



Centro de Ensino Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

PRISCILA FURTADO DE OLIVEIRA

**VULNERABILIDADE E VALIDADE DO CONSENTIMENTO DO MENOR NO CRIME
DE ESTUPRO**

BRASÍLIA

2015

PRISCILA FURTADO DE OLIVEIRA

**VULNERABILIDADE E VALIDADE DO CONSENTIMENTO DO MENOR NO CRIME
DE ESTUPRO**

Monografia como requisito obrigatório
para obtenção do grau de
bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: George Lopes Leite

BRASÍLIA
2015

PRISCILA FURTADO DE OLIVEIRA

**VULNERABILIDADE E VALIDADE DO CONSENTIMENTO DO MENOR NO CRIME
DE ESTUPRO**

Monografia como requisito obrigatório
para obtenção do grau de
bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: George Lopes Leite

Brasília, ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

PROFESSOR(A) EXAMINADOR(A)

PROFESSOR(A) EXAMINADOR(A)

PROFESSOR(A) EXAMINADOR(A)

RESUMO

O estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A do Código Penal, inserido pelo advento da Lei 12.015/2009, revogou o artigo 224 do Código Penal que tratava da presunção de violência, e buscou-se dar maior proteção às crianças e adolescentes, devido ao fato de que os menores de 14 anos, não tem desenvolvimento suficiente para compreender a seriedade dos atos sexuais, bem como por não possuírem, ainda, total desenvolvimento físico e psíquico necessário. Contudo, essa nova redação vai de encontro à realidade social brasileira atual, e não acaba, por si só, com as discussões que giravam em torno da presunção de violência, se absoluta ou relativa. Após a inserção do conceito de vulnerável, criaram-se novos embates no que diz respeito à relativização da vulnerabilidade da vítima, principalmente em relação aos adolescentes. No mundo atual totalmente globalizado, a conscientização, o acesso às informações, tal como a iniciação sexual está acontecendo cada vez mais cedo. Dessa forma, impossibilidade que o legislador impôs ao julgador, segundo um critério meramente objetivo, de não poder determinar em cada caso concreto a vulnerabilidade e a validade do consentimento daquela criança ou adolescente, vinha acarretando decisões controversas, causando insegurança jurídica, até o recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial Repetitivo.

Palavras-chave: Estupro. Consentimento. Vulnerabilidade. Relativização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O CRIME DE ESTUPRO	07
1.1 Anterior à vigência da Lei n. 12.015/2009	07
1.2 Da presunção de violência absoluta.....	10
1.3 Da presunção de violência relativa.....	12
1.4 Inconstitucionalidade da Presunção de Violência	14
1.5 Posterior à vigência da Lei n. 12.015/2009	16
2 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	22
2.1 Da vulnerabilidade	27
2.2 Do consentimento	32
2.3 Do erro de tipo.....	36
3 CONTROVÉRSIA NA JURISPRUDÊNCIA	39
3.1 Da condenação.....	40
3.2 Da absolvição	43
3.3 Decisão do Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial Repetitivo	48
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

O objetivo principal do presente estudo é analisar o crime de estupro de vulnerável no que tange aos menores de 14 anos, a validade jurídica do consentimento e a vulnerabilidade ou não, das crianças e dos adolescentes diante da realidade do mundo atual.

A escolha do tema se deu devido às discussões existentes na doutrina e na jurisprudência, além de sua importância primordial para a sociedade, tendo em vista tratar-se de um tema delicado, por envolver questões morais e culturais.

Isso porque em 2009 foi promulgada a Lei 12.015 que revogou expressamente o artigo 224 do Código Penal, que despertava dúvidas na doutrina e jurisprudência quanto ao caráter absoluto ou relativo da presunção de violência, e inseriu os artigos 217-A e 218, destinados à tutela específica da figura dos vulneráveis.

A presente redação do artigo surgiu para acabar com as discussões jurisprudenciais e doutrinárias da época a respeito da presunção de violência acerca dos menores de 14 anos, no entanto, o simples critério cronológico adotado pelo legislador para caracterizar a figura do vulnerável é bastante restrita, e inviabiliza que o julgador utilize outro meio para averiguar se houve ou não a violação do bem jurídico tutelado, que é a dignidade sexual daquela criança ou adolescente.

A sociedade brasileira, bem como o mundo em geral, atravessa constante mudança, dentre elas culturais, onde as crianças e os adolescentes se desenvolvem cada vez mais rápido, tendo acesso a diversas informações e por isso iniciam cada vez mais cedo à vida sexual, bem como assumem as responsabilidades do mundo adulto.

É sabido que o Direito Penal deve adaptar-se ao desenvolvimento da sociedade, descriminalizando condutas aceitas e levando em conta o princípio da intervenção mínima do Estado e da adequação social. É diante disso que nasce o questionamento sobre a validade do consentimento da vítima intitulada como vulnerável, teriam os menores de 14 anos desenvolvimento suficiente para entender e consentir com tal ato?

O presente trabalho buscou apresentar as argumentações usadas tanto por aqueles que defendem a validação do consentimento em casos

excepcionais, amoldando-se a vulnerabilidade do menor ao caso concreto, quanto daqueles que acreditam no critério puro e objetivo do tipo, entendimento ratificado pelo STJ.

Para melhor análise, o estudo conta com a seguinte estrutura: no primeiro capítulo o crime de estupro é apresentado de forma geral, ademais, são expostos os argumentos daqueles que defendiam a presunção de violência absoluta e relativa, além de outras alterações realizadas pela Lei 12.015/2009.

No segundo capítulo procedeu-se a análise do crime de estupro de vulnerável, abordando de forma ampla a vulnerabilidade e o consentimento do menor, e o erro de tipo como excludente de tipicidade.

Por fim, no terceiro capítulo, é demonstrada através da jurisprudência a controvérsia existente acerca do tema, e a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça firmando seu posicionamento em sede de Recurso Especial Repetitivo.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O CRIME DE ESTUPRO

O estupro é um crime considerado gravíssimo e punido severamente na maioria das legislações do mundo, no Brasil, a Lei 12.015/2009 criada em 07 de agosto de 2009, fez profundas alterações ao Código Penal (CP), principalmente no que diz respeito aos crimes de estupro e estupro de vulnerável.

A Lei 12.015/09 promoveu importantes alterações no Código Penal brasileiro, datado de 1940, naquilo que diz respeito aos delitos sexuais, a começar pela própria nomenclatura desses delitos. A partir de então, as condutas tipificadas no Título VI do citado Código não configuram mais “crimes contra os costumes”; constituem, outrossim, “crimes contra a dignidade sexual”, espécies do gênero “dignidade da pessoa humana”, compreendida esta, por sua vez, como um conjunto de garantias positivas e negativas¹.

Além de modificar a denominação do Título, outras alterações ocorreram em decorrência da Lei 12.015/2009, como a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, que se caracteriza com a prática de qualquer ato sexual, bem como estabeleceu um critério objetivo para o crime de estupro de vulnerável, no *caput* do artigo 217-A do Código Penal, abandonando o sistema de presunção de violência.

1.1 Anterior à vigência da Lei 12.015/2009

A liberdade sexual como objeto de tutela da lei penal sexual, busca garantir a toda pessoa que tenha capacidade de autodeterminação sexual, exercer a sua liberdade de escolha e de vontade, segundo suas próprias convicções. Caso contrário, a vítima deve exprimir o seu não consentimento de modo objetivo e com clareza, seu dissenso é exigido para a configuração do delito de estupro.²

O que não acontecia com aqueles protegidos pela presunção do artigo 224 do Código Penal, onde se presumia que estes não possuíam capacidade para se autodeterminar sexualmente.

¹ MARTINS, José Renato. *O delito de estupro após o advento da Lei 12.015/2009: Questões controvertidas em face das garantias constitucionais*. Anais do X simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, 2013. p. 28. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2015.

² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial – arts. 121 a 249*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.2.

Encontrava-se consagrada na maioria dos Códigos Penais a presunção de violência nos delitos sexuais, também conhecida por violência ficta, em face da excepcional preocupação do legislador com determinadas pessoas que eram incapazes de consentir ou de manifestar validamente o seu dissenso.³

O delito em tela exige a oposição firme da vítima quanto ao ato sexual, Néelson Hungria ensina:

O dissenso da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca resistência. Não basta uma platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva e inerte. É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física e moral consiga vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito, não há estupro.⁴

Diante desse cenário, antes da vigência da Lei 12.015/2009, era bastante discutido pela doutrina e jurisprudência se essa presunção de violência do artigo 224, concomitantemente ao artigo 213, parágrafo único, ambos do Código Penal, deveria ser aplicada de forma absoluta ou relativa.

No entanto, de acordo com a nova redação inserida pela Lei 12.015/2009, o legislador decidiu por revogar tal artigo sobre presunção de violência, buscando dar fim aos vários embates que estavam acontecendo em razão de sua aplicação.

Certamente, a discussão acerca da qualidade da presunção de violência surgiu: se absoluta (não comportando prova em contrário) ou relativa (possibilitando prova em contrário). Tal debate se dava, em particular, no contexto da idade, pois, quanto aos alienados em geral e pessoas com capacidade diminuída dependia-se, na maioria das vezes, de prova pericial. Mas, apurada a enfermidade ou incapacidade, considerava-se absoluta a presunção.⁵

É importante frisar que não houve *abolitio criminis* da conduta prevista no artigo 214, a ensejar a aplicação dos efeitos benéficos e retroativos constantes no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal. Ela apenas foi

³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial – arts. 121 a 249*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.2. p. 672.

⁴ PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.16.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

incorporada ao artigo precedente, 213 do Código Penal, ou seja, "mudou de endereço".⁶ Houve continuidade normativo-típica, que era proibido antes continua proibido na nova lei.

Além disso, o crime de estupro tinha como sujeito ativo qualquer pessoa, entretanto, o sujeito passivo poderia ser apenas a mulher, no caso de uma mulher forçar um homem a penetrá-la, por exemplo, configurava apenas o crime de constrangimento ilegal, tratando-se de crime próprio⁷. Todavia, para configuração do crime de atentado violento ao pudor, conforme bem explicitado por Greco:

[...]o atentado violento ao pudor pode ser cometido por qualquer pessoa, não exigindo a figura típica constante do art. 214 do Código Penal nenhuma qualidade ou condição especial. Da mesma forma, qualquer pessoa pode figurar como sujeito passivo do delito em estudo, não importando o sexo ou a idade da vítima, sendo, também, por esse enfoque, considerado um crime comum.⁸

Pela legislação antiga, eram distintos o crime de estupro e o crime de atentado violento ao pudor, onde o primeiro só se configurava se houvesse a prática da conjunção carnal e o segundo pela prática de qualquer ato de libidinagem, sendo assim, prevalecia o entendimento de que deveria ser aplicada a regra do concurso material.

A ação penal cabível para o crime de estupro era, em regra, privada, devendo ser procedida mediante queixa crime, com duas exceções, na hipótese da vítima ou seus responsáveis não terem condições de prover às despesas do processo, tornando-se pública condicionada à representação, ou no caso do crime ser cometido com abuso do poder patriarcal, hipótese em que a ação seria pública incondicionada.

Quando qualificado o crime pela lesão corporal de natureza grave ou pelo resultado morte, o entendimento majoritário era de que a ação penal deveria ser pública incondicionada, aplicando-se a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal (STF). No caso de crime de estupro e de atentado violento ao pudor praticado contra as crianças ou adolescentes de que trata o artigo 224, deverá ser obedecida a regra

⁶ ARAÚJO, Tiago Lustosa. O(s) novo(s) crime(s) de estupro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2232, 11 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13307>> Acesso em: 23 abr. 2015.

⁷ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração*. 18.ed. São Paulo: Saraiva. 2014. v.10. p. 12.

⁸ GRECO, Rogério. *Crimes contra dignidade sexual*. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=103>> Acesso em: 24 abr. 2015.

geral do artigo 225 ambos do Código Penal, ou seja, a ação penal será privada, devendo-se proceder mediante queixa crime ou pública condicionada, sendo hipótese do inciso I⁹.

1.2 Da presunção absoluta

Com relação ao revogado artigo 224 do Código Penal aplicado no crime de estupro, quanto a idade da vítima, havia aqueles que consideram tal presunção como sendo absoluta (*iuris et iure*), não podendo ser questionado.¹⁰

O critério adotado pelo legislador era bem claro, e mesmo que alguns não concordassem, não havia o que discutir quanto a sua intenção de proteger aqueles especificados no referido artigo.

Conforme o entendimento de Greco, não existia dado mais objetivo do que a idade:

Assim, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. [...] Não conseguiam entender, permissa venia, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou adolescente menos de 14 (catorze) anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais. Sua personalidade ainda estava em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado¹¹.

Havia diversos julgados nesse sentido, concordando com o impedimento do magistrado em atribuir capacidade no consentimento da vítima menor de 14 anos, mesmo que provocado ou incitado o ato por esta.

Dados e situações não exigidos pela lei penal eram considerados no caso concreto, a fim de se reconhecer ou mesmo afastar a presunção de violência, a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social etc. O que se esquecia, infelizmente, era que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses menores e punir aqueles que

⁹ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 40.

¹⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 10.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. v.3. p. 532.

¹¹ *Ibidem*.

estupidamente deixavam aflorar libido com crianças ou adolescentes ainda em fase de desenvolvimento¹².

Sem embargo da jurisprudência do STF inclinar-se em reconhecer o caráter absoluto da presunção de violência, as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) mostravam-se discrepantes, que ora acompanhavam o pensamento da Corte Suprema, ora o recusavam¹³.

Muito criticada pela doutrina, a violência presumida passou, com o tempo, a ser relativizada pela jurisprudência, a fim de afastar a responsabilidade penal objetiva propugnada pela corrente da presunção absoluta ou *Juris et de jure* - não condizente com o Estado (Constitucional) e Democrático de Direito brasileiro - sendo paradigmática, nesse sentido, a decisão prolatada no julgamento do HC n. 73.662-MG, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.¹⁴

Segundo Greco, essa relativização da presunção de violência considerada nos casos concretos foi o que impulsionou a criação da denominação estupro de vulnerável, fruto da Lei 12.015/2009, identificando a situação de vulnerabilidade da vítima, para que os Tribunais não pudessem mais entender de outra forma quando o ato sexual fosse praticado contra os menores de 14 anos e transcreve parcialmente a Justificação ao projeto que culminou com a edição da Lei:¹⁵

[...] o art. 217 A, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPML advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no

¹² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 10.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. v.3. p. 532..

¹³ TEODORO, Rafael. Presunção absoluta de violência em estupro e atentado violento ao pudor praticados contra vítima menor de 14 anos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4119, 11 out. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32157>> Acesso em: 15 abr. 2015.

¹⁴ ARAÚJO, Tiago Lustosa. O(s) novo(s) crime(s) de estupro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2232, 11 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13307>> Acesso em: 23 abr. 2015.

¹⁵ GRECO. op. cit.

mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.¹⁶

1.3 Da presunção relativa

Para os doutrinadores que defendiam a posição contrária a presunção absoluta, as mutações sofridas pela sociedade, tanto sociais como culturais, faziam com que a incapacidade de consentir da vítima em determinados caso fosse considerada uma ficção jurídica.

Vivemos em um período de intensa revolução em matéria de moral pública sexual, com o desaparecimento de certos preconceitos, consequência de uma nova posição que a mulher vai adquirindo na sociedade. Passa a ser duvidosa a conveniência de proteger penalmente a moral pública sexual, numa sociedade pluralística, em que o interesse social em torno da sexualidade passa a se orientar por outros valores¹⁷.

A determinação objetiva para configuração do tipo penal recebia severas censuras e questionamentos, tendo em vista que o direito deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade em que se encontra inserido.

Presumia-se no tempo do Código Penal (princípio da década de 40) que o menor com até catorze anos não tinha maturidade alguma, muito menos sexual (*inocentia consilii*). Seu consentimento a esse ato, por isso mesmo, era, por ficção legal, de nenhum valor. Cinco décadas mais tarde, a perspectiva do legislador é bem diversa. Cria-se clara distinção entre crianças (pessoa até doze anos incompletos) e adolescentes (pessoa entre doze e dezoito anos de idade) e fica esclarecido que ambos poderiam praticar ato infracional (artigo 105 da Lei n 8.069/90) [...] ¹⁸

Após a promulgação da lei 8.069/90 que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e a distinção do artigo 2º que reza: “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”. O debate acerca da presunção de violência em relação aos adolescentes passou a ser ainda maior.

¹⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 10.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. v.3. p. 532.

¹⁷ FRAGOSO, Fernando. *Lições de direito penal, Parte Especial*. 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1986. p. 1.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de Violência nos Crimes Sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.4, p. 38.

O ordenamento jurídico deve ser coerente e sistemático entre si, assim, surgem as seguintes indagações com relação comparação entre a presunção do artigo 224 do Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Para se sujeitar às medidas punitivas do ECA, a manifestação de vontade do adolescente é válida. Para anuir a um ato sexual não seria? Que diferença fundamental existiria entre compreender o caráter ilícito do fato criminoso (dentro de certas limitações, é verdade) e compreender o caráter sexual de certos comportamentos, ainda mais quando se considera esta última (compreensão), em geral, surge antes daquela?¹⁹

Para Alberto Silva Franco, a questão do caráter relativo ou absoluto baseado na idade da vítima perdeu a relevância que, no passado, lhe era emprestada, sendo certo que a doutrina e a jurisprudência já se pacificaram no sentido de apresentá-la como presunção relativa, posto que afastável quando a ofendida, for prostituta ou de corrupção notória²⁰.

Presumir de maneira absoluta a existência de violência em fatos onde ela não concorre, faz-se surgir certas injustiças, senão vejamos. Sendo assim, punir-se-ia com pena igual um indivíduo perigoso, que mediante violência real, estuprou uma criança de 10 anos, e um jovem diante de seus 18 anos que manteve relações sexuais com sua namorada de 13 anos, já experiente em atos libidinosos, que aparentava mais idade e que consentia com aquele íntimo relacionamento.²¹

Luis Regis Prado em seu livro fala sobre a mutação da sociedade, evoluindo quanto a temas polêmicos e que antes não eram discutidos tão abertamente quanto agora, ademais defende o ponto de vista de que as crianças e os adolescentes se mostram cada vez mais capacitados para se autodeterminar, citando Marcio Bártoli, explica que:

Não se pode olvidar, ainda, que a realidade social sofreu mutações em todos os níveis, inclusive no que tange ao sexo que, deixando de ser tabu, passou a ser discutido com frequência em diversos lugares em que a criança e adolescente se encontrem inseridos, de modo que não é mais possível afirmar que uma pessoa com menos de

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de Violência nos Crimes Sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.4, p. 38.

²⁰ FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 1.172-1.173.

²¹ DANTAS, Bruno Macedo. Estupro presumido: apontamentos acerca da presunção de violência elencada no art. 224, alínea "a" do Código Penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 35, 1 out. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1040>> Acesso em: 23 abr. 2015.

quatorze anos seja insciente sobre as coisas do sexo. Estabelecer-se um critério etário para a autodeterminação sexual de uma pessoa afronta a lógica e o bom senso, já que a partir de uma idade legalmente fixada esta pode livremente decidir sobre sua vida sexual, mas se encontra proibido de fazê-lo as vésperas de tal fator temporal²².

Nesse contexto, é emblemático o voto do Ministro Marco Aurélio:

A presunção não é absoluta, cedendo às 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 seu depoimento e era de conhecimento público [...] A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas.²³

Ante todas as argumentações e controvérsias sobre a aplicação da presunção de forma absoluta ou relativa no crime de estupro, foi promulgada no dia 07 de agosto de 2009 a Lei 12.015/2009, modificando a redação anterior que previa os crimes contra os costumes, revogando o artigo 224 do Código Penal e intitulando os menores de 14 anos como vulneráveis, não existindo mais a presunção ou não de violência para que o crime fosse caracterizado, dentre outras mudanças.

1.4 Inconstitucionalidade da Presunção de Violência

Em meio às controversas de que seria a presunção de violência do artigo 224 do Código Penal relativa ou absoluta, alguns consideravam este dispositivo como sendo inconstitucional e, portanto, resultava em decisões injustas. Segundo os doutrinadores que defendiam essa ideia, a norma era anterior a Constituição Federal e não havia sido recepcionada por esta, o direito penal da culpa é inconciliável com as presunções de fato, o direito penal moderno não tolera

²² PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. 3.ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.3.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 73.662/ MG, 2ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello, j. em 21-5-2005. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/62-42-Junho-1996> Acesso em: 23 abr. 2015.

a responsabilidade objetiva se a conduta prescinde de elemento subjetivo e a violência física não pode ser substituída pela violência de forma presumida.²⁴

Para Nucci, a expressão gerou polêmica, pois, no direito penal, é difícil aceitar qualquer tipo de presunção contra os interesses do réu, que é inocente até sentença condenatória definitiva.²⁵ A responsabilização de forma objetiva do réu não condiz com os princípios regentes da norma penal brasileira, não é difícil constatar o flagrante desrespeito à garantia constitucional da presunção de inocência, instituído no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, em perfeita sintonia ao princípio do *in dubio pro reo*.²⁶

No sistema jurídico brasileiro, todo acusado é presumido inocente até que se comprove legalmente sua culpa, sendo assim, deve-se comprovar a culpabilidade. Para Gomes a presunção de inocência comporta uma dupla de exigência:

a) que ninguém pode ser considerado culpado até que assim estabeleça uma sentença condenatória transitada em julgado; b) e as consequências da incerteza sobre a existência dos fatos e sua atribuição culpável ao acusado beneficiam este, impondo uma carga material da prova às partes acusadoras.²⁷

Assim sendo, como a presunção de violência desobriga o acusador de comprová-la, devendo comprovar somente a situação de que a vítima se encaixaria nos moldes do artigo 224 do Código Penal, segundo Gomes: “Essa desobrigação (advinda de determinação infraconstitucional) confronta de cheio com o princípio (constitucional) da presunção de inocência, como regra probatória, que exige do acusador a prova dos fatos (em sua integralidade)”. Portanto, o direito penal estaria punindo o acusado não de um fato praticado por este, mas por um fato presumido pela lei.²⁸

Ora, como poderia o acusado ter presumidamente utilizado de violência quando, na verdade, impera na legislação brasileira, a ideia de que o réu é

²⁴ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 15.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 2012. p. 966.

²⁶ CARVALHO, Vicente de Paula Santos. *O estupro de vulnerável na reforma promovida pela lei 12.015/2009*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2451/1797>> Acesso em: 23 abr. 2015.

²⁷ BORGES, Julia Melo Saldanha. Relativização da violência sexual presumida e a tutela do menor. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2160, 31 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12815>> Acesso em: 23 abr. 2015.

²⁸ *Ibidem*.

presumidamente inocente até se prove o contrário, ou seja, até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória?

A menoridade da vítima e sua incapacidade absoluta de consentir, substitui, no caso, um elemento típico do art. 213 e similares, que é a violência real. Nada mais. E isso, a meu ver, não é inconstitucional: a personalidade de responsabilidade penal – que é o princípio constitucional a considerar – não veda ao legislador equiparar, na tipificação dos delitos contra a liberdade sexual, à violência ou à ameaça a irrelevância de eventual consentimento de vítima, que se reputa absolutamente incapaz e consentir.²⁹

Não obstante, a posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal é de que a antiga presunção de violência do artigo 224 do Código Penal, não é inconstitucional tendo em vista que não impõe culpabilidade ao agente, apenas impõe que aqueles que ali estão não são capazes de consentir o ato sexual.

1.5 Posterior à vigência da Lei 12.015/2009

A Lei 12.015/2009 foi responsável por criar, alterar e revogar diversos crimes do Código Penal que diziam respeito às condutas tipificadas no Título VI “Dos crimes contra os costumes”, agora chamado “Dos crimes contra a dignidade sexual”, já que a matéria penal e a legislação como um todo, deve buscar adaptar-se e acompanhar os avanços da sociedade.

A mudança do título foi uma resposta às inúmeras reivindicações dos doutrinadores ao sustentarem que os crimes elencados no Título VI não atentavam contra a moralidade pública ou coletiva, mas sim contra a dignidade e a liberdade sexual das vítimas. A dignidade sexual encerra o conceito de intimidade e revela-se em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento basilar da Constituição de 1988 (art. 1º, III)³⁰.

Na legislação atual, a prática de violência deve ser real, a presunção de violência recepcionada anteriormente não era mais adequada à realidade social da época, e causava muitos entendimentos controvertidos a respeito de seu caráter

²⁹ BORGES, Julia Melo Saldanha. Relativização da violência sexual presumida e a tutela do menor. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2160, 31 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12815>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

³⁰ MERLO, Ana Karina França. Considerações práticas à Lei nº 12.015/09 no Título VI do Código Penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2428, 23 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14394>> Acesso em: 14 abr. 2015.

relativo e absoluto, tanto na jurisprudência pátria, quanto na doutrina. Muito se dava primeiramente ao fato de que a inocência e a pureza dos menores de 14 anos, depois da década de 80, não eram mais vistas de forma absoluta pela sociedade, e conseqüentemente, pelos Tribunais, devendo-se relativizar a presunção de violência, para que fosse analisado o caso concreto.

Em alguns dispositivos, a lei se preocupou em conferir aos menores de 18 anos proteção especial, principalmente devido ao crescimento dos abusos sexuais e da proliferação da prostituição infantil. Todavia, o tratamento se deu de forma diferenciada em relação ao menor de 14 anos e ao maior de 14 e menor de 18 anos, reconhecendo a esses últimos certa liberdade sexual.³¹

Na reforma instituída pela Lei 12.015/2009, o legislador soube inovar em alguns crimes, afastando aqueles arcaicos e inapropriados referentes às ideias de moral e bons costumes que eram presentes na versão original do Código Penal e não mais se encaixavam. Todavia, também deixou a desejar em vários outros pontos, como na manutenção de tipos de necessidade duvidosa e no emprego de técnica legislativa deficiente.³² Pacífico é ainda o entendimento de que pode haver o cometimento de estupro contra a própria esposa, e vice versa, conforme redação do artigo 226, inciso II, do Código Penal.³³

Das diversas modificações, as que geraram maiores repercussões foram aquelas com relação ao crime de estupro, que passou a ser classificado como crime comum, de ação múltipla, material, comissivo, instantâneo, de dano, unissubjetivo e plurissubsistente.

Admite-se ainda coautoria e participação nos crimes de estupro, o primeiro é aquele que emprega a violência ou grave ameaça, ou seja, pratica os atos executórios do tipo, todavia não participa da conjunção carnal ou do ato de libidinagem em si. Enquanto a participação acontece quando alguém apenas instiga ou incentiva outrem a cometer o crime de estupro.

No caso do crime de estupro de vulnerável, o delito pode também ser praticado por omissão imprópria, nas hipóteses em que o agente goza do status

³¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento, *Manual de direito penal: Parte especial*, arts. 121 a 234 B do CP. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2014. v.2.

³² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, parte especial – arts. 121 a 249. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.2.

³³ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.10. p. 14.

de garantidor, nos termos do artigo 13, § 2º do Código Penal, onde a omissão é punida com as mesmas penas da prática direta.³⁴

Sem muito esforço, percebe-se que o legislador criou uma figura típica em substituição às hipóteses de presunção de violência previstas no revogado artigo 224 do Código Penal. Assim, no caput do artigo 217 A foi previsto o estupro de vulnerável, considerando como vítimas os menores de 14 anos, e no § 1º do mencionado artigo, também foram previstas as outras causas de vulnerabilidade da vítima que estavam expostas no artigo 224.

Dentre outras mudanças, foi revogado o artigo 223 do Código Penal, que tratava das formas qualificadas do crime de estupro, todavia foram criadas com a nova lei duas formas qualificadoras do crime de estupro, nos parágrafos 1º e 2º do artigo 213 do Código Penal, no primeiro caso, deve resultar lesão corporal de natureza grave ou a vítima ser menor de 18 ou maior de 14 anos, no segundo caso, aplica-se a qualificadora se da conduta resulta morte da vítima.

Ressalta-se que com o advento da Lei 12.015/2009 a prática de atos de libidinagem com maiores de 14 anos, tornaram-se condutas totalmente atípicas, salvo quando praticadas com menores em situação de prostituição ou exploração sexual. No caso de estupro contra adolescentes acima de 14 anos, o agente responde pelo crime tipificado no artigo 213 do Código Penal.

No que diz respeito ao tipo subjetivo dos crimes de estupro e estupro de vulnerável, seu elemento é o dolo, não admitindo a forma culposa do delito. O dolo deve compreender a noção de vontade livre e consciente de realizar a ação proibida, lesando o bem jurídico tutelado, ou seja, significa conhecer e querer os elementos do tipo penal.³⁵ No crime de estupro de vulnerável, admite-se ainda a modalidade de dolo eventual, uma vez que o agente ativo quando em dúvida com relação a idade da vítima devido as circunstâncias, pratica a conduta, assume o risco.

A ação penal conforme reza o artigo 225 do Código Penal, em regra, é condicionada à representação no crime de estupro do artigo 213 do Código Penal, caput e pública incondicionada quando a vítima for menor de 18 anos. Com relação à ação penal do crime de estupro de vulnerável, artigo 217 A, a ação penal será

³⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 11.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. v.2.

³⁵ FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 95

sempre pública incondicionada.³⁶ Além disso, mantiveram-se com a nova lei a hediondez, tanto o crime de estupro simples, como o novo crime de estupro de vulnerável.

[...] o condenado pelo delito de estupro (simples ou de vulnerável) não poderá ser beneficiado com graça, anistia, indulto ou fiança, e cumprirá a pena aplicada em regime inicialmente fechado, só podendo obter a progressão de regime prisional após cumprir 2/5 da pena privativa de liberdade, se for primário, ou 3/5, se for reincidente, além do fato de ele apresentar bom comportamento carcerário³⁷.

Ainda, foram unificados no mesmo tipo o crime de estupro e o do atentado violento ao pudor, antes previstos nos artigos 213, e 214 do Código Penal respectivamente. A distinção era simples: no estupro o fim era a conjunção carnal, ainda que incompleta, enquanto no atentado violento ao pudor era qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal, o que na prática era extremamente complicado de se distinguir, por ser elemento subjetivo do tipo. Outra distinção é que o crime de estupro era cometido somente contra mulheres, diferentemente do atentado violento ao pudor, que abrangia como vítima ambos os sexos.

Para esclarecer melhor, a conjunção carnal pode ser entendida como a penetração, total ou parcial, do pênis na vagina, enquanto os atos libidinosos implicam em todos os atos em que o agente satisfaz sua lascívia, tanto quando a vítima é obrigada a praticar tal ato no agente, como masturba-lo, como quando a vítima é obrigada a permitir que com ela se pratique tal ato, exemplo de quando o agente masturba a vítima.

Contudo, não é exigido que o agente necessariamente satisfaça sua lascívia com o ato sexual, se este estiver apenas constrangendo mediante violência ou grave ameaça, o agente passivo, para vingar-se ou humilha-lo por meio de tal ato, também configura-se o crime de estupro. Importante frisar ainda que não é necessário para configuração do crime de estupro que haja contato físico entre as partes, o pressuposto do tipo penal é o envolvimento corporal da vítima no ato sexual.

³⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 11.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. v.3.

³⁷ MARTINS, José Renato. *O delito de estupro após o advento da Lei 12.015/2009: Questões controvertidas em face das garantias constitucionais*. Anais do X simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, 2013. p. 29. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2015.

Nota-se que o legislador não distinguiu os atos libidinosos significativos ou aqueles de menor importância, se enquadrando qualquer ato de caráter sexual no delito de estupro, contudo a doutrina busca afastar aqueles atos tidos como irrelevantes, como, por exemplo, o beijo lascivo.

Ademais ao tornar-se crime único, ocorreu uma mudança benéfica na esfera penal, devendo a nova lei, por sua vez, retroagir para alcançar os fatos pretéritos. Assim, o condenado anteriormente em concurso material por ter praticado as duas condutas nucleares do tipo, no mesmo contexto fático, será beneficiado com a alteração. Caso o agente já esteja cumprindo pena, competirá ao juiz da execução corrigi-la aplicando a lei mais benéfica (art. 66, I, da Lei de Execuções Penais, e Súmula n. 611 do STF)³⁸.

Para Greco, a lei inovou ao prever no crime de estupro, a qualificadora quando a vítima é menor de 18 anos e maior de 14 anos, isso porque, por mais que as pessoas que vivem no século XXI tenham um comportamento sexual diferente daquelas que viviam em séculos passados, ainda pode-se afirmar que os adolescentes entre 14 e 18 anos de idade ainda carecem de proteção especial.³⁹

No artigo 213, em seu § 1º, pune-se quando a vítima é maior de catorze anos e menor de dezoito, ao passo que no artigo 217-A, pune-se a conduta contra menor de catorze anos. Por isso, pode-se entender que o sujeito completa os catorze anos à zero hora do dia de seu aniversário.⁴⁰ Alguns doutrinadores minoritários chegaram a apontar uma lacuna na lei, se o ato praticado fosse contra quem possui exatos 14 anos, por exemplo.

Contudo, o entendimento que prevalece é o de que, até à zero hora do dia de seu aniversário de catorze anos, o sujeito é menor de catorze anos, visto que tem 13 anos, 11 meses, 29 dias e algumas horas, e, portanto, é vítima considerada vulnerável e está amparada pelo artigo 217-A do Código Penal, independe consentimento, grave ameaça ou consentimento para a prática do ato sexual. Dado que ao completar 14 anos à zero hora do dia de seu aniversário, a

³⁸ MERLO, Ana Karina França. Considerações práticas à Lei nº 12.015/09 no Título VI do Código Penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2428, 23 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14394>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

³⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial* 11.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. v.3.

⁴⁰ FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 83.

vítima ganha autonomia para consentir, todavia continua protegida pela qualificadora do § 1º, artigo 213 da norma.⁴¹

Sendo assim, se o agente mediante consentimento da vítima, com ela, tem conjunção carnal no dia de seu aniversário, em que completa 14 anos, o fato será considerado atípico. Contudo, no mesmo caso, havendo algum tipo de constrangimento, no sentido de forçar a vítima ao ato sexual, caracteriza-se o delito do artigo 213, § 1º do Código Penal.⁴²

⁴¹ FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 83.

⁴² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial* 11.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. v.3.

2 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

A tutela penal no campo sexual estende-se, com maior zelo, em relação às pessoas incapazes de externar seu consentimento racional e seguro de forma plena. Haja vista que pessoas incapazes podem se relacionar sexualmente sem que tenha sofrido coação física, porém teria ocorrido uma coação psicológica, diante do estado natural e inerente de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado.⁴³

A Lei 12.015/2009, em seu artigo 217-A, criou a figura dos vulneráveis para as pessoas inseridas no polo passivo do delito, que antes se encontravam no artigo 224, ambos do Código Penal. Em síntese, na elaboração do tipo em comento ocorreu a soma dos antigos art. 213 e art. 214 quando praticados nas circunstâncias do revogado art. 224.⁴⁴ A mudança inserida, no entanto, foi inicialmente positiva, mas não o suficiente para acabar de vez com as presunções acerca do tipo penal.

[...] trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não tem a referida capacidade para consentir. Entretanto, inseriu-se no termo vulnerável o que antes se denominava singelamente presunção de violência.⁴⁵

Nucci defende o posicionamento de que o legislador simplesmente inseriu tacitamente a coação psicológica no tipo idealizado, não mais falando em presunção, termo que sempre gerou polêmica no direito penal, por atuar contra o interesse do réu. Proibindo o relacionamento sexual do vulnerável, considerado menor de 14 anos, o enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, bem como aquele, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência. Em outros termos, o legislador reproduziu o disposto no artigo 224 no tipo penal do

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁴⁴ MERLO, Ana Karina França. Considerações práticas à Lei nº 12.015/09 no Título VI do Código Penal. Revista Jus Navigandi. Teresina, 2015, n. 2428, 23 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14394>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme De Souza. *Manual de direito penal: parte geral*, parte especial. 6.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

artigo 217-A, ambos do Código Penal, sem mencionar a expressão violência presumida.⁴⁶

Outra mudança foi no sentido de que não aparece mais o verbo constranger no tipo penal, tendo sido substituído pelo verbo ter. Segundo José Pierangeli e Carmo de Souza, o verbo constranger tem sentido de imposição coativa, e significa forçar, obrigar, coagir, não ocorrendo mais na nova tipificação. No sentido do texto, o verbo ter apresenta o sentido de conquistar, adquirir, atrair, se encaixando melhor na nova tipificação.⁴⁷

Porém, os comportamentos previstos no tipo penal podem ou não ser cometidos mediante o emprego de violência, grave ameaça ou fraude. Todavia o mais importante é a vítima, para saber se esta encaixa em alguma das situações previstas no artigo 217-A. O delito em estudo absorve os crimes dos artigos 213 e 215 do Código Penal, mesmo não os prevendo como elementos do tipo, devido à relação de especialidade que decorre da condição do sujeito passivo, tais circunstâncias devem ser valoradas pelo juiz na fixação da pena.⁴⁸

Diferencia-se ainda o estupro de vulnerável da corrupção de menores, artigo 218 do Código Penal, porque neste delito o agente não pratica ato libidinoso com o menor de 14 anos, mas o induz a satisfazer a lascívia de outrem. Assim sendo, também não pratica estupro de vulnerável aquele que mantém conjunção carnal ou pratica atos libidinosos na presença do menor de 14 anos, ou o induz a presenciá-lo, configurando o crime descrito no artigo 218 A do Código Penal.⁴⁹

Na atual redação do artigo 217-A, estupro de vulnerável, basta apenas que alguém pratique atos sexuais com menores de 14 anos para que o crime seja caracterizado, ainda que a própria vítima deixe claro que consentiu com o ato e/ou tenha experiência sexual anterior, como reza o artigo 217-A do Código Penal: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos”⁵⁰. Tutelam-se aspectos como a dignidade sexual, o sadio desenvolvimento

⁴⁶ NUCCI, Guilherme De Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

⁴⁷ PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 56.

⁴⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato Nascimento. *Manual de direito penal: Parte especial*, arts. 121 a 234 B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v.2.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ NUCCI. Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 2012.

sexual e a liberdade física e psíquica, em matéria sexual, de pessoas que a lei considera mais vulnerável ao abuso sexual.⁵¹

No crime de estupro de vulnerável, assim como no estupro do artigo 213 do Código penal, o tipo subjetivo é exclusivamente doloso, não se punindo a hipótese de prática das condutas descritas por imperícia, imprudência ou negligência, características do tipo subjetivo culposo.⁵²

No que tange aos sujeitos ativo e passivo para a configuração do tipo penal, assim como no crime de estupro, no estupro de vulnerável o sujeito ativo pode ser homem ou mulher. Para a conjunção carnal, o sujeito passivo pode ser de ambos os sexos, e para a configuração de atos libidinosos é possível até mesmo que autor e vítima sejam pessoas do mesmo sexo.⁵³

No entanto, Nucci profetiza ao dizer que a proteção conferida aos menores de quatorze anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial.⁵⁴ O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência.⁵⁵

Contudo, alguns doutrinadores como Rogério Greco, afirmam que a determinação da idade para configuração do tipo penal foi uma eleição político criminal feita pelo legislador. Onde não se está presumindo nada, ou seja, está somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique qualquer outro ato libidinoso com menores de 14 anos, bem como aqueles mencionados no § 1º do artigo 217-A do Código Penal.⁵⁶

O que parece é que o legislador buscou proteger com a lei penal um bem jurídico de suma importância, todavia, perdeu-se no que realmente deveria ser resguardado, quando a própria vítima, demonstra não haver qualquer prejuízo sofrido, não haver bem jurídico violado, e mesmo assim o Estado punir o agente como se criminoso fosse, pois com a nova redação: “A menor idade passou a ser elemento do crime de estupro de vulnerável, optando o legislador por manter a

⁵¹ MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato Nascimento. *Manual de direito penal: Parte especial*, arts. 121 a 234 B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v.2.

⁵² FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 95.

⁵³ MIRABETE; FABBRINI. op.cit. p. 412.

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.4.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 37.

⁵⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 11.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. v.3.

posição doutrinária de que o menor não tem liberdade, ou se tem, não tem consentimento para exercê-la em razão da idade”.⁵⁷ Nada pode romper com a barreira de vulnerabilidade dos menores de 14 anos, que foi rotulado assim pelo entendimento do legislador, nem a experiência da sexual da vítima, nem o consentimento dessa e nem o conhecimento dos seus próprios pais.

Importa dizer que, no aniversário de 14 anos, deixa de ser vulnerável. Ora, um dia apenas não vai fazer com que o adolescente se desenvolva e tenha completo entendimento dos atos praticados. Não se trata de uma mudança de fase da vida, como ocorre na transição da infância para a adolescência. Assim, tem que estar presentes as elementares “violência ou grave ameaça” para a configuração do delito, sendo regulamentado pelo art. 213, § 1º, ou seja, estupro qualificado pela idade da vítima.⁵⁸

O nome do título VI, “Dos crimes contra a Liberdade Sexual”, aponta como bens juridicamente protegidos pelo artigo 217-A, tanto a liberdade quanto a dignidade sexual, além disso, pode-se apontar também o desenvolvimento sexual como bem juridicamente tutelado pelo tipo penal em estudo.⁵⁹

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.⁶⁰ Assim, demonstra que cada indivíduo tem livre disposição de seu corpo e tudo deve girar em torno da manifestação de vontade, se os atos praticados foram ou não consensuais. O que se contradiz ao critério adotado no crime de estupro de vulnerável, onde não se leva em consideração a vontade da vítima, com o argumento de que essas são pessoas vulneráveis devido à idade e não apresentam discernimento suficiente para consentir validamente a prática de tais atos, quando se trata da liberdade para dispor do seu corpo para o ato sexual.

É indispensável, nesse talante, ser o vulnerável consultado sobre a consciência que tenha de sua dignidade sexual, se tem conhecimento e consciência sobre as consequências de sua utilização; se é capaz de consentir ao ato sexual com responsabilidade. Isso porque a norma penal generalizou a proibição

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*: de acordo com a Lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 99.

⁵⁸ LARANJEIRA, Tiara Badaró. *Relativização da vulnerabilidade sexual nos termos do art. 217-A, caput, do Código Penal*. dez. 2012. Disponível em: <<http://tiarabadaro.jusbrasil.com.br/artigos/112354505/relativizacao-da-vulnerabilidade-sexual-nos-termos-do-art-217-a-caput-do-codigo-penal>> Acesso em: 23 abr. 2015.

⁵⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial* 11.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. v.3.

⁶⁰ *Ibidem*.

para os menores de catorze anos no caput, indicando que os indivíduos menores de catorze anos não podem exercer sua sexualidade, e flexibilizou-a, na letra do § 1º, em qualquer caso, quando se puder identificar no sujeito o necessário discernimento para a prática de atos sexuais.⁶¹

A grande problemática do estupro de vulnerável segundo Nucci é a dificuldade encontrada em estabelecer critérios objetivos para que possamos ser capazes de identificar a idade na qual a criança ou o adolescente possuem discernimento suficiente para compreender tudo que abrange o ato sexual em si, para que sejam os vulneráveis tutelados, e punidos rigorosamente aqueles que se aproveitam da sua vulnerabilidade, sem que seja ferido com isso o princípio da liberdade do ser humano.⁶² Visto que, se de um lado devemos observar a fragilidade da criança e do adolescente, que necessitam de uma rigorosa tutela estatal, do outro lado se encontra a liberdade do indivíduo, que tem o direito de escolher a idade e o momento que pretende iniciar suas relações sexuais.

Ao que parece, foi clara a intenção do legislador ao utilizar o critério objetivo e o vocábulo vulnerável para tipificar o crime, porém, talvez não tenha sido a melhor escolha a ser feita, quando o mesmo poderia ter aproveitado para dar margem maior aos magistrados, haja vista que a discussão acerca da relativização é antiga.

[...] trabalhar com a condição humana, contextualizar o problema apresentado como um fato além do jurídico. A relação do juiz com o conflito não pode ser concebida de forma reducionista, nem disjuntiva. Não pode o magistrado recusar-se a enfrentar a complexidade dos conflitos que lhe são apresentados. Suas ações devem convergir para uma consciência humanística, ética e reflexiva sobre a condição humana.⁶³

Fábio Fayet acredita que o problema dessa norma restrita será ainda maior nos casos em que dois menores de catorze anos resolvam praticar relações sexuais saudáveis, no curso de um relacionamento seja ele breve ou duradouro, como parte de sua iniciação sexual. Os dois agentes estariam em situação de risco iminente, pois a conduta configuraria o tipo do artigo 217-A do Código Penal, e logo

⁶¹ FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 93.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*: de acordo com a Lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁶³ GRANJEIRO, Ivonete. *Abuso Sexual Infantil: a dimensão interdisciplinar entre direito e psicologia*. Brasília: Encanto das Letras, 2013. p. 21.

após terminarem o relacionamento, um deles se sentir traído ou usado, poderá fazer uso da norma penal como vingança pessoal, na medida em que, formalmente, fora vítima do crime de estupro de vulnerável.⁶⁴

Acontece que com a norma estanque, esse tipo de relacionamento com vulneráveis, vem sendo usada para desforra não só pessoal, mas também dos responsáveis pelo vulnerável que permitiram a relação e aproveitam-se da norma para chantagear, ou após o fim do relacionamento que não termine de forma amigável para ambas as partes, para vingar os menores e a si próprio.

Conforme bem explicitado por Fayet, o objetivo da norma não deveria ser de amarrar o vulnerável a uma realidade assexuada, mas sim, propiciar o seu pleno desenvolvimento sexual, sem abusos ou quaisquer outros problemas, para que respeitado o vulnerável, tenhamos um adolescente consciente da importância de sua sexualidade.⁶⁵

A conduta do agente não deveria simplesmente se amoldar as elementares do tipo penal, além disso, deve haver uma real lesão ao bem jurídico tutelado, portanto, não havendo a ofensa a dignidade sexual da vítima, não há lesão e deveria inexistir o crime.

Como bem exemplificado por Damásio de Jesus, quando um adolescente de 13 anos de idade, possui um relacionamento, independente de duração, de forma consciente e voluntária, com alguém maior de idade, e mantém relações sexuais com este, não há liberdade sexual sendo violada.⁶⁶

2. 1 Da vulnerabilidade

Como já era previsto, diferentemente do que buscava o legislador com a criação da redação da Lei 12.015/2009, continuaram-se as discussões a respeito do crime de estupro contra menores de 14 anos, agora vulneráveis, segundo a lei. Mudando o foco das controvérsias retirado da presunção de violência para a vulnerabilidade da vítima.

⁶⁴ FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal, parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. São Paulo: Saraiva, 2011. v.3. p. 156.

Em outros termos, reproduz-se o disposto no art. 224 no novo tipo penal do art. 217-A, sem mencionar a expressão violência presumida. Entretanto, não se vai apagar a própria etimologia do vocábulo estupro, que significa coito forçado, violação sexual com emprego de violência física ou moral. Ademais, a rubrica do tipo penal traz o termo estupro de vulnerável, representando uma violação forçada no campo sexual⁶⁷.

Segundo relato de um artigo da Revista Problemas Brasileiros uma menina de 11 anos afirma ter perdido a virgindade aos 9 anos com um namorado 8 anos mais velho que ela, e desde então, pratica sexo por vontade própria. A menina, apesar do corpo ainda não totalmente desenvolvido, se considera experiente e pede com frequência preservativos à projetos sociais que ajudam crianças e famílias vítimas de exploração sexual.⁶⁸

O conceito de vítima vulnerável, não deveria se basear apenas em uma idade específica, segundo Damásio de Jesus:

Vítima vulnerável é a que apresenta uma diminuição física, psíquica ou sensorial estacionada ou progressiva, configurando causa de dificuldade de aprendizagem, de relacionamento ou de integração laborativa, determinando um processo de desvantagem social [...]⁶⁹

O legislador quando deixa de lado a discricionariedade do juiz, para abranger somente o aspecto cronológico, se esquece de que o desenvolvimento de uma criança ou adolescente ainda que da mesma idade, pode se dar de maneira mais rápida ou mais demorada. O desenvolvimento de um indivíduo não depende apenas do aspecto cronológico, que é a idade, mas do meio social em que convive, das pessoas com as quais se envolve, entre vários outros fatores que influenciam o desenvolvimento da pessoa humana.

A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema sexo flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas até com menos de 14 anos de idade uma visão teórica da

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*: de acordo com a Lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 101.

⁶⁸ MILANI, Aloisio. *Violência silenciosa*: Exploração e abuso sexual de menores desafiam políticas públicas. São Paulo: Problemas Brasileiros, n 359, 2003. Disponível em: <http://www.sescsp.org.br/online/artigo/2244_VIOLENCIA+SILENCIOSA#/tagcloud=lista> Acesso em: 25 ago. 2015.

⁶⁹ JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal, parte especial*: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. São Paulo: Saraiva, 2011. v.3. p. 156.

vida sexual, possibilitando-a a rechaçar as propostas e agressões que nessa área se produzem e uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo.⁷⁰

O que torna a redação da Lei 12.015/2009 ainda mais discutível, é que a legislação penal mostra-se bastante confusa quanto ao critério etário que deve ser protegido de uma forma mais cautelosa pelo Estado, visto que ora protege “a criança e o adolescente”, ora “o menor de 14 anos”, ora “o menor de 18 anos”. É importante ressaltar que para a configuração do tipo é necessário que o agente tenha consciência de que a vítima é menor de catorze anos, caso a vítima minta ou todas as circunstâncias fáticas apontem no sentido de que se trata de indivíduo maior de 14 anos, a vulnerabilidade é abrangida pelo erro de tipo.⁷¹

Não bastasse o critério cronológico adotado pelo legislador para impor a prática de um crime hediondo a alguém, este ainda estabeleceu a idade de 14 anos, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente considera que os adolescentes (maiores de 12 anos e menores de 18 anos) tem certa capacidade de discernimento e por isso são responsabilizados por seus atos infracionais, enquanto as crianças (menores de 12 anos) não tem nenhuma capacidade de discernir, e conseqüentemente, não respondem por seus atos. “Ora, se o menor adolescente, pela lei, dentro de certos limites, é encarado como capaz de compreender o sentido ético do seu ato infracional, não há como excluir da mesma capacidade de compreensão os atos sexuais.”⁷²

Assim citou Carlos Antônio R. Ribeiro:

[...] se o menor a partir de 12 anos pode sofrer medidas socioeducativas, por ser considerado pelo legislador, capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram em todos os locais, em especial nos lares de quem quer que seja, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente frente a um ato sexual.⁷³

⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 37.

⁷¹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 412.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ RIBEIRO, Carlos Antônio Rodrigues. Violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*. v.5, n. 12, p. 216.

Ao manter a idade de 14 anos como critério objetivo, o legislador deixou de observar a evolução histórica da sociedade, que afasta cada dia mais, a inocência dos jovens para a prática da relação sexual, como também entrou em conflito com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Primeiro, porque a história é um elemento essencial do direito, por isso que as presunções legais (a condição de vulnerável encerra um presunção legal implícita de impossibilidade de autodefesa) têm, em princípio, valor relativo. Segundo, porque o legislador não pode suprimir a liberdade de alguém a pretexto de protegê-la. Terceiro, porque não existem direitos absolutos, uma vez que a absolutização de um direito implicaria, inevitavelmente, a negação mesma do direito (v.g., absolutizar o direito à liberdade de expressão importaria na anulação do direito à honra e vice-versa).⁷⁴

A vulnerabilidade tem caráter absoluto, admitindo exceção, nos casos em que a vítima for adolescente, seu entendimento é justificado pela realidade dos fatos, tendo em vista a precocidade e facilidade com que as crianças lidam com os assuntos relacionados à sexualidade.⁷⁵

Quanto à vulnerabilidade sexual de crianças, frise-se menores de 12 anos, não há qualquer questionamento a ser feito. A proteção devia ser ainda mais ampliada, se possível. Não são raros os casos reportados de pais ou padrastos que abusam sexualmente de crianças, em especial do sexo feminino, aproveitando do “poder de mando” e da fragilidade da vítima. Ocorre ainda de contarem com a ajuda da mãe da criança, seja auxiliando ou omitindo.⁷⁶

Nesse sentido, Winfried Hassemer: “El legislador debía castigar sólo aquellos comportamientos que amenazaban un bien jurídico; los actos que sólo atentaban a la moral, a valores sociales o contra el soberano debían excluirse del catálogo de delitos”.⁷⁷

⁷⁴ QUEIROZ, Paulo. *Do Estupro*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/do-estupro>> Acesso em: 25 out. 2014.

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.p.383 – 386.

⁷⁶ LARANJEIRA, Tiara Badaró. *Relativização da vulnerabilidade sexual nos termos do art. 217-A, caput, do Código Penal*. dez. 2012. Disponível em: <<http://tiarabadaro.jusbrasil.com.br/artigos/112354505/relativizacao-da-vulnerabilidade-sexual-nos-termos-do-art-217-a-caput-do-codigo-penal>> Acesso em: 23 abr. 2015.

⁷⁷ HASSEMER, 1995 apud BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 7. “O legislador devia castigar só aqueles comportamentos que ameaçam um bem jurídico; os atos que só atentam a moral, a valores sociais ou contra o soberano deviam excluir-se do catálogo de delitos” Tradução da autora.

Nucci pondera ainda o fato de que o legislador encontra-se há décadas travado na questão cronológica do ser humano, mantendo a idade de 14 anos na atualização do Código. Sendo o legislador incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida.⁷⁸

Com o grande avanço da sociedade e, por mais deprimente que seja, não é incomum vermos adolescentes bem desenvolvidas fisicamente, que se utilizam de vestimentas impróprias para a idade, bem como linguagem vulgar e atos obscenos, tentando atrair olhares vorazes para si. Muitas já possuem vasta experiência sexual, voluntariamente, além do grande número de mães adolescentes na faixa etária considerada vulnerável.⁷⁹

Fayet acredita que a tentativa da norma penal em eliminar do debate a capacidade de compreensão do ato praticado, fundando-se na maturidade suficiente para entender e assumir o ato de conotação sexual, e eventualmente, suas consequências, por meio da substituição da violência presumida pelo elemento normativo idade da vítima, parece mais adequado aos tempos ser indispensável ao juízo à efetiva percepção sobre a capacidade intelectual e consciente sobre o ato para caracterizar o tipo. Isso porque a norma não trouxe uma mudança significativa com relação à antiga nesse ponto.⁸⁰

Conforme bem exemplificado por Nucci, com a posição de que a vulnerabilidade é critério objetivo e absoluto, diversas injustiças podem ocorrer. Há adolescentes que namoram precocemente e mantêm relações sexuais, fosse o caso de um adolescente de 12 anos, deve-se processar e prender seu parceiro, a uma pena de no mínimo 8 anos de reclusão, deste modo estaria o direito penal no lugar de preservar a família, desagregando-a.⁸¹

Ressalta-se que conforme destacado por Greco, muito embora o Código Penal não use a palavra pedofilia, o conceito se amolda àqueles que

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*: de acordo com a Lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 101

⁷⁹ LARANJEIRA, Tiara Badaró. *Relativização da vulnerabilidade sexual nos termos do art. 217-A, caput, do Código Penal*. dez. 2012. Disponível em: <<http://tiarabadaro.jusbrasil.com.br/artigos/112354505/relativizacao-da-vulnerabilidade-sexual-nos-termos-do-art-217-a-caput-do-codigo-penal>> Acesso em: 23 abr. 2015

⁸⁰ FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

mantêm relações sexuais com crianças, produzindo sequelas muitas das vezes irreparáveis.⁸² Assim sendo, talvez fosse mais plausível e aceitável, se o legislador tivesse estipulado a idade dos vulneráveis abrangendo apenas as crianças, como requisito objetivo do tipo penal.

Ademais, dispõe o artigo 68 da Lei 12.594/2012 que “é assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima”. Verifica-se que a própria lei incentiva à visita íntima, que é a prática de relações sexuais no estabelecimento estatal onde se encontra detido o menor infrator. Assim sendo, levando em consideração que não há idade mínima para constituição da união estável e sabendo da existência de muitos casais formados por jovens menores de 14 anos, ao mesmo tempo em que uma lei autoriza visita íntima para estes adolescentes, outra estipula caracterizar o crime de estupro de vulnerável.⁸³

Diante do demonstrado conflito de normas envolvendo a idade escolhida pelo legislador, o entendimento mais acertado parece ser o de unificar e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentir em relação aos atos sexuais. Pois enquanto não feito, permanecerá vivo o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade no tocante ao adolescente, devendo, porém, a vulnerabilidade da criança e sua proteção, ainda ser absoluta no cenário sexual.⁸⁴

2. 2 Do consentimento

Verifica-se que a Lei 12.015/2009 buscou adaptar a lei penal ao contexto social de precocidade das crianças e dos adolescentes em seu envolvimento sexual e aos entendimentos jurisprudenciais que se mostravam desalinhados antes da promulgação da referida lei. Entretanto, o enunciado lacônico do art. 217-A traz implícito a irrelevância do consentimento do ofendido quanto à prática da libidinagem: crime haverá mesmo com tal consentimento.⁸⁵ O legislador não deixou espaços para que se possam apurar os fatos e suas circunstâncias, não há margem de discricionariedade para o juiz buscar a verdade real dos fatos, ou que

⁸² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 11.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. v.3.

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Idem*. *Crimes Contra a Dignidade Sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 101

seja, o grau de maturidade sexual do menor, basta o simples critério objetivo, que é a vítima ser menos de 14 anos de idade.

O verbo *ter repele* a ideia de violência, sendo que a própria etimologia do vocábulo estupro, por si só, pressupõe a existência de violência. Se há consentimento, portanto, não poderia restar caracterizado o estupro. Deveria sim ser punido o agente se a vítima for menor de 14 anos, mas por outro delito que não estupro. A discussão nesse caso amplia-se para o consentimento da vítima, que no caso, não será recebido como válido, mesmo diante da exposição do mundo ao ensinamento escancarado para o ensinamento sexual⁸⁶, mesmo se o menor já tiver sido corrompido ou exercer prostituição.⁸⁷

Sustentando que o legislador permaneceu alheio as transformações sociais, continuou a doutrina a contestar a constitucionalidade do dispositivo, tendo em vista que- além de ferir o estado de inocência do acusado- não atende ao princípio da adequação social como corolário do binômio proporcionalidade- adequação.⁸⁸

Diante desse novo cenário introduzido pela Lei 12.015/2009, verifica-se que a discussão continua a mesma, de um lado doutrinadores defendem o critério objetivo absoluto, enquanto outros defendem sua relativização em alguns casos, principalmente levando em conta a realidade do Brasil frente a princípios como intervenção mínima do Estado no direito penal, que deve ser usado como último recurso. Nas palavras de Nucci:

Seria viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato 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? A posição que nos parece mais acertada é a da vulnerabilidade relativa. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a

⁸⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino. O Conceito de Vulnerabilidade no Direito Penal. *Revista Jurídica Consulex*. v.13, out./2009. p. 41, n.307. 2009. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2009;1000864133>> Acesso em: 23 abr. 2015.

⁸⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 409.

⁸⁸ CARVALHO, Vicente de Paula Santos. *O estupro de vulnerável na reforma promovida pela lei 12.015/2009*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2451/1797>> Acesso em: 23 abr. 2015.

aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio de ofensividade.⁸⁹

Fica claro que o pensamento do legislador não condiz com o pensamento da sociedade atual, segundo Paulo Queiroz:

Mas que não é todo exato, uma vez que em diversos momentos o legislador (no Brasil e no mundo) criminaliza, direta ou indiretamente, condutas sexuais não violentas e livremente consentidas, contrariamente à própria vontade dos sujeitos sexualmente envolvidos.⁹⁰

Dessa forma, vale destacar que não se pretende, todavia, a descriminalização da conduta do crime de estupro de vulnerável, apenas a adequação do tipo penal à realidade fática, “evitando a banalização da proteção conferida pela lei penal, evitando-se, com isso, a prostituição infantil e o abuso contra a criança e o adolescente”.⁹¹

Destarte, nos parece mais aceitável e adequado aos tempos em que vivemos a norma punir com todo o seu rigor o sujeito que abusa sexualmente de indivíduo menor de catorze anos, não impedindo que o mesmo, consciente do ato e suas consequências, possa descobrir e desenvolver sua sexualidade.⁹²

O termo abusar, é no sentido de tirar vantagem, valer-se, o maior de idade, da ingenuidade, inexperiência ou desinformação do menor de catorze anos relativamente à sua sexualidade, para alcançar o ato sexual.⁹³

Para Capez: “Se a vítima, a despeito de não ter completado ainda 14 anos, apresenta evolução biológica precoce, bem como maturidade emocional, não há por que impedir a análise do caso concreto de acordo com suas peculiaridades.”⁹⁴

Luiz Flávio Gomes argumenta:

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

⁹⁰ QUEIROZ, Paulo. *Crimes contra dignidade sexual*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/crimes-contra-a-dignidade-sexual/>> Acesso em: 05 out. 2014.

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 383 – 386.

⁹² FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 93.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 3.

“Quando um adolescente, levando em conta o seu grau de cultura, de conhecimento, de informação etc., pratica ato sexual com consciência do que faz, com voluntariedade inequívoca, não há crime. Seu consentimento é, agora (depois do ECA), válido.”⁹⁵

Note-se com a redação do texto do artigo 217-A, que o legislador foi claro em seu critério de caracterização do tipo penal, para não dar margem a futuros critérios subjetivos, o legislador entende que os menores de 14 anos completos compreensão suficiente a respeito da disposição do seu corpo.

Outro pressuposto de validade é que exista, por parte do consciente, capacidade de compreensão, uma vez que o consentimento deve sempre ser visto como expressão da liberdade de ação em geral, que se torna eficaz somente quando houver o entendimento suficiente do sentido e das consequências da sua expressão. Mas qual seria essa ideia de capacidade de expressão? A ideia da capacidade de compreensão para o consentimento eficaz vai ficar numa zona tênue entre o da vontade natural e o da capacidade de celebrar negócios jurídicos.⁹⁶

Destarte, o crime de estupro de vulnerável está no rol da Lei 8.072/1990 (Lei dos crimes hediondos), o que, por si só, já demonstra todo seu grau de gravidade, além disso, é um dos crimes que causa maior repugnância por parte da sociedade. Até mesmo nos presídios, os próprios criminosos condenados por outros crimes, mantém certo desprezo para com aqueles condenados por crimes de estupro. Mostra-se descabível um crime de tamanha repulsa ter um critério apenas cronológico, objetivo, sem deixar aos julgadores nenhum tipo de discricionariedade para avaliar o caso concreto.

Se a liberdade sexual é o bem jurídico tutelado pela lei, e as crianças e os adolescentes mostram-se cada vez mais inteligentes em todos os aspectos, comprovando a teoria de que são capazes de se autodeterminar nos fatos decorrentes do dia a dia, para que exista o cometimento do crime em questão, deve ser demonstrado que a liberdade daquele vulnerável foi realmente violada de alguma forma, levando em consideração principalmente que as crianças cedem mais facilmente a pressões.

⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 144.

⁹⁶ GRECO, Pedro Alessandra Orcesi; RASSI, João Daniel. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. São Paulo: Atlas S.A. 2010. p. 98-99.

Todavia, a experiência sexual de um adolescente junto ao seu consentimento válido, livre de qualquer violência, constrangimento ou fraude, deveria se fazer valer como o consentimento daqueles maiores de 14 anos, excluindo a tipicidade, para que este possa dispor de seu corpo sem que seja punido contra sua vontade o seu parceiro, em que alguns casos chegam até a constituir família, mas independentemente da construção familiar das partes, que não seja punido o parceiro sexual do adolescente que pratica o ato por livre e espontânea vontade.

2. 3 Do erro de tipo

Primeiramente, é válido distinguir os institutos do erro de tipo e do erro de proibição, tipificados nos artigos 20 e 21 respectivamente, ambos do Código Penal, visto que estes não devem ser confundidos.

O erro que vicia a vontade, isto é, aquele que causa uma falsa percepção da realidade, tanto pode incidir sobre os elementos estruturais do delito – erro de tipo – quanto sobre a ilicitude da ação – erro de proibição.⁹⁷

Enquanto que o erro de tipo exclui a tipicidade do ato, pelo fato do agente desconhecer que sua conduta é ilícita, como no caso do crime de estupro de vulnerável, o desconhecimento da idade da vítima vulnerável, levando o agente a crer que se trata de adolescente maior de 14 anos, faz com que a conduta seja atípica, inexistindo crime.

Nesse caso, o agente ativo tem uma falsa percepção da realidade, que deve ter algum fundamento. Não basta simplesmente que este alegue o desconhecimento da idade da vítima, é necessário que levando em conta as circunstâncias que ocorreram o fato, qualquer pessoa teria sido levada a acreditar que a vítima era maior de 14 anos de idade.

No erro de proibição, a matéria é a culpabilidade do agente, pois este desconhece a existência da lei, e a ignorância da lei no crime em questão, não é cabível na maioria das vezes. Inclusive porque para os mais leigos, existe o mito de que o estupro de vulnerável abrange todos aqueles menores de 18 anos, ou seja,

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo & erro de proibição: uma análise comparativa*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 115.

é ainda mais severa do que a lei regente. Entretanto, em casos excepcionais a tese pode vir a ser alegada, como por exemplo, em locais afastados e sem nenhum acesso a informação, o que é raro nos dias de hoje.

Portanto, para que ocorra o delito em estudo, o agente, obrigatoriamente, deverá ter conhecimento de ser a vítima menor de 14 anos, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo, que a depender do caso concreto, poderá cominar na atipicidade do fato ou na desclassificação para o delito de estupro, tipificado no artigo 213 do Código Penal.⁹⁸ Ressalta-se que não é possível a forma culposa dos crimes de estupro e estupro de vulnerável, ante a ausência de disposição legal expressa nesse sentido.

Além disso, importante ressaltar que o erro de tipo pode ser alegado não apenas quando tratar dos menores de 14 anos, mas contra quaisquer dos vulneráveis incluídos no tipo penal, devendo ser avaliado caso a caso.

Dispõe Fayet, em caso de dúvida com relação à idade da vítima, deve-se valer do princípio *in dubio pro reo*:

Sobre isso, inclusive, acreditamos que deve valer a interpretação mais benéfica em caso de dúvida sobre a real idade da vítima. Imagine-se, por exemplo, que a vítima identifique catorze anos e alguns meses na carteira de identidade e aparente não ter mais de dez anos, em função de sua compleição física; ou que não tenha registro de nascimento, mas diga-se maior de catorze anos, embora não o pareça. Qualquer que seja o caso, nos exemplos acima, a idade da vítima é suficiente para afastar a norma do art 217 A, tornando a conduta atípica, se consentida pela adolescente (aparentemente maior de catorze anos). Tal solução por nós apresentada está de acordo com a norma penal, que visa proteger a vítima menor de catorze anos de abusos sexuais, independentemente de sua vontade.⁹⁹

Por conseguinte, apenas o erro de tipo, que não deve ser confundido com a presunção relativa, pode afastar o cometimento do crime de estupro de vulnerável. O agente deve comprovar, que por erro plenamente justificável, por conta das circunstâncias, não tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos de idade.

⁹⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 11.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. v.3. p. 514.

⁹⁹ FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 91.

Se o agente sabia tratar-se de pessoa definida na lei como vulnerável não poderia manter ato sexual com ela. Se o fez, responde pelo crime. Essa orientação consta expressamente da Exposição de Motivos que originou a Lei n. 12.015/2009 [...] ¹⁰⁰

Dessa forma, para configuração do crime de estupro de vulnerável, o agente deve ter consciência e vontade de praticar o ato sexual, mesmo conhecendo as elementares do tipo e sabendo de sua ilicitude.

¹⁰⁰ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 28

3 CONTROVÉRSIA NA JURISPRUDÊNCIA

Em meio a todos os embates, a jurisprudência atual mostra-se confusa na aplicação da lei, uma vez que muitos não concordam com o critério adotado pelo legislador para imputação do crime do artigo 217-A do Código Penal. Existem julgados que apontam a existência de determinados fatores capazes de afastar a presunção em casos concretos e outros compreendem o caráter absoluto da presunção contra aqueles considerados vulneráveis. Capez afirma que a análise da tipicidade da conduta dependerá do caso concreto e que, se for demonstrado que a vítima tinha capacidade de entender o ato sexual e tiver maturidade sexual, não haverá crime.¹⁰¹

Assim, quando o assunto é decidir se o consentimento daquele menor de 14 anos possui relevância jurídica para levar a uma possível absolvição, alguns magistrados e desembargadores tem entendido que o crime de estupro de vulnerável tem caráter relativo e pode ser afastado diante da realidade concreta, enquanto outros defendem que após a promulgação da Lei 12.015/2009 a caracterização do vulnerável é um critério objetivo estabelecido pelo legislador, que não comporta relativização.

Por conseguinte, o entendimento tem se dado tanto pela absolvição quanto pela condenação do acusado pela prática do crime de estupro de vulnerável, a depender de outros elementos subjetivos envolvidos. Os julgadores que decidem pela absolvição, buscam elencar os fatos reais de cada caso e levar em consideração suas circunstâncias específicas, tais como o desenvolvimento psíquico e fisiológico da vítima, sua relação com o acusado, se tal conduta merece reprovabilidade e a capacidade de consentir da vítima.

Enquanto há ainda aqueles que julgam de forma restrita, apenas conforme o que esta na lei. Para alguns doutrinadores, os embates acerca da presunção absoluta ou relativa do revogado artigo 225 do Código Penal foi o que levou o legislador a criar o novo tipo penal do artigo 217-A, retirando a discricionariedade do judiciário e tornando irrelevante a discussão sobre o consentimento da vítima vulnerável.

¹⁰¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3. p. 29.

O poder legislativo teria atuado em sintonia com a legislação internacional, principalmente para combater a prostituição infantil e à pedofilia, mesmo com as mudanças nos costumes e sexualização precoce, sendo os menores de 14 anos vulneráveis até que uma nova legislação opte pelo contrário.¹⁰²

3.1 Da condenação

Trata-se de agravo regimental interposto pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, contra decisão que deu provimento ao recurso especial do Ministério Público, que cassou o acórdão do Tribunal e condenou o agravante pela prática do crime previsto no artigo 217-A do Código Penal.

O agravante foi condenado em primeiro grau, à defesa irredutível apelou da sentença e o Tribunal Estadual absolveu o agravante, ao considerar a natureza relativa do delito, principalmente devido ao relacionamento amoroso mantido entre as partes. Todavia, o órgão ministerial interpôs recurso especial, que foi provido pelo STJ, condenando novamente o agravado pelo crime de estupro de vulnerável.

No AgRg no REsp 1515834 MT 2015/0033845-2, julgado em 01/06/2015, a sexta turma do STJ ratificou a condenação e julgou improvido o agravo regimental, pelos seguintes argumentos:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL. PRECEDENTES. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do réu, que praticou conjunção carnal com menor de 14 anos de idade, subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima. 2. Basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência, grave ameaça ou suposto consentimento da vítima para tipificação do estupro de vulnerável, conduta descrita no art. 217-A do Código Penal. 3.

¹⁰² NIGRO, Rachel. *Decisões polêmicas do STJ causam indignação*. Disponível em: <<http://era.org.br/2012/03/decisooes-polemicas-do-stj-causam-indignacao/>> Acesso em: 08 jun. 2015.

Observância à jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal que se impõe (princípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas). 4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 5. Agravo regimental improvido.¹⁰³

No mesmo sentido, a primeira turma criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios desproveu a apelação da defesa que buscava a absolvição do apelante.

Para a turma, a alegação de que a vítima teria consentido a conjunção carnal é viciada pela idade da mesma, pessoa vulnerável, sendo assim, foi mantida a condenação do apelante sofrida em primeira instância, de acordo com a ementa:

PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TIPICIDADE. CONJUNÇÃO CARNAL. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS DE IDADE. IRRELEVÂNCIA. Conjunto probatório que confirma a autoria e a materialidade dos crimes do art. 217-A e do art. 249, ambos do Código Penal. O consentimento da vítima menor de 14 anos de idade para a prática do ato sexual, é viciado pela própria idade, pessoa vulnerável. A norma do art. 217-A protege a menor de 14 anos, por considerar que esta não possui capacidade intelectual e volitiva ou, ainda, maturidade fisiológica para resistir aos impulsos naturais do desenvolvimento corporal. Evidente a *innocentia consilli*, é típica a conduta de manter conjunção carnal com menor de 14 anos de idade, ainda que de forma consentida. Apelação desprovida.¹⁰⁴

Outrossim, na apelação interposta pela defesa e julgada pela terceira câmara criminal do Estado de Pernambuco, o recurso também foi desprovido. O relator defendeu o critério objetivo do tipo penal do artigo 217-A do CP, para justificar a situação de vulnerabilidade da vítima, considerando como

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp: 1515834 MT 2015/0033845-2. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Data de Julgamento: 21/05/2015. Data de Publicação: DJe 01/06/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194523662/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1515834-mt-2015-0033845-2>> Acesso em: 30 ago. 2015.

¹⁰⁴ BRASIL. TJ-DF. APR: 20120610011199 DF 0001091-24.2012.8.07.0006. Relator Mario Machado. Primeira Turma Criminal. Data de Julgamento: 02/10/2014. Data de Publicação: Publicado no DJE : 08/10/2014 . Pág.: 144. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/144411424/apelacao-criminal-apr-20120610011199-df-0001091-2420128070006/inteiro-teor-144411442>> Acesso em: 30 ago. 2015.

irrelevante qualquer outra situação, tais como consentimento e experiência sexual, mantendo a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau. Veja-se a ementa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. VÍTIMA COM 10 ANOS DE IDADE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. IRRELEVÂNCIA PARA TIPIFICAÇÃO PENAL. I - Com o novo tipo penal (art. 217-A), não se exige que o delito proceda mediante violência real ou grave ameaça, não se tratando mais de presunção de violência, seja absoluta ou relativa, bastando que a vítima seja menor de 14 anos para que se configure o crime, justificado pela situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima. II - Afigura-se destituído de validade o consentimento da vítima, inclusive porque não se discute a relação com os delitos de sedução e corrupção de menores, não se estabelecendo, pois, a honestidade da vítima, ou sua experiência sexual, objetiva ou não, como requisito para configuração do injusto, resultando equivocada a reconhecida atipicidade do fato por ter a vítima aquiescido com a relação sexual. III - In casu, não é possível admitir que uma criança de apenas 10 anos, porque tem conhecimento objetivo sobre sexo, poder validamente assentir com a conjunção carnal, porquanto, à toda evidência, não apresenta maturidade psicológica. IV - Apelação a que se nega provimento.¹⁰⁵

Em sede de apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a sexta câmara criminal deixou claro que o consentimento da vítima pouco importa para o delito em questão, tendo em vista que o vulnerável é incapaz de consentir com o ato sexual.

Ademais ressaltou que o único elemento capaz de excluir a tipicidade do delito do artigo 217-A é o desconhecimento da idade da vítima, juntamente com circunstâncias que fazem crer que esta é maior de 14 anos, o que não ocorreu no caso em questão, conforme acordão:

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E MINISTERIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO. CONDENAÇÃO MANTIDA. IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO.

Não há de se perquirir acerca do consentimento ou relativização da presunção de violência quando o acusado tem conhecimento da idade da ofendida. Regra no sentido de que o menor de quatorze anos não é capaz de consentir com o ato sexual (innocentia

¹⁰⁵ BRASIL. TJ-PE. APL: 1935311 PE. Relator Nivaldo Mulatinho de Medeiros Correia Filho. Terceira Câmara Criminal. Data de Julgamento: 21/11/2013. Data de Publicação: 06/01/2014. Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159613549/apelacao-apl-1935311-pe>> Acesso em: 30 ago. 2015.

consilii). A relativização da presunção de violência em crimes sexuais encontra espaço em situações excepcionais, quando o acusado desconhece a idade da vítima e as suas características, desenvoltura sexual e circunstâncias de fato o fazem crer que a mesma é possuidora de maioridade, não sendo essa a hipótese dos autos.¹⁰⁶

Por fim, segundo a relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da sexta turma do STJ, após a edição da Lei 12.015/2009, o entendimento no STJ se encontra pacificado no sentido de que qualquer ato libidinoso ou conjunção carnal com menor de 14 anos, constitui o crime do artigo 217-A do CP.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. OCORRÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual tornou-se irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁰⁷

Assim sendo, em acórdão do AgRg no REsp 1363531 MG 2013/0027835-7, julgado no dia 27/06/2014, foi negado o provimento do agravo regimental, dando razão ao recurso especial que cassou o acórdão onde o agravante foi absolvido em segunda instância.

3.2 Da absolvição

Na Apelação Criminal nº 2013 09 1 012831-6 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, o réu foi absolvido em primeira instância, com fulcro no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal, o Ministério Público

¹⁰⁶ BRASIL. TJ-RS. ACR: 70044293108 RS. Relator João Batista Marques Tovo. Sexta Câmara Criminal. Data de Julgamento: 24/11/2011. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/12/2011. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20938968/apelacao-crime-acr-70044293108-rs-tjrs/inteiro-teor-20938969>> Acesso em: 30 ago. 2015.

¹⁰⁷ BRASIL. STJ. AgRg no REsp: 1363531 MG 2013/0027835-7. Relator Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Data de Julgamento: 27/06/2014. Data de Publicação: DJe 04/08/2014. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25226969/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1363531-mg-2013-0027835-7-stj>> Acesso em: 30 ago. 2015.

recorreu e o Procurador Geral de Justiça opinou pelo provimento do apelo ministerial.

O voto do relator Desembargador Romão Cícero Oliveira, foi pelo provimento do recurso, todavia este foi vencido pelos demais. Segundo o revisor Desembargador Gilberto Pereira de Oliveira, a relação sexual entre as partes estava comprovada nos autos configurando a tipicidade formal do delito, todavia a vulnerabilidade da vítima havia sido afastada pelo mesmo acervo probatório, haja vista que a adolescente possuía maturidade para o ato sexual, bem como tem consciência da consequência de tais atos, inexistindo assim qualquer violação ao bem jurídico defendido pelo tipo penal do artigo 217-A do Código Penal, qual seja a liberdade sexual. Vide ementa:

PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONSENTIMENTO DO ATO SEXUAL. RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE AS PARTES. FATO ATÍPICO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. SENTENÇA CORRETA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I. A TIPICIDADE MATERIAL NÃO ENCONTRA RESSONÂNCIA NAS PROVAS APRESENTADAS, PORQUANTO: HOVE CONSENTIMENTO DA MENOR; TRATA-SE DE ADOLESCENTE QUE POSSUI MATURIDADE SUFICIENTE PARA COMPREENDER O SIGNIFICADO E AS CONSEQUÊNCIAS DA PRÁTICA DE UMA RELAÇÃO SEXUAL; E, POR FIM, INEXISTE QUALQUER VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO, QUAL SEJA: A LIBERDADE SEXUAL. II. A PALAVRA DA VÍTIMA, EM CRIMES DESSA NATUREZA, GANHA CONSIDERÁVEL RELEVÔ, NA MEDIDA EM QUE A GRANDE MAIORIA DESSES FATOS É PERPETRADA EM AMBIENTES DOMÉSTICO-FAMILIARES, VALE DIZER, LUGARES DISTANTES DOS OLHOS DA SOCIEDADE, POR CONSEQUÊNCIA, LONGE DE EVENTUAIS TESTEMUNHAS. III. CONSIDERANDO A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO SENTIDO DE QUE A VIOLÊNCIA PRESUMIDA PELA MENORIDADE DA VÍTIMA, DEVE SER RELATIVIZADA, CONFORME AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO, IMPERIOSO É O RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA DO RÉU ACUSADO DA PRÁTICA DO CRIME DE ESTUPRO DE MENOR DE QUATORZE ANOS QUANDO HOVER A CONCORDÂNCIA CONSCIENTE DA ADOLESCENTE MAIOR DE 12 ANOS À PRÁTICA DA CONJUNÇÃO CARNAL, A QUAL TEM O CONDÃO DE AFASTAR A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. IV. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA, MAIORIA.¹⁰⁸

¹⁰⁸ BRASIL. TJ-DF. APR: 20130910128316 DF 0012508-28.2013.8.07.0009. Relator Romão C. Oliveira. Primeira Turma Criminal. Data de Julgamento: 11/06/2014. Data de Publicação: Publicado no DJE : 01/07/2014 . Pág.: 377. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125563342/apelacao-criminal-apr-20130910128316-df-0012508-2820138070009>> Acesso em: 30 ago. 2015.

A ementa acima não foi a única nesse sentido, no Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em apelação criminal, os Desembargadores entenderam por maioria de votos, a atipicidade dos fatos em análise, tendo em vista o consentimento da vítima não viciado, ademais alegaram que o critério etário não deve ser visto como absoluto. Segue ementa do julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). AGENTE QUE BEIJOU E ACARICIOU MENINA DE 12 (DOZE) ANOS DE IDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE. INDEFERIMENTO DE JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE ROL TESTEMUNHAL. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. MÉRITO. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. ATIPICIDADE DOS FATOS. ABSOLVIÇÃO. PRECEDENTES. APELO PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA. 1. Não há que se falar em nulidade do feito por indeferimento do pedido de juntada extemporânea de rol testemunhal. Inobservância do prazo disposto em lei que acarreta a preclusão do direito da parte de arrolar testemunhas. Preliminar rejeitada. 2. A vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta apenas pelo critério etário, o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva, devendo ser analisada em cada caso concreto. Demonstrado o consentimento pleno e não viciado da vítima, forçosa a absolvição do recorrente, com escopo na atipicidade da conduta. Precedentes.¹⁰⁹

Passa-se aqui a análise da apelação criminal nº 2010.005386-8 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, interposta pela defesa, ante a condenação em primeira instância do réu a pena mínima do artigo 217-A do CP. No caso em questão, os Desembargadores de forma unânime reconheceram a maturidade da vítima de 13 anos, esclarecendo a discrepância do artigo 217-A do CP com relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, ademais ressaltaram que o Juiz não deve se ater somente às letras da lei, para que não sejam cometidas injustiças.

No caso em tela, o réu de 20 anos, mantinha um relacionamento amoroso com a vítima adolescente, de forma pública, com consentimento de todos os envolvidos, inclusive familiares, sendo assim excluída a tipicidade material do crime de estupro de vulnerável. Veja-se a ementa:

¹⁰⁹ BRASIL. TJ-PE. APL: 3076908 PE. Relator: Marco Antonio Cabral Maggi. Quarta Câmara Criminal. Data de Julgamento: 19/02/2014. Data de Publicação: 10/03/2014. Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159620364/apelacao-apl-3076908-pe>> Acesso em: 30 ago. 2015.

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DEFESA RESTRINGE PLEITO NAS RAZÕES RECURSAIS. APELAÇÃO, RECURSO DE AMPLA DEVOLUTIVIDADE. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DE TODA A MATÉRIA PELO JUÍZO AD QUEM. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. ADOLESCENTE COM 13 (TREZE) ANOS À ÉPOCA DO FATO. VEDAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA. VULNERABILIDADE RELATIVIZADA COM AMPARO NAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E DAS TESTEMUNHAS. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. APELO CONHECIDO E PROVIDO. ABSOLVIÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. A apelação criminal, por ser um recurso de ampla devolutividade, mesmo que a matéria não tenha sido suscitada nas razões recursais, é possível sim, como regra geral a sua total apreciação pelo juízo ad quem. 2. Será possível considerar a relativização da vulnerabilidade do art. 217-A do Código Penal, não sendo absoluto em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do adolescente e o cotejo probatório, sob pena de se ferir os princípios do contraditório e ampla defesa. 3. Impossibilidade de se reputar como delituosa uma conduta aceita ou tolerada pela sociedade, em respeito ao princípio da adequação social. 4. Recurso conhecido e provido.¹¹⁰

Outro caso envolvendo uma adolescente de 13 anos, que convivia maritalmente com o acusado, este com 25 anos de idade, e pelos fatos apresentados mantinham conjunções carnais, foi objeto de recurso de apelação por parte do Parquet.

Em sede de apelação criminal no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, interposta pelo Ministério Público inconformado com a absolvição, o próprio Procurador Geral de Justiça se mostrou conformado com tal decisão, manifestando-se pelo não provimento do recurso. Os Desembargadores fizeram uma análise pormenorizada às particularidades dos autos e julgaram não ser razoável inserir a conduta do apelado no delito do artigo 217-A do CP. Segue a ementa do julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A E ART. 217-A C/C ART. 13, § 2º, A, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA

¹¹⁰ BRASIL. TJ-RN. ACR: 53868 RN 2010.005386-8. Relator Desembargador Virgílio Macêdo Jr. Câmara Criminal. Data de Julgamento: 26/05/2011. Disponível em: <<http://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19728597/apelacao-criminal-acr-53868-rn-2010005386-8>> Acesso em: 30 ago. 2015.

ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO CONDENATÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. LEI N. 12.015/2009 QUE ELIMINOU A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. TESE AFASTADA. PARTICULARIDADES DO CASO QUE CONDUZEM À RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A VÍTIMA E O APELADO. CONCORDÂNCIA DA FAMÍLIA DA MENOR. CONSENTIMENTO ESPONTÂNEO PARA O ATO SEXUAL EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. "Consoante já explicitado em outras oportunidades, a relativização da vulnerabilidade de vítima menor de 14 (quatorze) anos deve ser reconhecida somente em casos excepcionais, quando efetivamente demonstrado nos autos que a pessoa apontada como vítima não se mostra 'incapacitada' para externar um consentimento pleno, de forma racional e segura, acerca de questão de cunho sexual. In casu, observa-se que a suposta vítima, que contava com 13 (treze) anos e 10 (dez) meses na época dos fatos, apesar da tenra idade, tinha pleno conhecimento e consciência dos atos praticados, razão porque aceita-se conceber, repisa-se, no caso concreto, o seu consentimento em manter relações sexuais com o acusado". RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.¹¹¹

Finalmente, em apelação criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, coaduna com as demais ementas já explicitadas, defendendo o posicionamento de que o critério etário adotado pelo legislador não deve ser visto como absoluto, tendo em vista os avanços da sociedade, conforme ementa do julgado:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE ENTRE 12 E 14 ANOS. RELATIVIZAÇÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. APELO PROVIDO. Os elementos de convicção existentes no caderno processual evidenciam a ocorrência de relação sexual consentida entre o acusado, de 20 anos, e a ofendida, com idade entre 12 e 13 anos. Ausência de indicativos de que a adolescente tenha sido coagida à prática do referido ato. Indemonstradas a fragilidade ou incapacidade mental da jovem para consentir. Necessidade de relativização da presunção de vulnerabilidade que recai sobre a mesma. Precedentes no sentido de que o critério etário adotado pelo legislador infraconstitucional não mais se considera absoluto, sobretudo diante dos avanços sociais, da universalização do acesso à informação e, conseqüentemente, da

¹¹¹ BRASIL. TJ-SC. APR: 20120805531 SC 2012.080553-1. Relator Marli Mosimann Vargas. Primeira Câmara Criminal. Data de Julgamento: 15/07/2013. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24046072/apelacao-criminal-apr-20120805531-sc-2012080553-1-acordao-tjsc>> Acesso em: 30 ago. 2015.

obtenção de maturidade e capacidade de discernimento pelos adolescentes. Liberdade da jovem mulher para decidir sobre questões envolvendo sua sexualidade que não pode ser desconsiderada. Inaplicabilidade de tais ponderações aos casos de limitação por doença mental ou às crianças cuja maturidade só se dará com o passar dos anos. Sentença condenatória reformada ao efeito de absolver o réu por atipicidade da conduta, nos termos do artigo 386, inciso III, do CPP. APELAÇÃO PROVIDA.¹¹²

Assim, de forma unânime, os Desembargadores deram provimento ao apelo defensivo, absolvendo o acusado, que havia sido condenado pelo juízo de primeiro grau, nos termos do artigo 386, inciso III do Código Penal, conforme ementa acima, pela atipicidade material da conduta.

3.3 Decisão do Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial Repetitivo

O Superior Tribunal de Justiça decidiu firmar seu posicionamento sobre a relevância jurídica do consentimento da menor de 14 anos, nos casos de estupro de vulneráveis, a controvérsia foi levada pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz à 3ª Seção do Tribunal, em razão da multiplicidade de recursos e principalmente pela relevância da questão.¹¹³

No caso escolhido para amostragem, à vítima menor de 14 anos e o réu que na época dos fatos contava 25 anos, mantinha um relacionamento afetivo e sexual, durante a instrução criminal a própria vítima confirmou o relacionamento entre eles, bem como seus familiares. Insta salientar que todos os demais processos que tratam do mesmo tema encontravam-se suspensos até o julgamento do recurso repetitivo.¹¹⁴

Em juízo de primeiro grau, o réu foi condenado a pena de 12 anos de reclusão pela prática do crime de estupro de vulnerável, o Magistrado considerou o critério da idade como objetivo e desconsiderou as circunstâncias em que se dava

¹¹² BRASIL. TJ-RS. ACR: 70055863096 RS. Relator Naele Ochoa Piazzeta. Oitava Câmara Criminal. Data de Julgamento: 28/05/2014. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/07/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126884657/apelacao-crime-acr-70055863096-rs/inteiro-teor-126884663>> Acesso em: 30 ago. 2015.

¹¹³ STJ definirá se há estupro de vulnerável quando menor de 14 anos consente prática sexual. *Revista Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-05/stj-definira-estupro-quando-menor-14-anos-consente-sexo>> Acesso em: 28 ago. 2015.

¹¹⁴ Para o STJ, estupro de vulnerável não admite relativização, 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Para-o-STJ,-estupro-de-menor-de-14-anos-n%C3%A3o-admite-relativiza%C3%A7%C3%A3o> Acesso em: 28 ago. 2015.

as relações sexuais, a defesa irredimida apelou da sentença expondo os fatos excepcionais do caso, quais sejam o relacionamento entre as partes, a estabilidade do namoro e principalmente o consentimento da vítima para as relações sexuais, ademais a defesa alegou que a vítima demonstrava ter total discernimento dos atos praticados e não havia situação de vulnerabilidade a ser considerada.¹¹⁵

O Tribunal de Justiça do Estado do Piauí deu provimento ao recurso da defesa para absolver o réu, os magistrados ratificaram o entendimento de que o relacionamento amoroso entre a vítima e o réu, o discernimento desta para a prática dos atos sexuais, bem como seu consentimento de forma livre e consciente, descaracteriza o tipo penal, tornando-o atípico. Dada à absolvição do réu, o Ministério Público do Piauí, interpôs recurso especial ao STJ, em síntese, foi alegado que o tipo penal mostra-se objetivo e taxativo em seu critério étario, não cabendo aos magistrados criar exceções.¹¹⁶

A 3ª Seção do STJ por meio de julgamento de recurso repetitivo, no dia 25 de agosto de 2015, decidiu de forma unânime no REsp 1480881, que o consentimento da vítima não é válido juridicamente, haja vista o critério objetivo do tipo penal, independente de experiência sexual ou relacionamento amoroso mantido entre as partes, o menor de 14 anos deve ser considerado vulnerável. Desta forma, qualquer relação sexual ou ato libidinoso praticado com menor de 14 anos configura o crime tipificado no artigo 217-A, sem exceções para discricionariedades dos julgadores.¹¹⁷

A partir da decisão tomada pela Corte, com objetivo de pacificar o entendimento, o critério adotado pelo STJ deve ser usado nos demais processos que se encontram suspensos.¹¹⁸ Entretanto, assim como o legislador de 2009 buscou usar o critério objetivo para demonstrar quem é o menor vulnerável, no crime do artigo 217-A, ratificado pela Corte, os embates sobre o assunto devem continuar,

¹¹⁵ MARIZ, Renata. Consentimento não interfere em caso de estupro de vulnerável, decreta STJ. *O Globo*, 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/consentimento-nao-interfere-em-caso-de-estupro-de-vulneravel-decreta-stj-17312846>> Acesso em: 28 ago. 2015.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ BRASIL. STJ. REsp: 1480881. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Terceira Seção. Data do Julgamento: 25/08/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf> Acesso em: 29 ago. 2015.

¹¹⁸ *Para o STJ, estupro de vulnerável não admite relativização*, 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Para-o-STJ,-estupro-de-menor-de-14-anos-n%C3%A3o-admite-relativiza%C3%A7%C3%A3o> Acesso em: 28 ago. 2015.

uma vez que o dilema sobre a idade em que se pode validar o consentimento sexual não é privilégio do Brasil.

CONCLUSÃO

O tipo penal do estupro de vulnerável do artigo 217-A do Código Penal, estipulado pela Lei 12.015 de 2009, concede as vítimas menores de 14 anos uma maior proteção, devido ao fato de que para o legislador, estas não são capazes de decidir de forma plena sobre assuntos de tamanha importância, como a prática de um ato sexual.

Acontece que o conceito de vulnerabilidade, é demasiadamente amplo, para ser estipulado apenas por um critério etário, o que causou muita discordância no meio jurídico. Além disso, outra problemática em torno do artigo 217-A do CP, diz respeito à validade do consentimento desses menores.

A problemática criada pelo legislador com a adoção de um critério meramente objetivo e taxativo não foi aceito por todos, principalmente àqueles que defendem que com o consentimento válido da vítima, não há bem jurídico a ser protegido pelo tipo em questão, assim, apresentados outros critérios capazes de identificar no caso concreto quando àquela criança ou adolescente possui discernimento suficiente para compreender o ato sexual em si, deve-se validar seu consentimento e desconstituir o tipo.

São demonstrados durante o trabalho vários argumentos usados por ambos os lados, alguns que buscam expor o erro do legislador no que diz respeito à idade adotada, tendo em vista o notável conflito com o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a adequação penal ao meio social atual. Outros no sentido de que não se deve discutir o que foi estipulado, visto que esses menores realmente fazem jus a essa maior proteção por parte do Estado.

Conduto, enquanto a jurisprudência vinha crescendo no sentido de que deveriam ser julgados os casos concretos, levando-se em consideração suas particularidades, bem como usar-se do consentimento válido da vítima menor para tornar a conduta atípica, o posicionamento recente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça foi em sentido contrário.

Em conclusão, tendo em vista a recente decisão tomada pelo STJ em sede de recurso repetitivo, independente do entendimento adotado pelo julgador, resta claro que o critério etário estipulado pelo legislador prevaleceu sobre os demais argumentos sustentados pela posição contrária, que buscavam dar maior poder de julgamento aos magistrados, para decidir em casos concretos, sob suas

excepcionalidades, todavia, não se pode dizer ainda se essa nova tentativa será capaz de por fim aos embates doutrinários e jurisprudências sobre esse tema tão controvertido.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Tiago Lustosa. O(s) novo(s) crime(s) de estupro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2232, 11 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13307>> Acesso em: 23 abr. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo & erro de proibição: uma análise comparativa*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BORGES, Julia Melo Saldanha. Relativização da violência sexual presumida e a tutela do menor. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2160, 31 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12815>> Acesso em: 23 abr. 2015.

BRASIL. STJ. AgRg no REsp: 1363531 MG 2013/0027835-7. Relator Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Data de Julgamento: 27/06/2014. Data de Publicação: DJe 04/08/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25226969/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1363531-mg-2013-0027835-7-stj>> Acesso em: 30 ago. 2015.

BRASIL. STJ. REsp: 1480881. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Terceira Seção. Data do Julgamento: 25/08/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf> Acesso em: 29 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp: 1515834 MT 2015/0033845-2. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Data de Julgamento: 21/05/2015. Data de Publicação: DJe 01/06/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194523662/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1515834-mt-2015-0033845-2>> Acesso em: 30 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 73.662/ MG, 2ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello, j. em 21-5-2005. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/62-42-Junho-1996> Acesso em: 23 abr. 2015.

BRASIL. TJ-DF. APR: 20120610011199 DF 0001091-24.2012.8.07.0006. Relator Mario Machado. Primeira Turma Criminal. Data de Julgamento: 02/10/2014. Data de Publicação: Publicado no DJE : 08/10/2014 . Pág.: 144. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/144411424/apelacao-criminal-apr-20120610011199-df-0001091-2420128070006/inteiro-teor-144411442>> Acesso em: 30 ago. 2015.

BRASIL. TJ-DF. APR: 20130910128316 DF 0012508-28.2013.8.07.0009. Relator Romão C. Oliveira. Primeira Turma Criminal. Data de Julgamento: 11/06/2014. Data de Publicação: Publicado no DJE : 01/07/2014 . Pág.: 377. Disponível em: <<http://tj->

df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125563342/apelacao-criminal-apr-20130910128316-df-0012508-2820138070009> Acesso em: 30 ago. 2015.

BRASIL. TJ-PE. APL: 1935311 PE. Relator Nivaldo Mulatinho de Medeiros Correia Filho. Terceira Câmara Criminal. Data de Julgamento: 21/11/2013. Data de Publicação: 06/01/2014. Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159613549/apelacao-apl-1935311-pe>> Acesso em: 30 ago. 2015.

BRASIL. TJ-PE. APL: 3076908 PE. Relator: Marco Antonio Cabral Maggi. Quarta Câmara Criminal. Data de Julgamento: 19/02/2014. Data de Publicação: 10/03/2014. Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159620364/apelacao-apl-3076908-pe>> Acesso em: 30 ago. 2015.

BRASIL. TJ-RN. ACR: 53868 RN 2010.005386-8. Relator Desembargador Virgílio Macêdo Jr. Câmara Criminal. Data de Julgamento: 26/05/2011. Disponível em: <<http://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19728597/apelacao-criminal-acr-53868-rn-2010005386-8>> Acesso em: 30 ago. 2015.

BRASIL. TJ-RS. ACR: 70044293108 RS. Relator João Batista Marques Tovo. Sexta Câmara Criminal. Data de Julgamento: 24/11/2011. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/12/2011. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20938968/apelacao-crime-acr-70044293108-rs-tjrs/inteiro-teor-20938969>> Acesso em: 30 ago. 2015.

BRASIL. TJ-RS. ACR: 70055863096 RS. Relator Naele Ochoa Piazzeta. Oitava Câmara Criminal. Data de Julgamento: 28/05/2014. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/07/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126884657/apelacao-crime-acr-70055863096-rs/inteiro-teor-126884663>> Acesso em: 30 ago. 2015.

BRASIL. TJ-SC. APR: 20120805531 SC 2012.080553-1. Relator Marli Mosimann Vargas. Primeira Câmara Criminal. Data de Julgamento: 15/07/2013. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24046072/apelacao-criminal-apr-20120805531-sc-2012080553-1-acordao-tjsc>> Acesso em: 30 ago. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Vicente de Paula Santos. *O estupro de vulnerável na reforma promovida pela lei 12.015/2009*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2451/1797>> Acesso em: 23 abr. 2015.

DANTAS, Bruno Macedo. Estupro presumido: apontamentos acerca da presunção de violência elencada no art. 224, alínea "a" do Código Penal. *Revista Jus*

Navigandi, Teresina, ano 4, n. 35, 1 out. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1040>> Acesso em: 23 abr. 2015.

FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FRAGOSO, Fernando. *Lições de direito penal*, Parte Especial. 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1986.

FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de Violência nos Crimes Sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração*. 18.ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

GRANJEIRO, Ivonete. *Abuso Sexual Infantil: a dimensão interdisciplinar entre direito e psicologia*. Brasília: Encanto das Letras, 2013.

GRECO, Pedro Alessandra Orcesi; RASSI, João Daniel. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. São Paulo: Atlas S.A. 2010.

GRECO, Rogério. *Crimes contra dignidade sexual*. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=103>> Acesso em: 24 abr. 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 10.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 11.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

HASSEMER, 1995 apud BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal, parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LARANJEIRA, Tiara Badaró. *Relativização da vulnerabilidade sexual nos termos do art. 217-A, caput, do Código Penal*. dez. 2012. Disponível em: <<http://tiarabadaro.jusbrasil.com.br/artigos/112354505/relativizacao-da-vulnerabilidade-sexual-nos-termos-do-art-217-a-caput-do-codigo-penal>> Acesso em: 23 abr. 2015.

MARIZ, Renata. Consentimento não interfere em caso de estupro de vulnerável, decreta STJ. *O Globo*, 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/consentimento-nao-interfere-em-caso-de-estupro-de-vulneravel-decreta-stj-17312846>> Acesso em: 28 ago. 2015.

MARTINS, José Renato. *O delito de estupro após o advento da Lei 12.015/2009: Questões controvertidas em face das garantias constitucional*. Anais do X simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, 2013. p. 28. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2015.

MERLO, Ana Karina França. Considerações práticas à Lei nº 12.015/09 no Título VI do Código Penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2428, 23 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14394>> Acesso em: 14 abr. 2015.

MILANI, Aloisio. *Violência silenciosa: Exploração e abuso sexual de menores desafiam políticas públicas*. São Paulo: Problemas Brasileiros, n 359, 2003. Disponível em: <http://www.sescsp.org.br/online/artigo/2244_VIOLENCIA+SILENCIOSA#/tagcloud=lista> Acesso em: 25 ago. 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento, *Manual de direito penal: Parte especial*, arts. 121 a 234 B do CP. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2010.

NIGRO, Rachel. *Decisões polêmicas do STJ causam indignação*. Disponível em: <<http://era.org.br/2012/03/deciso-es-polemicas-do-stj-causam-indignacao/>> Acesso em: 08 jun. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme De Souza. *Manual de direito penal: parte geral, parte especial*. 6.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI. Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 2012.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino. O Conceito de Vulnerabilidade no Direito Penal. *Revista Jurídica Consulex*. v.13, out./2009. p. 41, n.307. 2009. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2009;1000864133>> Acesso em: 23 abr. 2015.

Para o STJ, estupro de vulnerável não admite relativização, 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Para-o-STJ,-estupro-de-menor-de-14-anos-n%C3%A3o-admite-relativiza%C3%A7%C3%A3o> Acesso em: 28 ago. 2015.

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

PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. 3.ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial – arts. 121 a 249*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. *Crimes contra dignidade sexual*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/crimes-contra-a-dignidade-sexual/>> Acesso em: 05 out. 2014.

QUEIROZ, Paulo. *Do Estupro*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/do-estupro>> Acesso em: 25 out. 2014.

RIBEIRO, Carlos Antônio Rodrigues. Violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*.

STJ definirá se há estupro de vulnerável quando menor de 14 anos consente prática sexual. *Revista Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-05/stj-definira-estupro-quando-menor-14-anos-consente-sexo>> Acesso em: 28 ago. 2015.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos Crimes Contra os Costumes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

TEODORO, Rafael. Presunção absoluta de violência em estupro e atentado violento ao pudor praticados contra vítima menor de 14 anos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4119, 11 out. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32157>> Acesso em: 15 abr. 2015.