



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE MULTIDISCIPLINAR

Jadson Souza dos Santos

Profº Orientador: Márcio César Fontes Silva

Aracaju

2020

JADSON SOUZA DOS SANTOS

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE MULTIDISCIPLINAR

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

Aprovado em ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora

Profº Márcio César Fontes Silva
Professor Orientador
Universidade Tiradentes

Profº
Professor (a) Examinador (a)
Universidade Tiradentes

Profº
Professor (a) Examinador (a)
Universidade Tiradentes

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE MULTIDISCIPLINAR
VULNERABLE RAPE: A MULTIDISCIPLINARY ANALYSIS.

¹ **Jadson Souza dos Santos**

RESUMO

Inicialmente, foi feita uma análise acerca do conceito de estupro de vulnerável e seu contexto histórico, principalmente no que diz respeito à visão dos crimes sexuais e dos menores de 14 (quatorze) anos, uma vez que anteriormente a criança e o adolescente eram vistos de forma indiferente, estando propensos a todos os males e ignorados pelo Estado. Posteriormente, com as mudanças no âmbito internacional e com o advento dos tratados e das legislações, passou-se a serem vistos como sujeitos de direitos e detentores da proteção integral, estando o Estado e a família obrigados a garantir os mecanismos de tal proteção. Ademais, considerando que o crime de estupro de vulnerável não traz apenas o menor de 14 (quatorze) anos, foi analisada quais as outras vítimas do estupro de vulnerável, o seu conceito e o tipo penal. Sem prejuízo, destacou-se a divergência entre dois princípios, quais sejam: o princípio da presunção da violência, trazido no Código Penal e o princípio da presunção de inocência, que possui proteção no âmbito constitucional. Ademais, buscou-se expor o crime sobre a ótica social e os costumes atuais, uma vez que são vistos inclusive como fontes do Direito. E por fim, o presente artigo buscou apresentar quais as principais alterações trazidas com o advento da Lei 12.015/2009 e as consequências no crime de estupro de vulnerável.

Palavras-chave: análise; estupro; multidisciplinar; vulnerável.

ABSTRACT

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes UNIT. E-mail: Jadsonsouza.11@hotmail.com

Initially, an analysis was made about the concept of vulnerable rape and its historical context, especially with regard to the view of sexual crimes and minors under 14 (fourteen) years old, since previously the child and adolescent were viewed from different perspectives. indifferently, being prone to all evils and ignored by the State. Subsequently, with the changes in the international scope and with the advent of treaties and legislation, they began to be seen as subjects of rights and holders of full protection, with the State and the family being obliged to guarantee the mechanisms of such protection. In addition, considering that the crime of rape of the vulnerable does not only bring the child under 14 (fourteen) years, it was analyzed which other victims of the rape of the vulnerable, their concept and the penal type. Without prejudice, the divergence between two principles was highlighted, namely: the principle of the presumption of violence, brought up in the Penal Code and the principle of the presumption of innocence, which has protection in the constitutional scope. In addition, we sought to expose crime from a social perspective and current customs, since they are even seen as sources of law. Finally, this article sought to present the main changes brought about by Law 12,015 / 2009 and the consequences for the crime of rape of the vulnerable.

Keywords: analyze; rape; multidisciplinary; vulnerable.

1. INTRODUÇÃO.

O presente artigo aborda o crime de estupro de vulnerável, o qual gera consequências tanto para vítima, como no âmbito jurídico. O estudo da temática é de suma importância de ser analisado, tendo em vista que faz uma comparação entre a realidade jurídica e o contexto social, o que traz alguns questionamentos acerca do assunto, como por exemplo: a chamada de presunção de violência, e qual o conceito de vulnerabilidade.

É importante ainda a análise do crime diante do bem jurídico tutelado e da vulnerabilidade da vítima. Ademais, é importante destacar que apesar de ser um crime bastante repudiado, existem divergências principalmente no que diz respeito acerca das vítimas menores de 14 (quatorze) anos, nos casos em que são consentidos, tendo em vista a decorrência dos fatores culturais e da vida sexual da suposta vítima.

Diante disso, o presente artigo tem como objetivo geral analisar o crime de estupro de vulnerável, conceituando quais são os sujeitos passivos que se enquadram. Em relação aos objetivos específicos, é importante analisar a partir de qual momento o crime passou a ser

tutelado e quais as alterações trazidas pelo advento da Lei 12.015/2009, como também, comparar a realidade dentro do sistema jurídico e do sistema social, considerando que os costumes também são vistos como fonte do Direito.

Para o presente trabalho foi utilizada a metodologia explicativa, por meio de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, sendo dividido em quatro tópicos: o primeiro, o qual trata do conceito do estupro de vulnerável e sua incidência. No segundo, é feita uma análise da divergência entre dois princípios, o princípio da presunção de violência trazido no âmbito do Código Penal e o princípio da presunção de inocência preceituado pela Constituição Federal de 1988. O terceiro, trás uma análise no que diz respeito ao contexto social e jurídico. E por fim, o último tópico trata de outros tipos de vulneráveis trazidos pelo art 217-A do Código Penal.

2. O ESTUPRO DE VULNERÁVEL: CONCEITO E SUA INCIDÊNCIA.

Inicialmente, o crime de estupro de vulnerável é conceituado no artigo 217-A do Código Penal e divide algumas divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Conforme tal artigo, o estupro de vulnerável trata-se de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos, sendo que conforme o §1º do mesmo artigo, incorre na mesma pena quem pratica tais ações 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.

Em todas as hipóteses do crime, o bem jurídico tutelado é a dignidade sexual da vítima, diante da sua vulnerabilidade e no caso do menor de 14 (quatorze) anos, também o seu desenvolvimento pessoal e emocional. Tendo ainda como característica, o fato de ser um crime comum, ou seja, qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo e se inclui como sujeito passivo, aquela que esteja no contexto de vulnerabilidade.

Em relação a uma análise em face do tipo subjetivo do crime, trata-se aqui do dolo na prática dos atos trazidos no artigo, quais sejam: a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso. Por tal motivo, o fato do sujeito ativo desconhecer a idade da vítima, pode ser enquadrado como um erro do tipo, conforme citado por Oliveira (2014):

Embora estabelecido o critério objetivo para análise da figura típica, a idade da vítima, não se pode deixar de tratar com cautela a ocorrência do erro de

tipo prescrito no art. 208, caput, do Código Penal, o que afastaria o elemento subjetivo - dolo - de maneira a tornar a conduta atípica, o que poderia levar à absolvição do agente. Não é admissível a modalidade culposa, por ausência de disposição legal. Na visão de Rogério Greco (2010) e Franco et al. (2011), para que ocorra o delito, o agente deverá ter conhecimento sobre a idade da vítima. Caso incida no erro, previsto no art. 20 do Código Penal, ou seja, envolver-se com a vítima por pressupor que é maior de 14 anos, em função de características físicas, psicológicas, não haverá crime (OLIVEIRA, p. 26, 2014).

Em suma, diante da obrigatoriedade do dolo como elemento subjetivo do crime de estupro de vulnerável, o erro de tipo em face da idade da vítima ou da sua vulnerabilidade, exclui a tipicidade. Ademais, prosseguindo em face da análise do crime, o mesmo admite tanto a consumação, que é prática da conjunção carnal (aqui trata do coito vaginal, ou seja, a penetração carnal) ou de qualquer outro ato libidinoso, quanto à tentativa, a qual possui uma maior dificuldade de ser comprovada.

Ao expor mais profundamente o artigo 217-A do Código Penal, no que diz respeito ao crime em face dos menores de 14 (quatorze) anos, é importante destacar o contexto histórico e algumas alterações que surgiram na legislação em face das crianças e adolescentes e quais os princípios envolvidos dentro da análise subjetiva do crime.

Neste sentido, no período posterior ao pós-guerra, diante de um quadro de discussões em face da classe operária, a busca por mudanças em relação às horas trabalhadas e da necessidade do acolhimento das crianças que perderam os seus genitores para os horrores ocorridos na guerra, no ano de 1989, surge um documento nomeado como Convenção sobre os Direitos das Crianças (ou como também conhecido, a Convenção de Nova York).

A Convenção de Nova York foi um dos documentos responsáveis por tornar as crianças e adolescentes como pessoas detentoras de direitos e trazer um dos princípios que mais se destacam, o qual atualmente é denominado como princípio da proteção integral. Entretanto, não foi o único, mas fez parte de um extenso caminho. Neste sentido, Costa (2019) destaca:

Para chegar neste momento, o caminho percorrido foi longo e tortuoso. Da invisibilidade ao tratamento como objeto, da aplicação da lei apenas em situações consideradas “irregulares” e, por fim, o reconhecimento enquanto sujeitos de direitos. Esse reconhecimento surge a partir de legislações interacionais bem como a partir do clamor da comunidade por meio de movimentos sociais (COSTA, p. 17, 2019).

Posteriormente, começaram a surgir outros documentos importantes que reconheceram em seu bojo as crianças como detentoras de direitos e merecedoras de total atenção em face de situações ocorridas em relação a estas. Dentre tais documentos, podem ser citados a Declaração de Genebra. Senão vejamos:

Essa é a atual compreensão da comunidade internacional sobre os direitos humanos de crianças, comprovada principalmente após vários documentos, entre Declarações e Convenções, surgidos no século XX, que passam a reconhecer a criança como objeto de proteção (Declaração de Genebra) ou sujeito de direitos (Declaração de Direitos e Convenção sobre os Direitos), tal como todos os seres humanos. Além disso, as crianças passam a ser merecedoras de total atenção em temas específicos, em decorrência de graves ofensas que não se encontram adstritas aos limites dos territórios nacionais, como ocorre com a venda, a pornografia e a ex-ploração infantil (ROSATO, 2017, p. 39).

No âmbito brasileiro, a partir do ano de 1980, com questões legislativas em debate e com a chamada de Reforma Penal que ocorreu em 1984, trazendo conceitos como inimputáveis e com a atual Constituição Federal de 1988, reconhecendo a tutela dos sujeitos de direitos, incluindo-se a criança e o adolescente, surge também a Lei 8.069/90 chamada de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), trazendo ainda mais a ideia de respeito aos princípios, dentre eles, o da proteção integral.

A Constituição Federal do Brasil, trouxe ainda no seu art. 227, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar meios de proteção absoluta e prioritária em face da criança e do adolescente. Conforme brilhantemente afirmado por Rosato (2017):

O caput do art. 227 da CF afirma ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Em verdade, o art. 227 representa o metaprincípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, tendo como destinatários da norma a família, a sociedade e o Estado. Pretende, pois, que a família se responsabilize pela manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência coletiva harmônica, e o Estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas. Trata-se de uma responsabilidade que, para ser realizada, necessita de uma integração, de um conjunto devidamente articulado de políticas públicas. Essa competência difusa, que responsabiliza uma diversidade de agentes pela promoção da política de atendimento à criança e ao adolescente, tem por objetivo ampliar o próprio alcance da

proteção dos direitos infantojuvenis. Note-se que a fundamentalidade desses dispositivos é tamanha que contou com reprodução praticamente integral no art. 4.o do ECA (ROSATO, Luciano Alves, 2017, p. 62)

Diante de tal vulnerabilidade da criança e do adolescente, bem como, diante da necessidade da sua proteção, foi criado o crime de estupro de vulnerável em face dos menores de 14 (quatorze) anos, como uma forma de proteção a esse grupo e trazendo uma maior gravidade nos casos em questões. Tal gravidade é ainda mais comprovada após o advento da Lei 12. 015/2009, que destaca o crime de estupro de vulnerável como um crime hediondo, ou seja, reconhecido pelo Estado como de maior reprovação ou repugnância.

Ademais, consoante já afirmado, o artigo 217-A, traz outras espécies de vulnerabilidade, as quais serão expostas no decorrer do presente trabalho, iniciando a discussão acerca das divergências entre a presunção de violência nos casos dos menores de 14 (quatorze) anos e da presunção de inocência, bem como, a interferência do contexto social na análise do crime.

3. DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA X PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA.

O Direito surgiu com o intuito de regulamentar a convivência social, de maneira a trazer em seu bojo as regras e princípios considerados entre si como fundamentais para as relações sociais. Entretanto, apesar de fundamental, a norma não é imutável, ocorrendo fenômenos como a revogação e criação das leis no intuito de acompanhar a sociedade e suas mudanças. Neste sentido, antes de adentrar de fato no estudo dos princípios, é de suma importância conhecer o contexto histórico.

O Código Penal Brasileiro, este criado em 1940, tinha como redação original em relação aos crimes sexuais, o título denominado como “crimes contra os costumes”, onde a ideia central de proteção não era o sujeito passivo, mas a sociedade e os costumes da época. Em relação aos vulneráveis, era presumido que houve o emprego da violência, conforme destaca Weiler (2017):

Ao tratar-se de vítima menor de 14 anos, alienada ou débil mental, ou incapaz de oferecer resistência, o legislador criou a presunção legal do emprego da violência, uma vez que entendia “se não há capacidade para

consentir ou para resistir, presume-se que o ato foi violento” (CAPEZ, 2008, p. 64). Nessas circunstâncias, havia o caso de aumento de pena previsto, à época, no artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) (WEILER, p. 20, 2017).

Posteriormente, com o advento da Lei 12.015/2009, o título antes denominado como “crimes contra os costumes”, passou a ser chamado de “crimes contra a dignidade social”, uma vez que não mais defende a ideia de proteção da sociedade e da sua moral, mas sim da vítima e da sua dignidade humana, recepcionando o princípio fundamental trazido na Constituição Federal brasileira, o da dignidade da pessoa humana.

A nova lei, não trouxe inovações apenas no tocante ao título, mas também passou a prever o capítulo dos crimes sexuais contra os vulneráveis, tema do presente artigo. Não apenas se limitando na sua criação, como também trazendo alterações em face de uma discussão que há muito tempo trazia divergências e discussões, a chamada de presunção de violência e a possibilidade ou não da sua relativização.

Apesar de a Constituição Federal trazer em seu bojo o preceito da presunção de inocência, com os dizeres de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme o art. 5º, inciso LVII, o crime em questão diante da vulnerabilidade da vítima é visto como presumido de violência, principalmente no que diz respeito aos menores de 14 (quatorze) anos.

O que se discutia em face das divergências entre os princípios, é o que por muitos pode ser visto como incoerente. Por um lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente que trás a distinção entre criança e adolescente e que diz que podem praticar atos infracionais e as responsabiliza por estes. Do outro, o Código Penal que trás o menor de 14 (quatorze) anos não possui maturidade, ou seja, são impossibilitados de se responsabilizarem pelos seus atos, não podendo dessa forma, consentir um ato como o sexual. Conforme cita a autora Guimarães (2013):

A criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90 revela uma grande mudança na vida social e traz uma incoerência em relação ao Código Penal. A lei penal de 1940, de um lado, entendia que o menor de 14 anos não teria maturidade alguma, o que inviabilizaria o consentimento para a prática de atos sexuais. De outro, o Estatuto da Criança e do Adolescente cria uma distinção entre criança e adolescente, além de esclarecer que ambas podem praticar atos infracionais, embora a primeira se sujeite a medidas de proteção, mais brandas por sua própria natureza do que aquelas medidas aplicadas ao adolescente (GUIMARÃES, p. 55, 2013).

Sem prejuízo, continuando o raciocínio utilizado, se um menor não possui maturidade de se responsabilizar pelos atos, não podendo consentir o ato, presume-se que sem consentimento, existia a violência. Por outro lado, a Constituição trás o conceito de inocência como forma de proteger e de regular o Direito Penal, considerado como “ultima ratio”. Ou seja, se um menor pode responder por ato infracional, não poderia este expressar consentimento? E se consentiu, poderia o maior de idade que obteve tal consentimento, ser considerado violento independente de tal princípio? São questionamentos que são levantados no decorrer da discussão e que trazem como consequência tamanha divergência.

Sem prejuízo, o artigo 224 do Código Penal trazia expressamente a presunção da violência, citando em suas alíneas os sujeitos passivos do crime de estupro de vulnerável, quais sejam: se a vítima não é maior de quatorze anos, se esta é alienada ou débil mental e o agente conhecia esta circunstância e se não pode por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Com o advento da Lei 12.015/2009, houve a inclusão do artigo 217-A do Código Penal, o qual teve como consequência a revogação do artigo 224 do mesmo código e que trouxe a mesma ideia da presunção da violência absoluta, porém de forma “oculta”. Bem como, trouxe os mesmos sujeitos passivos em seu bojo. A discussão, por sua vez, não foi finalizada com a revogação.

Alguns doutrinadores defendem a ideia da presunção absoluta, alegando que é necessário tratar da proteção sexual dos adolescentes e que a suposta concordância não exclui a tipicidade do crime. Por outro lado, outros doutrinadores destacam que diante das alterações no contexto social, com os menores iniciando a vida sexual cada vez mais precoce, deve ser analisado o contexto em que a vítima se encontra, caso a caso. Um dos posicionamentos em face da relativização é o dos autores Rocha e Galli:

Assim, entende não ser plausível uma condenação baseada tão somente na idade da suposta vítima. É importante também analisar o grau de discernimento do agente passivo e demais circunstâncias que envolvem o caso concreto, sendo possível uma relativização da vulnerabilidade, em alguns casos, a fim de garantir a decisão justa (ROCHA E GALLI, p. 8).

Ainda, outros autores, afirmam que a presunção de violência fere inclusive direitos constitucionais e seus princípios, conforme destacado pela autora Guimarães (2013), que

destaca o contexto da presunção de inocência, a não culpabilidade e a própria ideia de responsabilidade subjetiva.

Apesar de supostamente o legislador ter solucionado o problema do artigo anterior, trazendo a presunção absoluta da violência, é evidente que a discussão não se encerrou e tão pouco as divergências, consoante citado por Souza (2017), senão vejamos:

É interessante observar que apesar da modificação do artigo, não foram erradicadas as discussões acerca do caráter relativo ou absoluto do que se chamava outrora de presunção de violência, agora abrangido pela figura da vulnerabilidade. Ainda há autores que defendem a noção de vulnerabilidade absoluta e relativa. Para Nucci (2009, p.37): “O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência”. Nucci (2009) tem defendido um conceito misto. Para ele, a vulnerabilidade deve ser tratada como sendo absoluta ou relativa, devendo a última ser aplicada apenas para os adolescentes¹⁸. Essa posição é assumida por outros autores, como Alamiro Velludo Salvador Netto (2009) (SOUZA, 2017, p. 17).

A discussão acerca da presunção relativa de violência tem como principal argumento a situação social e os costumes existentes atualmente, os quais são considerados inclusive como uma das fontes do Direito, motivo pelo qual é importante discutir tais questões.

4. A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E OS COSTUMES: UMA ANÁLISE DO CONTEXTO SOCIAL.

Além de uma análise criminológica e principiológica, é necessário fazer uma abordagem acerca do contexto social e dos costumes existentes atualmente. No caso daquelas pessoas as quais não possuem condições de oferecer resistência para o ato, existe um debate menor acerca do tema, uma vez que é evidente que o crime em questão foi utilizado de violência. Mas, o maior questionamento é acerca das ocorrências onde existe um consentimento do menor de 14 (quatorze) anos, o qual será o tema aqui abordado.

Conforme já afirmado no capítulo anterior, o artigo 215-A do Código Penal possui uma objetividade e a presunção absoluta de violência. Neste mesmo sentido, se encontra diversas decisões, dentre elas a decisão do Relator Des. Luiz Claudio Veiga Braga, senão vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PROVA PARA A CONDENAÇÃO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. PROCEDÊNCIA DA IMPUTAÇÃO. Resultando dos elementos de convicção colhidos no curso da instrução processual, depoimentos testemunhais e declarações de informantes, a certeza da ocorrência criminosa e da autoria do delito de estupro de vulnerável, desacertada a sentença absolutória da imputação formulada contra o processado, entendendo não constituir o fato infração penal, pelo consentimento da vítima, absoluta a presunção da violência contra menor de 14 (quatorze) anos, devendo ocorrer o sancionamento, por violação do art. 217-A, do Código Penal Brasileiro. APELO PROVIDO.(TJ-GO - APR: 200145320118090176, Relator: DES. LUIZ CLAUDIO VEIGA BRAGA, Data de Julgamento: 22/01/2019, 2A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2932 de 17/02/2020)

Ademais, com o intuito de resolver o conflito ainda existente, o debate teve como consequência a criação da súmula 593 do STJ, que destaca que o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso com o agente.

Por esse motivo, com o intuito de evitar tais relacionamentos entre os maiores de idade com os vulneráveis, o Código Civil mudou inclusive a possibilidade do casamento entre eles. Anteriormente a legislação destacava no art. 1520 do código que excepcionalmente, seria permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. Sendo que o autor Flávio Tartuce (2019) destaca que:

Alguns doutrinadores respondiam negativamente, naquela realidade anterior. Argumentava-se que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, o último caminho a ser percorrido, ao contrário do Direito de Família, que busca a pacificação social, a vida conjunta em harmonia. Em reforço, anteriormente, poderia ser citado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (*best interest of the child*), bem como a função social da família. Ilustrava-se com a hipótese fática de uma menina de 13 anos que teve relacionamento sexual com um homem de 18 anos e dele ficou grávida. O pai da criança não tem qualquer antecedente criminal e a menor quer casar com o "criminoso" a qualquer custo. Ambos se amam. Se entendêssemos simplesmente pela derrogação do dispositivo, esse casamento não poderia ser realizado. Como conclusão, o pai da criança iria para a cadeia e a menor ficaria em situação de desamparo. Aliás, na prática, possivelmente ela constituiria uma união estável com o pai da criança, passando a visitá-lo na prisão (TARTUCE, 2019).

Já atualmente, com o advento da Lei 13.811/19, o artigo em questão afirma que não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, qual seja, 16 (dezesesseis anos).

Ocorre que apesar de não autorizado pela legislação, ainda existem casais onde o (a) companheiro (a) é menor de idade, ao qual não atingiu a idade núbil e que já constituiu inclusive a família. Sendo tal tema discutido inclusive em uma decisão no Estado de Sergipe no ano 2019, em relação a uma revisão criminal em face de um crime cometido anterior ao advento da Lei 12.015/2009, senão vejamos:

REVISÃO CRIMINAL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA CITAÇÃO. REJEITADA. RÉU CITADO POR EDITAL, PORQUE NÃO ENCONTRADO NO ENDEREÇO POR ELE MESMO FORNECIDO. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO RÉU PARA TODOS OS ATOS PROCESSUAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE, INTELIGÊNCIA DO ART. 563, DO CPP. PRELIMINAR DE DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. REJEITADA. DEFENSORA NOMEADA APÓS DECLARAÇÃO DO RÉU DE QUE NÃO POSSUÍA CONDIÇÕES DE CONSTITUIR ADVOGADO. ACOMPANHAMENTO DE TODOS OS ATOS PROCESSUAIS PELA DEFENSORA, INCLUSIVE COM INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. MÉRITO. ESTUPRO DE MENOR DE 14 ANOS. CRIME PRATICADO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.015/2009. ESTUPRO COM PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA RELATIVA. CRIME COMETIDO HÁ MAIS DE 10 ANOS. VÍTIMA E RÉU QUE CONSTITUÍRAM UNIÃO ESTÁVEL LOGO APÓS O FATO E CONVIVEM ATÉ OS DIAS ATUAIS, DA UNIÃO TENDO NASCIDO DOIS FILHOS. DESNECESSIDADE DA PENA. PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO. CUMPRIMENTO DA PENA QUE SE MOSTRA DESARRAZOADO, E INÓCUO, ALÉM DE OFENSIVO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO INTEGRAL À FAMÍLIA. À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE, bem como ao PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA E PROCEDENTE. EXCLUSÃO DA PENA. DECISÃO POR MAIORIA. (Revisão Criminal nº 201900108038 nº único0002395-31.2019.8.25.0000 - TRIBUNAL PLENO, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator (a): Luiz Antônio Araújo Mendonça - Julgado em 05/06/2019) (TJ-SE - RVCR: 00023953120198250000, Relator: Luiz Antônio Araújo Mendonça, Data de Julgamento: 05/06/2019, TRIBUNAL PLENO)

No mesmo sentido da decisão anterior, outra decisão que se utilizou do argumento da relação amorosa existente, ainda que em período posterior a existência do artigo 217-A, foi a do Relator Moacyr de Moraes Lima Filho, no ano de 2017:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. VÍTIMA, NAMORADA DO RÉU, MENOR DE CATORZE ANOS. RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA RELATIVA. EXCEPCIONALIDADE COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Na hipótese, excepcionalmente, entende-se aplicável a relativização da presunção de violência, porquanto acusado e vítima mantinham relacionamento amoroso com autorização de seus genitores, o qual perdurou por, no mínimo, 2 (dois) anos - data da última audiência de instrução e julgamento. (TJ-SC - APR: 00002864120148240002 Anchieta 0000286-41.2014.8.24.0002, Relator: Moacyr de Moraes Lima Filho, Data de Julgamento: 30/05/2017, Terceira Câmara Criminal).

Tais decisões, apesar de existentes no ordenamento jurídico, são minorias, considerando que a legislação trás em seu bojo que o consentimento da vítima não pode ser visto como excludente do crime. Mas o questionamento levantado é o motivo de tal discussão ainda não ter chegado ao fim.

De um lado, existem os crimes de violência sexual, sendo que somente no ano de 2015 foram denunciados mais de 17,5 mil casos somente em relação ao Disque Denúncia Nacional, conforme dados trazidos por Souza (2017). Existe uma luta do Estado, das famílias e dos organismos nacionais e internacionais, no tocante a sua legislação e seus meios de comunicação, além da existência de alguns programas nacionais com o intuito de solucionar tal problemática. Conforme destacado:

Em 2002, foi criado também o Programa Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes e, em 2003, o Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil (SDH, 2013) 6. Ambos podem ser considerados instrumentos de garantia e defesa de direitos de crianças e adolescentes criando, fortalecendo e implementando uma articulação de ações e metas para assegurar a proteção integral à criança e ao adolescente em situação ou risco de violência sexual (SOUZA, p. 53, 2017).

De outro, existe a discussão se o fato da presunção de violência de forma absoluta, ou seja, não admitindo prova em contrário, já que o que se discute nesses casos é somente a

existência ou não do ato (a materialidade), não estaria indo contra os princípios da família e outros mais, como por exemplo, da paternidade responsável.

5. DAS ESPÉCIES DE VULNERABILIDADE E DAS SUAS PECULARIEDADES.

Como já citado em relação ao conceito do crime em questão, existe mais de uma espécie de vulnerabilidade, podendo o sujeito passivo ser tanto o menor de 14 (quatorze) anos, como o enfermo, o deficiente mental o qual não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou qualquer pessoa que por algum motivo, não pode oferecer resistência.

Em relação ao estupro de vulnerável em face das pessoas com deficiência, inicialmente é importante destacar que estas possuem proteção inclusive no Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/15. Conforme citado pelos autores CABETTE e CABETTE (2018):

Ocorre que, com o surgimento do denominado Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), os deficientes, inclusive mentais, deixaram, na seara civil, de ser incluídos entre os absolutamente incapazes. Essa alteração legal pode remeter a questionamentos sobre sua eventual repercussão no campo penal, mais especificamente no que se refere ao ilícito de “estupro de vulnerável”. Ao menos em tese, é possível questionar a efetiva condição de vulnerabilidade desses deficientes e a legitimidade da repressão penal contra qualquer pessoa que com eles mantenha alguma relação de caráter sexual consentida, ou seja, sem violência ou grave ameaça (CABETTE; CABETTE, p. 213/214, 2018).

Considerando a legislação vigente e o próprio tipo penal do crime de estupro de vulnerável, um dos questionamentos a ser levantado, é se o fato da existência da doença mental ou da enfermidade, por si só, seria o motivo de conferir a vulnerabilidade da vítima do estupro ou o fato de ensejar ou não a presunção de violência, diante dos critérios utilizados.

O primeiro ponto para responder tal questionamento, é o chamado de necessário discernimento ou não da pessoa em questão. Diferente da vítima menor de 14 (quatorze) anos, a qual necessita apenas comprovar a idade, o conhecimento do sujeito ativo e a materialidade do crime (sua existência), em relação a outras espécies de vulneráveis, analisa-se o crime e a capacidade da vítima de exprimir a sua vontade no momento do ato sexual, uma vez que tal capacidade tornaria o crime atípico. Conforme pode ser exposto:

Esse “discernimento” do deficiente, a partir do estatuto, passa a ser visto como regra. Excepcionalmente não estará presente, ensejando medidas protetivas legais nos mais diversos campos, inclusive o penal. Mas, para isso, como bem observa Rosenvald, trazendo à baila a dicção do artigo 4º, III, do Código Civil, com a nova redação dada pelo artigo 114 da Lei 13.146/15, necessário é compreender “falta de discernimento” como “incapacidade de exprimir a própria vontade”⁹. Lembremos que essa capacidade de exprimir a vontade própria não é um conceito que se conforme apenas no plano físico, de emissão de palavras, gestos etc., mas que essa vontade exprimida tem de satisfazer requisitos de validade, isso em qualquer área do direito, estejamos falando de contratos, negócios ou mesmo de atos sexuais. A vontade exprimida com capacidade é aquela realmente livre e consciente, isenta de fraude, coação, erro, violência, horizonte informativo ilusório ou extremamente limitado, ou seja, a liberdade real é qualificada necessariamente por uma ação consciente e informada (CABETTE; CABETTE, p. 218/219, 2018).

Assim, existe uma necessidade de analisar o caso fático, uma vez que o consentimento deve ser válido, evitando que os princípios da liberdade e da igualdade, os quais são trazidos como direitos fundamentais pela Constituição Federal, sirvam como fundamento para a exclusão da tipicidade de um crime contra a liberdade sexual, senão vejamos:

Nessas circunstâncias, não há que se falar em liberdade de ação, em deliberação consciente, em tomada válida de decisão ou em consentimento válido. O indivíduo é uma marionete nas mãos do abusador e a alteração no campo civil em nada influi para a suposta descaracterização do ilícito penal. Pode-se, certamente, ir mais longe. Nessas situações, até mesmo na seara civil, a regra geral da capacidade que não é afetada pela simples presença da enfermidade ou deficiência mental deve ser excepcionada, evitando o risco de que a liberdade conferida à pessoa com deficiência se transforme na mais odiosa injustiça e desigualdade material (CABETTE; CABETTE, p. 232, 2018).

Ademais, em relação à presunção da violência, conforme já citado anteriormente, é necessária a comprovação da vulnerabilidade e das situações descritas no artigo 217-A do Código Penal. Neste sentido, é necessário que o acervo probatório demonstre que apesar da presença da enfermidade ou da deficiência, se a suposta vítima de fato poderia ou não exprimir o seu consentimento no momento do ato, podendo ser comprovada mediante um laudo pericial, por exemplo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Inicialmente, o presente trabalho trouxe o conceito do crime de estupro de vulnerável, como sendo previsto no artigo 217-A do Código Penal, como a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 (quatorze) anos, o qual conforme destacado no §1º do mesmo artigo, incorre na mesma pena quem pratica tais ações 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.

Posteriormente, demonstrou-se que no contexto histórico, as crianças e adolescentes eram vistos como pessoas sem qualquer direito. Após diversas alterações na legislação e com a criação de tratados internacionais, os menores passaram a ser vistos como sujeitos de direitos e os crimes sexuais, passaram a ter maior ênfase e proteção estatal.

Foi destacada ainda, a divergência entre dois princípios, quais sejam: o princípio da presunção de violência, que afirma que o crime de estupro de vulnerável por si só, já presume a existência do uso de violência, independente inclusive da autorização e do consentimento da vítima para o ato sexual. E por outro lado, o princípio da presunção de inocência, destacado pela Constituição Federal de 1988 que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Destacando-se ainda, a criação da Lei 12.015/2009 e a consequência desta, para a visão do crime e aplicação de tais princípios.

Ademais, superada a demonstração acerca da presunção absoluta de violência no crime em questão, demonstrando-se a existência da divergência acerca do tema, foi exposto que apesar da lei ter procurado solucionar tais questões, existiam novas problemáticas. Dentre tais problemáticas, foram destacados: os fatores sociais e a existência vida sexual ativa cada vez mais precoce, principalmente no que diz respeito aos menores de 14 (quatorze) anos e principalmente, os costumes existentes, vistos que são considerados inclusive como fontes do Direito.

Diante de tudo que foi exposto no trabalho em questão, é perceptível que o crime de estupro de vulnerável ainda possui algumas divergências, diante da presunção ou não da violência e das mudanças no âmbito social. E que a legislação tem buscado a maior proteção no que diz respeito à dignidade sexual, com a criação de mecanismos cada vez mais severos no intuito de proteger as vítimas de tais crimes, como por exemplo, o fato de serem vistos como crimes hediondos.

Entretanto, apesar da preocupação existente, questões como a vida sexual, a gravidez e o casamento, vêm como consequências de atitudes e relacionamentos cada vez mais precoces, envolvendo diversos princípios, como a dignidade social, o princípio da família e da paternidade responsável e gerando diversas discussões.

Por tais motivos, conclui-se que as divergências que cercam o crime de estupro de vulnerável ainda persistirão por um longo período. Entretanto, para a legislação vigente, é evidente que o crime em questão, se comprovadas às circunstâncias de vulnerabilidade, demonstram a violência e a gravidade deste tipo penal.

REFERÊNCIAS.

CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Estupro de vulnerável diante do estatuto da pessoa com deficiência.** Disponível em: <http://www.revistajudiciaria.com.br/wp-content/uploads/2018/08/Revista-Judiciaria-15.pdf#page=213>. Acesso em: 31 de março de 2020.

Constituição da República Federativa do Brasil: promulgado em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 de novembro de 2019.

COSTA, Maria Carolina dos Santos. **O Programa de Erradicação do Trabalho Infantil: diretrizes e estratégias de políticas públicas para crianças e adolescentes em Santa Catarina.** Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2019.

Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 31 de março de 2020.

GALLI, Tiago; ROCHA, Paola Souchie. **Estupro de vulnerável: uma análise da presunção de violência no caso de vítima menor de quatorze anos.** Disponível em: [file:///C:/Users/NOTEBOOK/Downloads/3439-12580-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/NOTEBOOK/Downloads/3439-12580-1-PB%20(1).pdf). Acesso em: 31 de março de 2020.

GUIMARÃES, Juliana Vianna. Adequação social como limite á incriminação nos crimes sexuais: da presunção de violência ao estupro de vulneráveis. Trabalho de Conclusão do Curso de Pós-graduação, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da

Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 31 de março de 2020.

Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019. Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13811.htm. Acesso em: 31 de março de 2020.

OLIVEIRA, Gisele Graciano de. Estupro de vulneráveis: condições de ocorrência e suas consequências à luz dos aspectos legais. Disponível em: <https://www.locus.ufv.br/bitstream/handle/123456789/6529/texto%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 de março de 2020.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente: comentado artigo por arquivo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Supremo Tribunal Regional. Súmula 593. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stjrevistasumulas2017_46_capSumulas593-600.pdf. Acesso em: 31 de março de 2020.

SOUZA, Luanna Tomaz. **Os direitos sexuais das crianças e adolescentes no estupro de vulnerável**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 41 – 62, jul/dez. 2017.

TARTUCE, Flávio. A lei 13.811/2019 e o casamento do menor de 16 anos- Primeiras reflexões. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/298911/a-lei-13811-2019-e-o-casamento-do-menor-de-16-anos-primeiras-reflexoes>. Acesso em 28 de março de 2020.

Tribunal de Justiça de Goiás. Des. Luiz Claudio Veiga Braga, Julgado em: 22/01/2019. APR: 200145320118090176, disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/815414732/apelacaocriminalapr00145320118090176?ref=serp>. Acesso em: 31 de março de 2020.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Terceira, Câmara Criminal. Rel. Moacyr de Moraes Lima Filho. Data de publicação: 30/05/2017. APR: 0000286-41.2014.8.24.0002, disponível em: <https://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471917890/apelacao-criminal-apr-2864120148240002-anchieta-0000286-4120148240002?ref=serp>. Acesso em: 31 de março de 2020.

Tribunal de Justiça de Sergipe. Rel. Luiz Antônio Araújo Mendonça, Julgado em: 05/06/2019. Revisão Criminal nº 201900108038 nº único0002395-31.2019.8.25.0000, disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729361430/revisao-criminal-rvcr-23953120198250000?ref=serp>. Acesso em: 31 de março de 2020.

WEILER, Ana Luísa Dessoy. Cultura do estupro, violência sexual e sistema jurídico penal. Trabalho de Conclusão do Curso (Graduação), Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, 2017.