo assim, a vulnerabilidade é relativa pois, atualmente, considerar que um indivíduo menor de 14 anos é absolutamente vulnerável, presumindo que este não tenha ideia mínima do que seja uma relação sexual, é abstrair dissimuladamente a realidade moderna.

É defendida a boa vontade do legislador ao penalizar com maior vigor os crimes sexuais cometidos contra vulneráveis, uma vez que, de fato, merecem uma tutela penal especial e diferenciada, levando em consideração a rede de pedófilos que se espalha cada vez mais na nossa sociedade, sendo ainda mais difundida com as facilidades que as redes sociais oferecem.

Também é preciso levar em consideração o fato de que uma relação sexual com uma criança de pouca idade, como cinco ou seis anos, é tão perversa quanto a conjunção carnal cometida com mulher adulta mediante violência real:

O que estou defendendo é uma questão jurídica, pois, ao meu sentir, caso a punição advenha apenas do contato sexual com a pessoa vulnerável, estaríamos consagrando em nosso direito a temerária responsabilidade penal objetiva, em que o agente ativo responde

pelo delito independentemente de ter agido com dolo ou culpa (BARROS, 2010, p.1).

No Direito Penal moderno, a responsabilidade é subjetiva e o dolo e a culpa devem ser comprovados, e não presumidos. A presunção da culpabilidade no crime de estupro foi combatida durante anos para que deixasse de constar no Código Penal de maneira plena, e não disfarçada com a finalidade de expandir proteção de menor de 14 anos.

Por muitos anos não houve um consenso entre doutrina e jurisprudência à respeito da presunção de violência prevista no artigo 224, particularmente em relação aos menores de 14 anos, se era absoluta ou relativa. Houvera várias decisões de tribunais que, ao analisar situações envolvendo menores de 14 anos e prostituição, acabavam por absolver o réu, afastando a presunção da violência, a vulnerabilidade (NUCCI, 2014, p. 1711). Assim sendo, estaríamos nos referindo a uma presunção relativa, uma vez que deve ser analisado o caso em concreto.

Com a alteração do tipo penal do estupro de vulnerável, podemos observar que o legislador continua incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento da sociedade, principalmente no que diz respeito à criança e ao adolescente (NUCCI, 2014, p. 1712).

Ainda hoje, apesar do posicionamento majoritário de que a vulnerabilidade deve ser relativa, ainda há quem vai em sentido diverso, e defende que a vulnerabilidade deve ser absoluta, condenando o agente que mantém conjunção carnal com o menor de 14 anos, ainda que com o consentimento deste e sem ao menos analisar a realidade social que vive a vítima.

O Código Penal, ao aferir a idade de “menor de 14 anos” ao vulnerável, não encontra-se em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 2º - 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. A partir daí, não há coerência em manter em tela a idade de 14 anos. No campo dos crimes sexuais, a tutela penal deve ser absoluta ao se tratar de criança, qual seja menor de 12 anos, porém relativa quando diz respeito ao adolescente, aquele maior de 12 anos e menor de 18 anos; haveria desta forma uma análise em conjunto do sistema legislativo (NUCCI, 2014, p. 1712).

O legislador encontra-se paralisado na idade de 14 anos no que diz respeito aos atos sexuais. É necessário acompanhar a evolução da sociedade. O entendimento do Código Penal e do Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser unificado e estendido ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais, e não é o que tem sido feito, fazendo com que permaneça o debate acerca da vulnerabilidade (NUCCI, 2009, p. 37-38).

Não só na doutrina houve controvérsia sobre a natureza absoluta ou relativa da presunção de violência no crime de estupro contra vulnerável. Apesar de, em determinados momentos, haver predominância na jurisprudência, tal questão nunca foi mitigada. Mesmo com as modificações oriundas da Lei 12.015/2009, os julgados anteriores à lei continuam a despertar debates (D’ELIA, 2014, p. 146).

Decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal em 1996, que absolveu rapaz que mantinha relações sexuais uma menor de 14 anos, tornou-se polêmico e até hoje motivam decisões:

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea a, do Código Penal⁴

Apesar das inúmeras críticas, o julgado acima foi, e ainda é nos dias atuais, meio de sustentação para ambas as teses, os que defendem o caráter relativo da vulnerabilidade, utilizando-se do entendimento do relator Marco Aurélio e, os que são favoráveis ao caráter absoluto desenvolvem teses paralelas aos votos vencidos (D'ELIA, 2014, p. 148).

Merece destaque parte do voto no relator Ministro Marco Aurélio, que dispôs que a presunção não pode ser absoluta, deve render-se às particularidades de cada caso em questão, ou seja, no caso do acórdão supracitado, assim como em muitos casos que ocorrem, a vítima de apenas 12 anos de idade, além de aparentar mais idade do que possuía, bem como seu comportamento impudico, saía pela noite e gozava de um histórico de relações sexuais com diversos rapazes, fato este que era de conhecimento público e, inclusive, constou em seu depoimento.

O Ministro reconheceu a relatividade da presunção da violência que, na época era legislada pelo artigo 224 do Código Penal:

Nos nossos dias 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. [...] A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça de informações,

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, HC 73.662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 21/05/1996, publicado DJe 20/09/1996, pp 34535.

não as selecionando se quer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança.⁵

Ora, se na década de 90 já se falava em reconhecimento da modificação dos costumes, não há o que se falar dos tempos atuais. Não só a mídia e outros meios de comunicação, mas também o convívio social, a realidade em que vive cada jovem contribui para sua formação e amadurecimento, muitas vezes adiantado, se é que podemos considerar precoce comportamento de adolescentes de 14 anos.

Desta forma, conclui-se que a presunção da vulnerabilidade deve ser considerada relativa, recomendando avaliação casuística.

4.1 O consentimento do menor

A teoria do consentimento é considerada tema principal para o estudo dos crimes sexuais. Só é possível obter a real necessidade de criminalização e de proteção das vítimas por intermédio do consentimento e da sua validade (D'ELIA, 2014, p. 64).

Ao considerar a vulnerabilidade do menor de 14 anos com absoluta e, por consequência, invalidar sua vontade, seu consentimento, ofende os princípios do artigo 5º da Constituição Federal. Além de tudo, princípios como o do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da presunção da inocência devem ser observados, fato que não ocorre no ato de condenar agente sem que sejam analisadas as circunstâncias do caso em concreto.

Da figura da vítima no Direito Penal, são extraídos alguns elementos significativos para a responsabilidade penal, assim como para a própria criminalização de condutas de sua consideração, como por exemplo o sofrimento do sujeito passivo, a necessidade de proteção, os seus direitos, além da própria conduta e a contribuição para o acontecimento delituoso que, apesar de injusto, pode até mesmo não ser considerado ilegal, fato este que, inclusive, podemos verificar em alguns delitos sexuais envolvendo vítimas vulneráveis (D'ELIA, 2014. p.65)

Quando trata-se de sexualidade da criança e do adolescente, é sempre abordada de forma que evidencie sua violação, o abuso, a exploração sexual, sempre colocando-as no papel de vítima. Desta forma, a aceitação da sexualidade dos menores torna-se cada vez mais difícil.

Não podemos deixar de reconhecer que incidência da violação sexual e abuso de menores está cada vez mais presente na sociedade, e para esta conduta delituosa, é necessário legislar com um pouco mais de cautela, por se tratar da dignidade da pessoa humana da criança e do adolescente. Porém, não podemos afastar o direito de autodeterminação do jovem.

A partir dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, temos o Direito Penal como a *ultima ratio*, ou seja, o último recurso a ser utilizado com a intenção de

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, HC 73.662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 21/05/1996, publicado DJe 20/09/1996, pp 34535.

solucionar conflitos. Na esfera dos delitos sexuais contra vulneráveis, ao desconsiderar a vontade do indivíduo e tornar a vulnerabilidade absoluta, penalizando indiscriminadamente indivíduo que venha a ter relações sexuais com menores de 14 anos, o Direito Penal ignora o princípio da intervenção mínima e atravessa os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Partindo de outro princípio, o próprio Código Penal, na redação do seu artigo 59, aponta que o comportamento da vítima é considerado circunstância judicial a ser avaliada pelo juiz, o que pode influenciar na dosimetria da pena. Tal artigo contribui com a linha de raciocínio de que o comportamento da vítima influi na prática delituosa.

No caso do estupro de vulnerável, o comportamento a vítima que é, no caso, seu consentimento, contribui para que não haja tipicidade, sendo assim, não há conduta delituosa “seu consentimento, por outro lado, quando exercido dentro das condições de validade e sem qualquer vício, produz a exclusão típica” (RASSI *apud* D’ELIA, 2014, p. 75).

O consentimento do ofendido pode ser interpretado como concordância e aceitação, ou seja, que a vítima permite a conduta do agente. Desta forma, é importante analisar o consentimento sob a premissa da tipicidade e da antijuridicidade, com o intuito de encontrar conceitos para delimitar o espaço de atuação do consentimento nos crimes contra a dignidade sexual, em especial os tipos que incluem a figura do vulnerável (D’ELIA, 2014, p. 80).

Podemos observar que, no caso do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável, a vontade do indivíduo protegido e o âmbito da proteção da norma jurídica entram em conflito, pois, no momento em que o indivíduo dispõe da proteção da sua dignidade sexual, há uma afetação no bem jurídico. Se analisarmos o ordenamento jurídico, em que a carta constitucional deve ser garantida acima das demais, em especial os direitos fundamentais, poderemos observar que, antes da tipificação penal, deve ser levada em consideração o direito à autodeterminação do indivíduo.

4.2 Consentimento casuisticamente relativizado

Alguns doutrinadores defendem que, antes de tudo, deve ser observado o princípio da adequação social, pela qual se analisa o caso em concreto de acordo com a realidade social do ofendido.

A presunção absoluta de vulnerabilidade é a chamada *iure et iure*, ou seja, que não é aceita prova em contrário; enquanto a presunção relativa é a *juris tantum*, que deve ser analisada casuisticamente e, deve ser comprovada.

O consentimento do indivíduo, seja ele menor de 14 anos ou não, deve ser analisado de forma relativizada, de forma que a vulnerabilidade deve ser comprovada.

Nucci questiona se é possível considerar um jovem de 13 anos absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser invalidado, mesmo que tenha experiências anteriores comprovadas; ou ainda se poderia ser considerada vulnerabilidade relativa em determinados casos, analisando o grau de consciência para a prática sexual. Ainda afirma que a lei não pode modificar a realidade e tampouco afastar a aplicação dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade (NUCCI, 2009, p. 37).

Para ilustrar a necessidade da análise casuística do consentimento do ofendido e da presunção da violência, podemos observar o acórdão abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OCORRÊNCIA DE RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS. O conjunto probatório revela que a vítima, à época dos fatos com 12 (doze) anos de idade, e o réu mantiveram relacionamento amoroso com a prática de atos sexuais consentidos. II - VIOLÊNCIA PRESUMIDA RELATIVIZADA. ABSOLVIÇÃO. A presunção de violência deve ser analisada casuisticamente, à luz de suas particularidades, buscando aferir o grau de maturidade e desenvolvimento mental da suposta vítima. Destarte, pode ser relativizada, conforme o caso concreto, cedendo espaço a situações em que os atos sexuais foram consentidos, sem derivação de violência ou grave ameaça. Por consequência, a conduta não se amolda a qualquer previsão típica, impondo, assim, a absolvição com fulcro no art. 386, inc. III do Diploma Processual Penal. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA DE MENOR DE 14 ANOS. 1 - DEMONSTRAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS. O conjunto probatório está a revelar que a adolescente, à época dos fatos com 13 anos de idade e o réu mantiveram relacionamento amoroso as escondidas advindo atos sexuais consentidos. 2 - VIOLÊNCIA PRESUMIDA RELATIVIZADA. A presunção de violência deve ser analisada casuisticamente, à luz de suas particularidades, buscando aferir o grau de maturidade e desenvolvimento mental da suposta vítima. Assim, pode ser relativizada, conforme o caso concreto, cedendo espaço a situações em que os atos sexuais foram consentidos decorrentes de relação afetivo-sexual, sem derivação de violência ou grave ameaça. Por consequência, a conduta não se amolda a qualquer previsão típica, impondo, assim, a absolvição com fulcro no art. 386, inc. III do Diploma Processual Penal.⁶

Neste sentido, nota-se que a questão da vulnerabilidade e o poder de consciência para o consentimento do indivíduo menor de 14 anos são questões ainda em estudo pela doutrina e que não possuem uma segurança jurídica.

5. Considerações finais

É fato que os vulneráveis necessitam de uma tutela penal diferenciada, especial, mas antes de tudo é necessário identificá-los diante das possibilidades divergentes apontadas pela legislação. A discussão tem início na questão da faixa etária delimitada pelo

⁶ Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Apelação criminal, Rel. Des. Leandro Crispim, publicado DJGO 13/06/2014, seção I, p. 287.

Código Penal, se é possível o legislador estipular que o indivíduo passa a possuir consciência da sua vontade a partir da contagem de anos de vida.

Porém, independente da fixação etária, nos voltamos à questão da vulnerabilidade relativizada, uma vez que, se considerada relativa, analisando o caso concreto – experiências vivenciadas, meio social no qual está inserida, influências externas relacionadas tanto a outros indivíduos quanto a mídia em geral – se faz desnecessária a discriminação de menores de idade e menores de idade vulneráveis.

Não se pode criar uma fórmula geral para o ser humano, pois cada indivíduo possui uma constituição única. Algumas crianças amadurecem mais cedo, outras mais tarde, meninas de 12 anos podem ser consideradas mulheres em determinadas circunstâncias enquanto adolescentes de 14 podem ser infantis em outra realidade.

A questão dos crimes sexuais deve ser tratada com maior cautela e penalização mais severa no caso de menores de idade, porém não é possível conglobar o menor como vulnerável em toda e qualquer situação.

A relativização da vulnerabilidade não consiste no afastamento da figura do texto legal, uma vez que não a desconsidera, apenas a torna passível de análise e de prova, para que sejam resguardados a dignidade da criança e do adolescente, bem como seus direitos e suas vontades.

8. Referências bibliográficas

BARROS, Francisco Dirceu. Vulnerabilidade nos novos delitos sexuais. **Carta Forense**, 2 mar. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 (v. 4).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 (v. 1).

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 de jun. 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm. Acesso em: 22 de jun. 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 22 de jun. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, HC 109.206/RS, Rel. Min. Luiz Fux**, julgamento 18/10/2011, publicado DJe 14/11/2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20760039/habeas-corpus-hc-109206-rs-stf>. Acesso em: 22 de jun. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, HC 73.662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio**, julgamento 21/05/1996, publicado DJe 20/09/1996, pp 34535. Disponível

em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>. Acesso em: 22 de jun. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Apelação criminal, Rel. Des. Leandro Crispim**, publicado DJGO 13/06/2014, seção I, p. 287. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/71766952/djgo-secao-i-13-06-2014-pg-287>. Acesso em: 22 de jun. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito penal: parte especial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (v.3).

D'ELIA, Fábio Suardi. **Tutela penal da dignidade sexual e da vulnerabilidade**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte especial** (arts. 184 a 285). São Paulo: Saraiva, 2011 (v.3).

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015/2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **O crime de estupro de vulnerável à luz do princípio da ofensividade e da teoria da tipicidade conglobante**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19667/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-a-luz-do-principio-da-ofensividade-e-da-teoria-da-tipicidade-conglobante/1>. Acesso em: 22 de jun. de 2015.

PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. **Crimes sexuais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.