



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS

APÓS A LEI 12.105/2009

LUCIVÂNIA FAGUNDES DE SANDES

ORIENTADOR: MÁRCIO CÉSAR FONTES SILVA

ARACAJU

2018

LUCIVÂNIA FAGUNDES DE SANDES

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS

APÓS A LEI 12.105/2009

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo
- Apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção de grau de
bacharel em Direito.

Aprovado em ____ / ____ / ____

Banca Examinadora

Professor Márcio César Fontes Silva

Universidade Tiradentes

Professor Examinador

Universidade Tiradentes

Professor Examinador

Universidade Tiradentes

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS

APÓS A LEI 12.105/2009

Lucivânia Fagundes de Sandes¹

RESUMO

O presente trabalho possui o objetivo de analisar a natureza jurídica da vulnerabilidade do indivíduo menor de quatorze anos, termo previsto o art. 217 -A do Código Penal, com o fito de verificar a possibilidade de se admitir provas em contrário ou se a idade da vítima por si só é capaz de caracterizar a vulnerabilidade e por consequência, o crime de estupro de vulnerável. Para isso, será realizada uma pesquisa na doutrina e jurisprudência e uma análise crítica destas para averiguar a possibilidade ou não de haver a relativização da vulnerabilidade do acusado nos crime de estupro de vulnerável pois, a mudança no artigo em comento através da Lei 12.015/2009 não foi capaz de pôr fim às discussões acerca da possibilidade de relativizar esta vulnerabilidade uma vez que sendo esta adotada como absoluta porá em xeque diversos princípios constitucionais. Após, será analisada a recente Lei 13.718/2018 e seus aspectos que também alterou dispositivos do Código Penal, tipificando mais uma conduta, tornando crime a divulgação de imagens que contenham estupro de vulnerável. Após, será analisada a recente Lei 13.718/2018 e seus aspectos que também alterou dispositivos do Código Penal, tipificando mais uma conduta, tornando crime a divulgação de imagens que contenham estupro de vulnerável.

Palavras-chaves: Vulnerável, estupro, relativização, criança, adolescente.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the legal nature of the vulnerability of the individual under the age of fourteen, provided for in art. 217 -A of the Criminal Code, in order to verify the possibility of admitting evidence to the contrary or if the age of the

¹ GRADUANDA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT; E-MAIL: lucivanasandes@hotmail.com

victim per se is capable of characterizing the vulnerability and consequently, the crime of rape of vulnerable. To do this, a research on the doctrine and jurisprudence and a critical analysis of these will be carried out to investigate the possibility or not of the relativization of the vulnerability of the accused in the crime of rape of vulnerable because, the change in the article in comment through Law 12.015 / 2009 was not able to put an end to the discussions about the possibility of relativizing this vulnerability once it is adopted as absolute, it will put in question several constitutional principles.

Key- words: Vulnerable, rape, relativization, child, adolescent

1. INTRODUÇÃO

A nova Lei 12.015/09 trouxe importantes modificações no Título VI do Código Penal brasileiro, cujo qual, trata de “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, que antes possuía era intitulado “Dos Crimes Contra os Costumes”, passando a criar novas tipificações penais e unificando aqueles já existentes, com o objetivo de torná-los adequados à nova conjuntura social brasileira podendo, assim, dirimir as divergências contidas nas doutrinas e jurisprudências do Brasil que existiam por conta da interpretação das leis.

Foi introduzido ao diploma legal o “estupro de vulnerável” passando a ocupar o art. 217-A do aludido código. Tal tipo penal é uma junção e combinação dos antigos arts. 213 e 214, atentado violento ao pudor e o art. 224, já revogado, que segundo a antiga redação do código penal, tratava da “presunção de violência”, que possuía uma natureza bastante controversa, parte da doutrina afirmava ser absoluta e outra parte rezava pela relativização do tipo.

Com o objetivo de estancar a divergência acima citada, o novo tipo penal do art. 217-A trocou o termo “presunção” por “vulnerabilidade”.

Porém, em que pese o preceito primário do art. 217-A ser taxativo ao tornar crime a conduta de “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” , muitos doutrinadores, entre eles Guilherme Nucci e Cezar Bittencourt prezam pela relativização da vulnerabilidade, levando em consideração o caso concreto, o grau de instrução e de maturidade do ofendido.

Assim, frente as posições doutrinárias e as decisões dos Tribunais, nasce a problemática quanto a natureza absoluta ou relativa da vulnerabilidade, principalmente no que tange às vítimas que são menores de quatorze anos e suas relações com os princípios da Constituição Federal, enfaticamente o do contraditório e o princípio da ampla defesa, devendo, sempre, analisar sob o enfoque do também princípio da intervenção mínima e da ofensividade para que o direito penal continue sendo *ultima ratio*.

Desta feita, este trabalho tem objetivo específico de averiguar o conceito de vulnerabilidade, e analisar se no caso concreto a idade de vítima menor de quatorze anos é suficiente para caracterizar a sua vulnerabilidade.

2. CONCEITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O tipo penal trazido no art. 217-A do Código Penal, 'Estupro de Vulnerável', foi implementado no ordenamento jurídico pátrio através da Lei 12015/2009 que é a junção dos artigos 213 e 214, ambos do Código Penal, estupro e atentado violento ao pudor, respectivamente, conforme redação anterior do Código Penal de 1940.

O conceito deste novo tipo penal torna crime a conduta de ter conjunção carnal ou realizar a prática de qualquer outro ato libidinoso com menores de 14 (catorze) anos, a novel tipificação penal traz como pena reclusão de 8 (oito) a 15 (doze) anos, há de se notar que tal pena é mais gravosa àquela anteriormente relacionada ao crime de estupro.

Comete o mesmo crime aquele que ter conjunção carnal ou ato libidinoso com aqueles que seja por enfermidade ou deficiência mental não possua total discernimento para a prática de tais atos como também contra àquele que não consiga oferecer resistência ao agente delituoso.

O artigo 217-A e se § 1º do Código Penal possuem a seguinte redação *ipsis litteris*:

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

Desta feita é possível perceber que a conduta tipificada no dispositivo supra e no art. 213 do Código Penal são iguais, realizando a junção da conjunção carnal com o ato libidinoso, que antes era tipificado pelo extinto crime de atentado violento ao pudor.

Conforme leciona Luiz Regis Prado:

Ato libidinoso, também elemento normativo extrajurídico, é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência. Como exemplo de atos libidinosos podem ser citados: *fellatio* ou *irrumatio in ore*, *cunnilingus*, *pennilingus*, *annilingus* (casos de sexo oral ou lingual); coito anal, penetração *interfemora*; masturbação; toques e apalpadelas no corpo ou membros inferiores da vítima; contemplação lasciva; contatos voluptuosos, uso de instrumentos mecânicos ou artificiais, entre outros. (PRADO, 2014, p. 1047)

Porém, o novo tipo penal faz proibição a prática de relação sexual com aqueles que sejam vulneráveis, ou seja, aqueles que são menores de 14 (catorze) anos ou que seja incapaz de consentir a prática deste ato por não possuir suas perfeitas faculdades mentais, revogando, a hipótese de presunção de violência, antes contida no extinto art.224 do Código Penal.

Ademais, diferente do crime de estupro que para sua caracterização necessitava do constrangimento, não se faz necessário para tipificar a conduta do art. 217-A o emprego da violência ou grave ameaça do agente delituoso.

Neste diapasão é importante transcrever o que aduz Rogério Grecco:

O núcleo *ter* previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo *constranger*, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, *conjunção carnal*, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não terem sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima (...) (GRECCO, 2012, p. 533)

Contudo e imperioso esclarecer que o o estupro de vulnerável não é uma espécie do crime estupro, uma vez que no estupro de vulnerável não necessita do o constrangimento da vítima.

Os parágrafos 3º e 4º do art. 217-A do Código Penal preveem a qualificação do estupro de vulnerável pelo resultado da lesão corporal grave e morte, observando que estes resultados têm que advir da prática do estupro.

Uma corrente doutrinária brasileira se posiciona no sentido de entender que as qualificadoras acima transcritas somente se aplica com a culpa, ou seja, quando a morte ou a lesão corporal grave não forem intencionais e nem o risco de sua produção a ser assumido pelo agente delituoso, trata-se, então de crimes preterdolosos.

Em que pese ser este um entendimento minoritário, essas qualificadoras devem existir ainda que o resultado mais grave seja fruto de dolo, em virtude da aplicação do princípio da razoabilidade, isso se dá porque na hipótese de aplicação do concurso material ou formal impróprio de crimes dolosos, a pena final poderia ser menor àquelas com a aplicação das qualificadoras, logo, restaria por ter o crime culposos uma pena mais gravosa do que os crimes dolosos.

É imperioso registrar que a Lei 12.015/09 encerrou a discussão da doutrina e jurisprudência quanto o caráter hediondo do estupro de vulnerável sem o uso de violência ou grave ameaça, incluindo-o, então, no rol taxativo do art. 1º da Lei 8.072/90.

2.1 Sujeitos no Crime de Estupro de Vulnerável

No crime de estupro de vulnerável qualquer pessoa pode figurar o polo ativo, tendo a possibilidade deste este crime cometido contra pessoas do mesmo sexo. Contudo, apesar do gênero feminino e masculino poderem ser autores do crime de estupro, se faz necessário a diversidade do gênero para que o estupro seja configurado, ante a realização da conjunção carnal e para a prática de atos libidinosos a diversidade de gêneros não se faz necessária.

Cabe salientar que é possível o concurso de agentes no crime de estupro de vulnerável, traduzindo-se, assim, em concurso eventual e não concurso necessário, vez que o tipo penal em questão não determina uma quantidade de pessoas como condição *sine qua non* para sua execução.

Ocorrerá o aumento da pena prevista no art. 226, II, IV, inovação da Lei 13.178/2018; § 1º do art. 218-C, também trazido pela Lei 13.718/2018; do Código Penal nos casos em que o agente delituoso for ascendente, madrasta, padrasto, tio, irmão, companheiro, cônjuge, curador, preceptor, tutor, ou quem tiver autoridade sobre a vítima em razão da alta reprovabilidade do ato uma vez que se pressupõe que estas pessoas tem o dever de guarda e ou cuidado para com a vítima.

Com relação ao sujeito passivo, este deve ser uma pessoa menor de 14 (catorze) anos, com algum tipo de enfermidade ou qualquer deficiência mental que o impeça de ter discernimento para praticar os atos previstos no tipo penal bem como para ter algum tipo de reação de resistência.

É possível verificar que o legislador utilizou-se do critério idade para identificar a vulnerabilidade da vítima como também a ausência de faculdades mentais para a prática do ato sexual por ser enfermo ou possuir alguma deficiência mental, desta feita para constatar a vulnerabilidade se faz necessário o aspecto biológico como também o aspecto psicológico, devendo a vítima ser objeto de um estudo para averiguar ate que ponto a enfermidade ou a deficiência o torna incapaz para consentir atos da natureza aqui tratados.

Ao final, quando a vítima é impossibilitada de ofertar qualquer tipo de resistência configurar-se-á o tipo penal estupro de vulnerável.

2.2 O Bem Juridicamente Tutelado e o Objeto Material

Por objeto material em um crime é possível entender que “objeto corpóreo (coisa ou pessoa), incluído na definição do delito, sobre o qual recai a ação punível” (FRAGOSO, 1977, p. 1). No crime de estupro de vulnerável o objeto material se confunde com o sujeito passivo, que é o vulnerável, ou seja, o menor de 14 (catorze) anos ou como já dito, aqueles que por razão de alguma doença ou deficiência de ordem psicológica não tenham a capacidade de discernir sobre a prática do ato sexual ou não possam oferecer algum tipo de resistência.

No tocante ao bem jurídico, é possível afirmar que este antecede à lei penal e é para o legislador um critério político-criminal cujo qual se escolhe as condutas passíveis de punição tendo como dispositivo limitador a Carta Magna.

Assim, a proteção penal recai sobre bens disponíveis para o desenvolvimento humano devendo proteger a sua dignidade que é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Assim, os bens jurídicos aqui tutelados são a dignidade da pessoa humana, liberdade sexual e por fim, o desenvolvimento natural sexual do vulnerável.

Tendo a liberdade como um dos bens mais importantes do ser humano, é constantemente utilizada para ir de encontro a outros bens jurídicos, como é possível verificar nos crimes contra a administração da justiça, crimes contra o patrimônio, extorsão mediante sequestro e contra a dignidade sexual, a exemplo do próprio estupro.

Nos crimes de conotação sexual, a liberdade do indivíduo possui um papel de segunda ordem, haja vista que neste contexto é lesionado outros bens jurídicos mais importantes.

Assim, assevera Bitencourt:

(...) a *liberdade sexual*, entendida como aquela parte da liberdade referida ao exercício da própria sexualidade e, de certo modo, a disposição do próprio corpo, aparece como um bem jurídico merecedor de uma proteção penal específica, não sendo suficiente para abranger toda sua dimensão a proteção genérica concedida à liberdade geral. (BITENCOURT, 2012, p. 40-41)

Para Luiz Regis Prado, “A tutela penal, no caso em epígrafe, visa preservar a liberdade sexual em sentido amplo, especialmente a indenidade ou intangibilidade sexual das pessoas vulneráveis (...)” (PRADO, 2014, p.1046).

Com relação à proteção do desenvolvimento da formação sexual do vulnerável, o bem jurídico não é protegido tão somente pelos morais de uma conduta sexual, mas também para proteger os menores de estímulos até o momento em que estes tenham a capacidade e o discernimento de tomar decisões acerca de sua sexualidade.

Para Rogério Greco:

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual. (GRECO, 2012, p. 539)

Por outro lado, o doutrinador Bitencourt, aduz que:

[...] Na realidade, na hipótese de *crime sexual contra vulnerável*, não se pode falar em *liberdade sexual* como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua *vulnerabilidade*. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual. (BITENCOURT, 2012, p. 95)

Desta maneira, a liberdade sexual é o direito que tem cada indivíduo de realizar sua determinação quanto as suas relações sexuais conforme seus anseios, tendo a oportunidade de escolha de como, com quem e quando realizar seus atos sexuais sem que tenha todas essas suas escolhas mediante ação ilícita de outra pessoa.

É importante esclarecer que a vulnerabilidade do menor de 14 (catorze) anos será avaliada caso a caso, desta feita, sendo passível da temática tão controversa que é a relativização, contudo a liberdade sexual não deixará de ser tutelada por esse tipo penal.

2.3 O Elemento Subjetivo no Crime de Estupro

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, “O elemento subjetivo é o dolo, não se punindo a forma culposa. Cremos existente o elemento subjetivo específico, consistente na busca da satisfação da lascívia.” (NUCCI, 2009, p. 36).

Logo, para que se possa configurar o crime de estupro de vulnerável é preciso que o sujeito ativo tenha noção dos elementos autorizadores do tipo, ou seja, o agente delituoso precisa ter pleno conhecimento de seu ato, que é a conjunção carnal ou atos libidinosos além de saber que estar a praticar atos sexuais com menores de 14 (catorze) anos ou com quem possua alguma doença ou deficiência mental que o impeça de ter discernimentos sobre aqueles atos ou capacidade de resistência sob o risco de incidir o erro do tipo, que exclui a tipicidade do fato.

O dolo é direto quando o agente delituoso possui conhecimento acerca da menoridade da vítima, será dolo eventual quando o agente não possui certeza quanto

a idade da vítima, mas suas características físicas evidenciam sua maioridade, então o agente assume o risco da conduta tipificada.

Sobre o tema, discorre Bitencourt:

(...) a *vontade* deve abranger, igualmente, a *ação* (prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso), o *resultado* (execução efetiva da ação proibida), os *meios* (de forma livre ou algum *meio* que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima) e o *nexo causal* (relação de causa de efeito). Por isso, quando o processo *intelectual-volitivo* não atinge um dos componentes da ação descrita na lei, o dolo não se aperfeiçoa, isto é, não se realiza. Na realidade, o *dolo* somente se completa com a *presença simultânea* da *consciência* e da *vontade* de todos os elementos constitutivos do tipo penal. Com efeito, quando o processo *intelectual-volitivo* não abrange qualquer dos requisitos da ação descrita na lei, não se pode falar em dolo, configurando-se o *erro de tipo*, e sem dolo não há crime, ante a ausência de previsão da modalidade culposa. (BITENCOURT, 2012, p. 101)

O doutrinador supramencionado certifica que o estupro de vulnerável se enquadra em uma tipificação denominada “crimes de tendência”, senão vejamos:

[...] a ação encontra-se envolvida por determinado ânimo cuja ausência impossibilita a sua concepção. Em tais crimes não é a vontade do autor que determina o caráter lesivo do acontecer externo, mas outros extratos específicos, inclusive inconscientes [...] (BITENCOURT, 2012, p. 101)

Assim, ainda que na hipótese de dolo do agente, se faz essencial um elemento subjetivo especial que é a finalidade de agir para caracterizar o tipo subjetivo do crime de estupro de vulnerável.

3. VULNERABILIDADE E CONCEITO DE VULNERÁVEL

A partir das explanações acima relatadas, será feito, a partir de então, um estudo da vulnerabilidade no crime em pauta, estupro. Descrevendo seu conceito jurídico-legal, com o objetivo de verificar se no caso concreto, a idade da vítima (menores de 14 anos) é suficiente para caracterizar a vítima como vulnerável.

Assim, após isto será discutida a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade da vítima nos crimes de estupro diante das alterações legislativas trazidas pela Lei

12.015/2009, considerando, inclusive, a maturidade sexual da vítima, seu desenvolvimento sociocultural, a influência dos meios de comunicação e seu consentimento.

Neste diapasão, demonstrar-se-á o confronto entre o caráter absoluto da vulnerabilidade e os princípios da Constituição Federal, quais sejam, dignidade da pessoa humana, ampla defesa, contraditório, responsabilidade penal objetiva, presunção de inocência e a intervenção mínima do Direito Penal.

Definir “vulnerável” é de suma importância para a problemática aqui tratada, uma vez que integra o próprio *nomem juris* do crime do art. 217-A do Código Penal, após as alterações da Lei 12.015/09.

Conforme definição do dicionário português, Houaiss, vulnerável é aquele que pode ser fisicamente ferido, atacado.

Segundo Andreucci,:

[...]frágil, com poucas defesas, indicando a condição daquela pessoa que se encontra suscetível ou fragilizada numa determinada circunstância. Pode ainda indicar pessoas que por condições sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais e de saúde têm as diferenças, estabelecidas entre elas e a sociedade envolvente, transformadas em desigualdade (ANDREUCCI, 2010, p.134).

Já no âmbito constitucional os vulneráveis receberam um tratamento diferente, haja visto o art.227 da Constituição Federal de 1988 consagrar os princípios da prioridade absoluta às crianças e adolescentes e o da proteção integral, dispondo de seus direitos tidos como fundamentais.

De igual maneira, a Lei 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, preconizou em seus art. 3º e 4º a Doutrina da Proteção Integral devendo ser em conjunto uma ação da família, da sociedade para dar maior proteção às crianças e aos adolescentes.

Por estarem as crianças e os adolescentes estão em fase de desenvolvimento, é que existe um sistema especial de proteção para elas pois, as crianças estão começando a desenvolver sua formação biológica e psicológica, por isso são tidas como vulneráveis.

De outro lado, a Lei 12.015/2009 somente utilizou-se do termo “vulnerabilidade” para conceituar o que a doutrina estrangeira chama de “abuso sexual” que nada mais é a relação sexual sem consentimento de uma das partes.

Importante frisar que a legislação possui duas versões para conceituar “vulnerável”, uma delas está no art. 217 – A do Código Penal, ou seja, aqueles menores de 14 (quatorze) anos e aqueles que por qualquer enfermidade e ou deficiência física ou mental não possuam discernimento para consentimento de ato sexual.

E outro conceito de “vulnerável” é aquele utilizado para fins de tipificação do delito de favorecimento da prostituição ou qualquer outra maneira de exploração sexual, que é aquele menor de 18 (dezoito) anos que não possui também discernimento para prática de atos sexuais e ou impedi-la por deficiência e ou enfermidade física e ou mental, descrição contida no art. 218-B do mesmo diploma legal supracitado.

Neste mesmo toar de entendimento, Cezar Bitencourt aduz:

Na realidade, o legislador utiliza o conceito de *vulnerabilidade* para diversos enfoques, em condições distintas. Esses aspectos autorizam-nos a concluir *que há concepções distintas de vulnerabilidade*. Na ótica do legislador, devem existir duas espécies ou modalidades de vulnerabilidade, ou seja, uma *vulnerabilidade absoluta* e outra *relativa*; aquela refere-se ao menor de quatorze anos, configuradora da hipótese de *estupro de vulnerável* (art. 217-A); esta refere-se ao menor de dezoito anos, empregada ao contemplar a figura do *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual* (art. 218-B). Aliás, os dois dispositivos legais usam a mesma fórmula para contemplar a *equiparação de vulnerabilidade*, nas respectivas menoridades (quatorze e dezoito anos), qual seja, ‘ou a quem, 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’ (...) (BITENCOURT, 2012, p. 96-97).

É correto pensar que o critério etário utilizado pela legislação é objetivo, contudo, interpretando teologicamente esta norma jurídica pode-se constatar que o objetivo da norma em questão é proteger a dignidade sexual do ser humano menor de 14 (quatorze) anos que não possui discernimentos necessários para as práticas de atos sexuais.

Desta feita, se faz necessário interpretar o art. 217-A do Código Penal em consonância com seu § 1º e somente assim obter o conceito de “vulnerável”. Logo, somente pode ser considerado “vulnerável” e, assim, ser tutelado pela norma, aquele que for menor de 14 (quatorze) anos que não possui discernimento ou que também por algum motivo não pode oferecer resistência ao ato sexual.

Desta forma, merece ser tutelado pelo dispositivo penal em comento aquele menor de 14 (quatorze) anos que de fato se mostrar impossibilitado de consentir com o ato sexual.

Para DíezRipollés (*apud* PRADO:

A vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade. É dizer: o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é ou está mais suscetível à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual, de modo a lesioná-la. (PRADO, 2014, p.1047)

No tocante ao menor de 14 (quatorze) anos, sujeito essencial no delito do art. 217-A do Código Penal, é aquele que não possui a capacidade de compreender e esta capacidade é condição *sine qua non* para um consentimento válido.

Todavia, de acordo com a jurisprudência pátria a menoridade é um elemento da norma jurídica que não tem uma natureza absoluta frente a um menor com idade entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos pois, sua vulnerabilidade será averiguada no caso concreto haja vista sua capacidade ser relativa.

Assim, é verdadeiramente possível encontrar a capacidade ou não da vítima de compreensão e informar acerca de sua vulnerabilidade nos casos concretos.

Porém, não há do que se questionar quanto a vulnerabilidade dos menores de 12 (doze) anos, as crianças, que deve ser considerada absoluta quando se tem crimes praticados contra elas.

É de suma importância salientar que o §1º do art. 217-A do diploma penal considera outras hipóteses para configuração da vulnerabilidade da vítima, podendo ser uma enfermidade física e ou mental que retire da vítima o discernimento que se faz necessário para a prática de ato sexual bem como lhe oferecer resistência, assim, é possível perceber que tanto o critério biológico quanto o critério psíquico da vítima devem estar presentes para que seja aplicado o preceito legal em tela.

Por enfermidade mental se compreende que pode ser uma moléstia que impeça o funcionamento do aparelho mental e deficiência significa imperfeição ou alguma debilidade na parte motora.

No caso concreto tais causas serão averiguadas por perito técnico que deverá aferir a ausência do discernimento para que a vítima pratique o ato sexual uma vez que, não cabe ao legislador tolher a liberdade sexual dos enfermos e ou deficientes.

Assim, é de se concluir que para que haja a condição de vulnerável há de emergir a incapacidade de compreensão do ofendido que por algum motivo está privado de sua razão.

3.1 O Revogado art. 224 do Código Penal e a Vulnerabilidade Trazida pela Lei 12.105/09

Conforme já pontuado neste artigo, após a vigência da Lei 12.015/09, os institutos da “presunção de violência” e “violência ficta ou induzida” descrita no revogado art. 224 do Código Penal concedeu lugar ao novel instituto da “vulnerabilidade” trazido no bojo do art. 217-A também do mesmo diploma legal.

A chamada “violência presumida” consistia, à época uma ficção legal, através do qual era atribuído ao agente criminoso uma conduta de violência que na realidade não existiu de fato.

Conforme assevera Silva:

No plano do direito penal internacional, o primeiro a estabelecê-la foi Carpozio, que formulou o princípio *quivelle non potuit, ergo noluit* – quem não pode querer, conseqüentemente dissente (...) Embora a teoria tivesse encontrado seguidores, foi asperamente criticada pela incoerência que apresentava: um desses críticos foi Hommel, que demonstrou que o incapaz de querer é também incapaz de *não querer*, não havendo, logicamente, o porquê de se presumir o dissenso. Distinguiu também, o mestre alemão, o perigo de se argumentar com critérios de índole do direito civil em matéria criminal – o que, nota Fragoso, constitui uma lição até hoje não suficientemente aprendida por certos penalistas’(...) (SILVA, 2006, p. 223-224)

A presunção supra era aplicada quando a vítima não havia completado quatorze anos de idade ou possuía um retardo mental e por sua vez o agente criminoso possuía ciência de tais circunstâncias e uma vez que a vítima não possuísse nenhuma enfermidade física ou mental, há de se concluir que o menor de 14 anos não possui uma consciência completa acerca dos atos sexuais, assim sendo, ainda que

houvesse sua manifestação de vontade, essa, não possuiria nenhuma validade jurídica e desta feita seria presumida a existência de violência.

Magalhães Noronha (*apud* PIERANGELI, 2005, p. 832-833) revelou-se contrário a ideia de fixar uma idade como padrão limite para validar um consentimento com o argumento que a maturidade fisiológica de cada ser humano não é igual, podendo variar de pessoa para pessoa de acordo com vários fatores, inclusive os fatores genéticos e neste diapasão é importante frisar que a invalidade jurídica do consentimento também se estendeu aos débeis mentais e alienados uma vez que quanto a estes a doutrina é uníssona quanto a relativização da presunção da violência, através da Lei 13.718/2018.

Contudo, acerca desta temática surgiram três teorias. A teoria absoluta que reza que a presunção de violência era *juris et de jure*, aquela que não aceita prova em contrário, retratando, assim, o mais claro positivismo legalista. Os doutrinadores defensores desta teoria consideravam absoluta somente a presunção no tocante a menoridade da vítima, entre os doutrinadores estavam Eneida Taquaray, Bento de Faria, Andreucci e outros.

A teoria relativa da presunção de violência predominou na doutrina penalista brasileira, e segundo esta teoria, a presunção de violência possuía natureza *juris tantum*, que ao contrario da teoria supra, admitia prova em contrário, o que afasta a responsabilidade penal objetiva e as ideias desta teoria não era somente ao tocante à menoridade da vítima, mas também quaisquer causa que não permita que a vítima ofereça resistência ao ato sexual. E no tocante a minoridade tal teoria entende pela admissibilidade de o agente delituoso provar que incorreu em erro, com o fito de afastar a presunção de violência, descaracterizando, assim, o delito.

A jurisprudência pátria era praticamente pacífica no acolhimento desta teoria, conforme voto proferido por Marco Aurélio de Mello, então ministro do Supremo Tribunal Federal, em *Habeas Corpus* n. 73.662/MG, senão vejamos:

[...] Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes pode advir. (...) De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento e à medida em que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo a mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. A presunção

não é absoluta, cedendo as peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público.

Contudo, haviam também aqueles que pregavam pela inconstitucionalidade de possibilidade de presumir a violência, como assevera Moura Teles:

(...) é evidente que essa norma é inconstitucional (...) se [a violência] não existiu não pode haver estupro. Nem a lei pode mandar que seja presumida, porque aí o sujeito é punido pelo que não fez, pelo que não aconteceu, por algo apenas imaginado pela norma. (TELES, 2004, p.54)

De igual forma, se posiciona Luiz Flávio Gomes que para defender seu posicionamento argumentava que a presunção de violência ofendia princípios contidos na Constituição Federal, a exemplo do princípio do fato, da inocência da culpabilidade e do *nullum crime sine iniuria*.

O objetivo do legislador ao criar a lei 12.015/09 foi de dirimir as divergências acima expostas, passando a criar um tipo penal autônomo, qual seja, o art. 217-A “estupro de vulnerável”, substituindo as hipóteses de presunção de violência que se fazia no antigo e já revogado art. 224 do Código Penal.

Contudo, o polêmico termo “presunção de violência” não estar mais expressamente tipificado na legislação penal, ele se encontra subentendido implicitamente no termo “vulnerável”, isto porque as causas que tipificavam a presunção de violência, hoje caracterizam a vulnerabilidade haja vista as inovações legislativas trazidas também pela Lei 13.718/2018.

Ademais, o §1º do art. 217 – A, manteve as outras hipóteses de “violência ficta” que são: a impossibilidade de resistência da vítima por enfermidade psicológica ou física ou qualquer outra causa que impeça da vítima oferecer resistência.

Assim, a mudança terminológica trazida pela lei 12.015/09 não foi capaz, por si só, de findar as divergências quanto a natureza absoluta ou relativa da vulnerabilidade.

O doutrinador Cezar Bitencourt faz uma crítica sobre o tema:

De notar-se que o legislador, *dissimuladamente*, usa os mesmos enunciados que foram utilizados pelo legislador de 1940 para *presumir a violência sexual*. Consta-se que o legislador anterior foi *democraticamente transparente* (mesmo em período de ditadura), destacando expressamente as causas que levavam à *presunção de violência*; curiosamente, no entanto, quando nosso ordenamento jurídico deve redemocratizar-se sob os auspícios de um novo modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, o legislador contemporâneo usa a mesma *presunção de violência*, porém, *disfarçadamente*, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei. (BITENCOURT, 2012, p.97).

Partilha do mesmo pensamento, o também doutrinador, Guilherme de Souza

Nucci:

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 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. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. 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 (...). (NUCCI, 2009, p. 37).

De outra banda, Delmanto vai de encontro às lições supra expostas, discordando veemente e trazendo à doutrina um novo posicionamento:

Com a revogação do antigo art. 224 do CP, que previa para essa hipótese a chamada presunção de violência, objeto de inúmeras discussões (principalmente se ela era relativa ou absoluta), basta, agora, para a configuração desse grave crime que a vítima tenha menos de 14 anos e o agente saiba dessa circunstância. Observe-se que ao contrário do art. 213, neste art. 217-A não é necessário que haja constrangimento da vítima mediante violência ou grave ameaça,

mesmo porque seu eventual consentimento, para fins penais, não é válido. A idade de 14 anos foi uma opção do legislador, a nosso ver acertada, não sendo admitida relativização com fundamento no ECA que dispõe ser criança quem tiver até 12 anos em adolescente, de 12 até 18 anos. (DELMANTO, 2010, p. 756).

Data vênia, ao respeitoso pensamento acima transcrito, é imperioso concluir que a presunção de vulnerabilidade da vítima trazido pela Lei 12.015/09 deve ser analisada caso a caso, como já fora visto e por demais explanações mais adiante no bojo deste trabalho.

3.2 Os princípios Contidos Na Constituição Federal e o Caráter Absoluto da Vulnerabilidade

Em que pesem os desenvolvimento sociocultural mundial, à realidade da cultura brasileira e a facilidade de acesso à informações, inclusive as de cunho sexual, por crianças e adolescentes e por consequência seus contatos cada vez mais precoce aos atos sexuais, grande parte da doutrina pátria afirma que não pode haver a relativização da vulnerabilidade da criança menor de 14 (quatorze) anos.

A determinação etária do legislador foi uma escolha política- criminal uma vez que o tipo penal do art. 217-A não faz presunção alguma, apenas proíbe que se tenham conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menores de quatorze anos ou com aqueles elencados no §1º do dispositivo penal supra pois, ainda que uma criança menor de quatorze anos já possua uma vida sexual desregrada, esta, não possui o discernimento necessário para realização de tal ato porque sua personalidade ainda está em formação.

Assim é possível afirmar que a intenção do legislador foi de dar total proteção ao ser humano ainda criança, objetivado preservar sua integridade sexual o que torna inviável a relativização do consentimento para realizar atos sexuais quando proferidos por menores de quatorze anos.

Porém, ao considerar absoluta a vulnerabilidade alguns princípios constitucionais serão feridos, a exemplo do princípio da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, da harmonia familiar, entre outros.

Neste diapasão é de suma importância trazer à baila o conceito de princípios constitucionais, conforme leciona Luís Roberto Barroso:

Os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie [...] Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que 'costuram' suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos. (BARROSO, 1999, p. 147-148)

Ainda sobre o conceito de princípios constitucionais, Celso Bastos:

Os princípios constituem ideias gerais e abstratas, que expressam em menor ou maior escala todas as normas que compõem a seara do direito. Poderíamos mesmo dizer que cada área do direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob seu alcance. Daí por que todas as normas que compõem o direito constitucional devem ser estudadas, interpretadas, compreendidas à luz desses princípios. Quanto os princípios consagrados constitucionalmente, servem, a um só tempo, como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação. (BASTOS, 2000, p. 57)

É possível observar que os princípios da Carta Magna estão no topo do sistema jurídico e serve de paradigmas para elaboração de outras normas infraconstitucionais.

Desta feita, o interprete da lei não pode entender como absoluta a vulnerabilidade do art. 217 – A do Código Penal porque fere os princípios constitucionais da não culpabilidade e o princípio da inocência já que tão somente o ato sexual com um a criança menor de 14 anos tipifica o crime trazido no dispositivo penal supracitado.

Este fato resta por implicar em uma antecipada culpabilidade do agente acusado quando a autoria do fato é comprovada e não se tratar de erro de tipo e mais, ao ser comprovada a idade da vítima, fica o agente privado de comprovar a sua inocência.

Assim, se faz necessário, aqui, transcrever as palavras do jurista Alexandre Bizzotto:

[...] O sistema constitucional revolta-se com qualquer modalidade de presunção legal ou interferência exegética que possa levar a caminhos hipotéticos que auxiliem a formação de convicção jurisdicional condenatória. Exige-se um alicerce probatório marcante para se destruir a situação da não-culpabilidade. A prova é toda da acusação (*nulla accusatio sine probatione*). Ela é quem tem todo o encargo de modificar a situação constitucional [...] Conclui-se que o vigor do princípio da não-culpabilidade faz com que o juiz, ao se deparar em dilema interpretativo, com mais de uma situação processual possível à defesa, seja no âmbito do tratamento ou da avaliação das provas, escolha aquela que mais se aproxima da não-culpabilidade (BIZZOTTO, 2003, p 248-250)

Portanto, resta entender que sendo a vulnerabilidade absoluta, torna-se, por si só, uma interferência na interpretação para a convicção do juiz o que imediatamente afasta o princípio da não culpabilidade e criando, assim, uma situação que não é nem pode ser legítima d um Estado Democrático de Direito.

De igual maneira fere, também, os princípios previstos no art; 5º, LV, da Carta Magna, que são os princípios da ampla defesa e do contraditório. O princípio do contraditório é o dispositivo legal para que ampla defesa possa ser efetivada, e é neste princípio que que faz com que o acusado possa, pelas vias judiciais, combater as acusações, podendo, inclusive, requerer e produzir provas como também se manifestar em todas as fases processuais.

A natureza jurídica *juris et de juri* da vulnerabilidade proíbe, por si só, a produção de provas que possa mostrar a realidade dos fatos pelo acusado.

Desta feita, não é possível falar-se em “ampla defesa” pois, o agente fica totalmente limitado às afirmações de tese de autoria. Contudo, em nada se impede que em sede de defesa, o acusado alegue que a vítima não é vulnerável, mas não é certo que tal alegação vá influenciar a decisão do magistrado que possui livre convencimento, mas que foi tolhido pela natureza absoluta da vulnerabilidade do menor de quatorze anos em casos de estupro.

O caráter absoluto da vulnerabilidade traz também outra problemática, agora no sentido de ofender o princípio da paternidade responsável que se refere à responsabilidade que é observada durante a manutenção familiar que tem por objetivo um planejamento familiar coerente.

Com relação à harmonização da família, o Código Civil Brasileiro de 2002, afirma em seu art. 1.520 que “Excepcionalmente, será permitido o casamento de

quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.”

Nos dias atuais tornou-se comum uma mulher de treze anos, por exemplo, se relacionar com um rapaz de dezoito anos e tal relação resultar em uma gravidez planejada ou não e muitos destes casais planejam ter um futuro e uma família juntos, porém o diploma penal criou uma reprimenda a este tipo de relacionamento.

Nos casos em que ocorrem a hipótese acima transcrita, o jurista Barroso (2010) aduz que caso o pai queira reconhecer a paternidade e casar-se com a jovem de treze anos, deve-se, requerer a habilitação para tal ato e assim, o Promotor de Justiça irá, com esta habilitação, em atenção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, requerer, por sua vez, a instauração do inquérito policial, denunciando o autor da gravidez, criando a possibilidade dele ser condenado.

E no caso acima retratado, ainda que a vítima se case com o autor da gravidez, tal casamento não irá extinguir a punibilidade como também não é cabível a concessão do perdão do representante da vítima, uma vez que a Lei 12015/09 tornou o estupro de menores de quatorze anos um crime de ação penal pública de modalidade incondicionada.

Desta feita, há de se concluir que o entendimento adotado pela doutrina e jurisprudência pátria de que a vulnerabilidade da vítima tem natureza absoluta e, portanto, não cabe prova em contrário e resta por ferir todos os princípios acima elencados.

3.3 O ECA Frente ao Critério de Idade no Crime de Estupro de Vulnerável e a Lei 13.718/2018 e a Súmula nº 593 do STJ

Analisando as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e do Código Penal é possível perceber uma diferença entre o conceito de criança e o conceito de adolescente, principalmente com relação ao critério etário utilizado por estas duas leis.

De um lado, o ECA, de forma coerente, no seu 2º artigo afirma que: “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.”

Assim, a Lei 12.015/09 ao tornar crime a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de quatorze anos ultrapassa o limite etário estabelecido e estende também para o adolescente.

Apesar de ser brilhante a ideia de proteger o desenvolvimento, à integridade sexual, não é concebível englobar todo e qualquer ato sexual com menor de quatorze anos a este crime.

Isto porque, em razão da idade, disciplinado no art. 217-A do Código Penal, até aqueles menores de quatorze anos, mas detentores de uma maturidade sexual, ainda que precoce, estaria impedido de ter relações sexuais por temer recair sob o seu parceiro as penalidades previstas no aludido dispositivo.

Imperioso destacar que o ECA atribui aos adolescentes uma capacidade de discernir sobre seus atos ilícitos podendo, estes, serem passíveis de cometerem atos infracionais e por consequência serem submetidos as suas sanções.

De outra banda, o legislador tira dos adolescentes que possuem idade entre doze e quatorze anos a capacidade de poder tomar decisões acerca de seus atos sexuais quando os presume vulneráveis.

Sobre o tema, Nucci preleciona:

Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto. Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de que possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. (NUCCI, 2010, p.928)

Neste diapasão é indispensável trazer, aqui, a lição de Rogério Grecco:

As alterações do Código, mantendo a idade de 14 anos, não acompanharam o conceito de criança do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual a idade da criança vai somente até 12 anos. Em princípio, poderia se afirmar que as leis são autônomas e, portanto, no caso, não teriam influência recíproca. No entanto, consideramos que a elementar da menoridade da vítima é normativa e, como tal, não é absoluta e sua interpretação estará condicionada a existência do abuso sexual sofrido pelo menor. (GRECCO, 2011, p. 175)

Assim, como o legislador não cuidou de unificar os conceitos de criança e de adolescente conforme o ECA, resta caber ao juiz, analisar o caso concreto para realizar uma interpretação com base em toda legislação existente, não podendo ter como absoluto critério de idade contido no art. 217-A do Código Penal.

3.3.1 A Lei 13.718/2018

Importante lembrar que o legislador brasileiro com o objetivo de doar maior proteção às crianças e adolescentes, editou também a Lei 13.718/2018 que altera, de igual modo, o Código Penal, no sentido de tornar o crime de estupro de vulnerável um crime de ação pública incondicionada e estabelecer agravantes para aumento de pena para este crime e também acrescentou o art. 218-C, no mesmo diploma penal, com o fito de tornar crime a exposição de cenas de estupro de vulnerável, conforme o artigo supra *ipsis litteris*:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

Contudo, também foi pacificado o entendimento para os julgados nos casos de crimes de estupro de vulnerável, assim, o Superior Tribunal de Justiça através da Súmula 593 afirmou que:

Súmula 593 STJ - O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Logo, ainda que tal entendimento vá de encontro a alguns princípios constitucionais, como já fora explicado neste trabalho, o STJ entende que não hipótese que não configure crime para àquele agente que tenha conjunção carnal com menor de 14 anos ou quem possua alguma doença física ou mental que impossibilite à resistência para tal ato, mesmo nos casos em que o agente possua qualquer relacionamento afetuosos e ou amoroso com a vítima, pondo fim à celeuma da possibilidade de relativização da vulnerabilidade contida no art. 217 – A do Código Penal.

4. CONCLUSÃO

Apesar de haver uma corrente doutrinária e jurisprudencial em sentido oposto, se faz necessário reconhecer o caráter *juris tantum* da vulnerabilidade da pessoa menor de quatorze anos ser figura típica para o tipo penal “estupro de vulnerável”.

Frente a nossa sociedade moderna que se caracteriza pela influência de vários meios de comunicação que atinge milhares de pessoas que não param de veicular constantemente assuntos com cunho sexual sem distinção de público de qualquer as idade, não pode, desta maneira, *data máxima vênia*, o juiz ficar submeter ao estrito termo letra de lei, ignorando a realidade que o cerca e que atinge crianças e adolescentes, que são, o setor da sociedade que mais acompanham e têm acesso às inovações, à globalização e às informações que os meios de comunicação possam oferecer. Assim, são estes os mais influenciados pela mídia e pelas mudanças socioculturais existentes.

Com isso, é cada vez mais crescentes os julgados no sentido de ter a possibilidade de relativização da vulnerabilidade trazida no art. 217 -A do Código Penal, com o objetivo de afastar a simples utilização do critério etário para averiguar o discernimento da vítima quanto aos atos sexuais.

Ademais, a análise do caso concreto resta por esclarecer que em que pese a vítima seja menor de quatorze anos a situação ocorrida na realidade não traduz uma ofensa a sua liberdade e dignidade sexual tampouco configura uma vulnerabilidade, quando se possuía um relacionamento amoroso com o agente acusado, sendo assim, a relação sexual destes, livre, desimpedida e sem nenhuma violência real.

Assim, é possível perceber que ao conceber a vulnerabilidade com natureza absoluta, a norma passa a proteger o pudor e não dignidade e liberdade sexual dos indivíduos, bens, estes, inicialmente, com pretensão de tutela do legislador.

Tudo isso porque ao presumir que o indivíduo menor de quatorze anos não possui para práticas de atos sexuais a norma resta por tolher sua liberdade que propriamente proteger a liberdade e a dignidade sexual.

Ademais, ao compartilhar deste entendimento, evidencia-se a responsabilidade penal objetiva, o que não possui compatibilidade com o princípio da culpabilidade que é pilar do sistema jurídico pátrio.

Ao fim, é imperioso admitir que a relativização da vulnerabilidade objetiva não distanciar o Direito Penal brasileiro de seu propósito principal que é guiado, principalmente, pelos princípios da ofensividade e da intervenção mínima porém, ainda assim, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento para não mais haver divergências para estes julgados, editando a Súmula nº 593 que aduz, em suma, que não há nenhuma maneira do agente ter afastada sua culpabilidade quando mantiver relação sexual ou qualquer ato libidinoso com menores de quatorze anos ou com quem possua alguma enfermidade física ou mental que o impossibilite resistir ao ato logo, o agente restará cometendo o crime tipificado no art. 217 – A do Código Penal.

REFERÊNCIAS

VADE MECUM SARAIVA. São Paulo. Editora Saraiva. 2016.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal.** 6ª edição. São Paulo. Saraiva. 2010

ARAUJO, Rodrigo da Silva Perez. **O Estupro de vulnerável e sua aplicabilidade e interpretação à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Acesso em 28 de setembro de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 3ª edição. São Paulo. Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 21. edição. São Paulo. Saraiva, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. edição. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 11. Edição. São Paulo. Saraiva, 2007. v. 1.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte especial**. 5. ed. Rio de janeiro: Forense, 1986. v. 2.

GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por erro de proibição**. 2012. Disponível em: . Acesso em: 27 set. 2018.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5. edição. Rio de Janeiro. Impetus, 2011.

TAQUARY, Eneida Orbage de Brito. **Dos crimes contra os Costumes**. 5ª edição. Rio de Janeiro. América Jurídica, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 10. edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016.