



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JULIANA RIBEIRO LINS

**A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE
VULNERABILIDADE EM RELAÇÃO AO MENOR DE 14 ANOS DE IDADE E
MAIOR DE 12 NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

FORTALEZA

2017

JULIANA RIBEIRO LINS

A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE
EM RELAÇÃO AO MENOR DE 14 ANOS DE IDADE E MAIOR DE 12 NO CRIME DE
ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- L731p Lins, Juliana Ribeiro.
A possibilidade de relativização da presunção de vulnerabilidade em relação ao menor de 14 anos de idade e maior de 12 no crime de estupro de vulnerável / Juliana Ribeiro Lins. – 2017.
59 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.
Orientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior .
1. Estupro de Vulnerável. 2. Presunção de Vulnerabilidade. 3. Idade. 4. Relativização. I. Título.
CDD 340
-

JULIANA RIBEIRO LINS

A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE
EM RELAÇÃO AO MENOR DE 14 ANOS DE IDADE E MAIOR DE 12 NO CRIME DE
ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em: 20 / 06 / 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^ª. Msc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Sarah Venâncio Ponte
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, Rita e Darival, aos quais devo tudo o que sou.

À minha avó Rita, em memória e em infinito amor.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, minha fonte de força e esperança para continuar a caminhada e seguir acreditando.

Aos meus pais, Rita e Darival, que nunca mediram esforços para proporcionar a mim e aos meus irmãos as oportunidades de crescer e construir nosso futuro, mesmo com as dificuldades, com tanta saudade e com os muitos quilômetros que nos separam. A eles, todo meu amor.

À minha família, que sempre me apoia e incentiva. Em especial, aos meus tios Nilce e Nonato que me acolheram como filha em seu lar nos meus primeiros anos em Fortaleza, e Nívia e Antônio que sempre me animaram e encorajaram.

Aos meus irmãos, Jorge Henrique e Davi, que são meus companheiros no dia a dia, e aos meus amigos que, como presentes, cruzaram meu caminho tornando a jornada mais leve.

Ao meu orientador, Prof. William Marques, pelo carinho e atenção com que aceitou meu convite e me orientou no decorrer deste trabalho; o levarei sempre como exemplo de profissional e verdadeiro mestre, que nos inspira a ser melhores.

À Secretaria da 12ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, onde muito aprendi no decorrer de dois anos como estagiária do Tribunal de Justiça e em cuja matéria encontrei inspiração para a realização da presente pesquisa.

Por fim, a todos aqueles que de alguma forma estiveram ao meu lado durante a graduação e contribuíram para a concretização deste sonho. Hoje, meu coração é só alegria e gratidão.

“O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.”

Rudolf Von Ihering

RESUMO

Analisa-se a possibilidade de relativização da presunção de vulnerabilidade em relação ao menor de 14 anos de idade e maior de 12 no crime de estupro de vulnerável. A presunção de vulnerabilidade baseada na idade da vítima está esculpida no artigo 217-A do Código Penal, que tipifica o estupro de vulnerável e foi instituído pela Lei nº 12.015 de 2009. Dentre outras inovações, tal lei revogou o artigo 224, “a”, que trazia expressamente a ideia de presunção de violência em caso de cometimento de relação sexual com menor de 14 anos de idade, a qual gerava discussões e controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a natureza dessa presunção: se absoluta ou relativa. A revogação desse artigo e a criação do tipo penal do estupro de vulnerável, no entanto, não acabaram com essa controvérsia, a qual perdura até hoje. Nesse diapasão, o presente trabalho procura demonstrar que em situações excepcionais deve-se vislumbrar a relativização da vulnerabilidade, enfatizando sempre a necessidade de a vítima ter menos de 14 anos de idade e mais de 12, além de outros requisitos que corroboram para a validade da anuência do suposto ofendido. Foram utilizados métodos dedutivos, comparativos e teóricos, baseados em estudos doutrinários e jurisprudenciais. Conclui-se que a cristalização de um preceito, qual seja a de que o menor de 14 deve ser considerado vulnerável de maneira absoluta, assim como a criminalização de uma conduta sem que haja lesão ao bem jurídico tutelado, afrontam princípios do Direito Penal e podem ensejar injustas condenações.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável. Presunção de Vulnerabilidade. Idade. Relativização.

ABSTRACT

It is analyzed the possibility of relativizing the presumption of vulnerability in relation to the under 14-year-old minor and the over 12 minor on vulnerable rape crime. The presumption of vulnerability based on the age of victim is carved out on article 217-A from Penal Code, which typifies vulnerable rape crime and was instituted by Law n° 12,015 of 2009. Among other innovations, that law revoked article 224, “a”, which provided expressly the idea of presumption of violence in cases of intercourse with a under 14-year-old minor, bringing up doctrinal and jurisprudential discussions and controversies about the nature of this presumption: whether absolute or relative. However, the revocation of that article and creation of criminal type of vulnerable rape did not end this controversy that lasts until today. In this context, the present work craves to demonstrate that in exceptional situations the vulnerability relativization should be glimpsed, always emphasizing the need of victim to be maximum aged 14 and at least 12, as well as other requirements that corroborate the validity of consent of the supposed offended. Deductive, comparative and theoretical methods were used, based on doctrinal and jurisprudential studies. It is concluded that the crystallization of a precept, that a 14-year-old minor must be considered absolutely vulnerable, as well as the criminalization of a conduct without any damage to the legal good protected, affront principles of Criminal Law and can entice in unjust condemnations.

Keywords: Vulnerable Rape. Presumption of vulnerability. Age. Relativization.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	15
2.1	Considerações Iniciais	15
2.2	Bem jurídico protegido	20
2.3	Sujeitos do crime	22
2.4	Elementos objetivos do tipo	23
2.5	Elementos subjetivos do tipo	24
2.6	Consumação e tentativa	24
2.7	Modalidades Comissiva e Omissiva	25
2.8	Qualificadoras	25
2.9	Ação Penal	26
3	A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA EM RAZÃO DA IDADE	28
3.1	Vitimologia	28
3.2	Consentimento da vítima	30
3.3	Vulnerabilidade	32
3.4	Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, ante o ECA no tocante ao menor de 14 anos de idade	32
3.5	O critério da idade e o regime da capacidade civil	34
4	A PRESUNÇÃO E A POSSIBILIDADE DE SUA RELATIVIZAÇÃO NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL	37
4.1	Conceito de presunção	37
4.2	Classificação da presunção	40
4.2.1	<i>Presunção legal</i>	40
4.2.2	<i>Presunção “hominis”</i>	41
4.2.3	<i>Presunção absoluta</i>	41
4.2.4	<i>Presunção relativa</i>	43
4.3	Análise principiológica aplicável	43
4.3.1	<i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	45
4.3.2	<i>Princípio do devido processo legal e princípio da legalidade</i>	46
4.3.3	<i>Princípio da intervenção mínima</i>	47
4.3.4	<i>Princípio da lesividade</i>	47

<i>4.3.5 Princípio da presunção de inocência.....</i>	48
<i>4.3.6 Princípio da verdade real.....</i>	49
4.4 A relativização da presunção de vulnerabilidade e a jurisprudência dos Tribunais Superiores.....	49
<i>4.4.1 Entendimento do Supremo Tribunal Federal.....</i>	50
<i>4.4.2 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça.....</i>	52
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

No Direito Penal Brasileiro, o crime de Estupro de Vulnerável configura uma modalidade de estupro e está presente no artigo 217-A, localizado no Capítulo II – Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável, do Código Penal Brasileiro.

Esse dispositivo foi criado pela Lei nº 12.015 de agosto de 2009, que revogou o artigo 224 da lei penal, cuja redação trazia expressamente a ideia de presunção de violência quando a vítima fosse menor de 14 (catorze) anos de idade, o que desencadeou uma forte discussão acerca da natureza dessa presunção: se era absoluta, sendo irrelevante o consentimento da vítima e sua experiência sexual anterior, ou se era relativa, devendo ser afastada a presunção de violência diante da prova do assentimento válido da suposta ofendida.

Antes da edição da citada lei, a prática de estupro com vítima menor de 14 anos, que abrangia apenas a prática da conjunção carnal, era tipificada pelo artigo 213 combinado com o citado artigo 224, alínea “a”, ambos do Código Penal Brasileiro.

Com a revogação do artigo 224, acreditou-se que essa discussão estaria encerrada, já que foi configurado um novo tipo penal autônomo denominado Estupro de Vulnerável, em cuja redação não há alusão expressa ao verbo “presumir”, haja vista, pela letra fria da lei, o menor de 14 anos de idade ser presumidamente considerado vulnerável.

É certo que a intenção primordial do legislador ao implantar a ideia de presunção de vulnerabilidade em relação ao menor de 14 anos foi a de proteger a vítima e seu natural desenvolvimento biológico. A discussão supracitada, no entanto não silenciou. A presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos de idade que é, em tese, absoluta, continua gerando discussões e disparidades entre os entendimentos dos julgadores, haja vista forte corrente doutrinária versar pela possibilidade de relativização dessa presunção.

A pesquisa em apreço assumiu, primordialmente, o objetivo de analisar a possibilidade da relativização da vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável, levando-se em consideração os preceitos constitucionais e penais, e analisando-se a possível existência de consentimento válido do menor de 14 anos de idade e maior de 12 em relação à prática sexual.

Para tanto, no Capítulo 2, analisaram-se as elementares do crime de estupro de vulnerável, como sujeitos, elementos objetivos e subjetivos do tipo, modalidades, qualificadoras, e a tutela da dignidade sexual como bem jurídico penalmente protegido, à luz das mudanças trazidas pela Lei nº 12.015 de 2009.

No Capítulo 3, traçam-se considerações acerca do conceito de estado de vulnerabilidade perante o critério etário e suas possíveis relativizações, assim como verificou-se a possibilidade de se conferir validade ao consentimento de um menor de 14 anos de idade e maior de 12 em relação à prática sexual, fazendo-se um paralelo com a previsão legal de imputação de infrações legais a menores nessa faixa etária, segundo os critérios estabelecidos pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Com base no exposto, procede-se, no Capítulo 4, à aferição do conceito do instituto da presunção, assim como de sua classificação, e à análise de alguns princípios aplicáveis e da importância da possibilidade de relativização da presunção de vulnerabilidade do menor de 14 e maior de 12 anos de idade, em consonância com o que, em verdade, a lei penal se propõe a tutelar: a dignidade sexual, ponderando-se a sanção aplicada pelo Estado com o dano efetivamente causado. Neste capítulo, analisou-se, ainda, o posicionamento dos tribunais superiores acerca da possibilidade ou não de tal relativização.

Para a realização deste trabalho, são utilizadas variadas fontes com o fito de enriquecer a presente pesquisa. Fizeram-se imprescindíveis as leituras de artigos, de dissertações de mestrado e de teses de doutorado ligados à tutela da dignidade sexual e, principalmente, à possibilidade de relativização da presunção de vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos de idade e maior de 12, bem como os limites dessa possível relativização, além da análise doutrinária, buscando o entendimento dos mais renomados penalistas.

Foi de suma importância e relevância a realização de diálogos com magistrados, membros do Ministério Público e defensores públicos que atuam em uma vara especializada nos crimes sexuais contra o vulnerável, assim como a colheita de impressões do diretor de secretaria, do profissional da psicologia e do assistente social lotados nesta Vara, que corresponde, na Comarca de Fortaleza, à 12ª Vara Criminal, situada no Fórum Clóvis Beviláqua.

Por fim, procedeu-se à pesquisa legislativa, em especial à análise da Lei nº 12.015, de 2009, que alterou o Código Penal, e da Constituição Federal, com enfoque no bem jurídico que se pretende realmente proteger, qual seja, a dignidade sexual, bem como a análise crítica de julgados, especialmente da jurisprudência dos tribunais superiores e do entendimento atualmente consolidado.

Presumir-se de forma absoluta o estado de vulnerabilidade do menor de 14 anos e maior de 12 frente à prática sexual, sem abrir margens para que se depreenda a possibilidade da relativização dessa presunção, pode representar a incriminação de uma conduta que não

teve o condão de lesionar a dignidade sexual da vítima. Muito além de se considerar possível que uma vítima dentro dessa faixa etária emita um consentimento válido, apesar da pouca idade, é inegável que muitas das relações envolvendo menores de 14 anos de idade se dão no contexto de um relacionamento afetivo, no qual ambas as partes decidem se envolver sexualmente em razão de suas naturais e legítimas inclinações sexuais e sentimentais.

2 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O Direito, entendido como o conjunto de normas que visam regulamentar as relações sociais, protegendo os bens da vida juridicamente relevantes, deve estar sempre em consonância com a evolução do tempo, de modo que possa se reinventar e se adequar às realidades advindas e aos costumes, que, como a vida, estão em constante transformação.

No Direito Penal Brasileiro, o crime de estupro de vulnerável configura uma modalidade de estupro e está presente no artigo 217-A, localizado no Capítulo II – Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável, do Código Penal Brasileiro. Esse dispositivo foi criado pela Lei nº 12.015 de agosto de 2009 em substituição ao antigo artigo 224 da lei penal, que trazia expressamente a ideia de presunção de violência quando a vítima fosse menor de 14 (catorze) anos de idade, o que possibilitava uma dupla interpretação da norma: que essa presunção era absoluta, sendo irrelevante o consentimento da vítima, ou que era relativa, devendo ser afastada diante da prova do assentimento da suposta ofendida.

Antes da criação do tipo penal do estupro de vulnerável, a prática de tal crime, que abrangia apenas a prática da conjunção carnal, era tipificada pelo artigo 213 combinado com o citado artigo 224, alínea “a”, ambos do Código Penal Brasileiro.

Com a revogação desse artigo 224 e a nova redação que veio configurar o estupro de vulnerável, não há mais a presença expressa do verbo “presumir”. No entanto, a redação do artigo 217-A traz, implicitamente, a ideia de presunção de vulnerabilidade em relação ao menor de 14 anos de idade ao considerar inválido seu consentimento com a prática de qualquer ato de cunho sexual, enquadrando este como pessoa vulnerável. Pela letra seca da lei, a presunção de violência é, em tese, absoluta em relação aos menores de 14 anos de idade, o que continua gerando discussões e confrontos entre julgados e a letra da lei devido à divergência de entendimentos.

2.1 Considerações Iniciais

Em 1940, surgiram os tipos penais relacionados à dignidade sexual, que eram definidos no Título VI do Código Penal Brasileiro como Dos Crimes Contra os Costumes, no sentido de serem esses baseados em hábitos sexuais disciplinados pela sociedade.

Tal titulação gerou críticas, que, em sua maioria, versaram no sentido de que o legislador deveria buscar a proteção da dignidade sexual, e não dos costumes, ou seja, não dos

hábitos internalizados pela sociedade, de uma forma geral.

No dia 07 de agosto de 2009, com o advento da Lei nº 12.015/2009, houve uma mudança significativa na nomenclatura do Título VI do Código Penal, que passou de “Dos Crimes Contra os Costumes” para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, alterando alguns artigos preexistentes.

No contexto normativo em que foi utilizado, o termo “dignidade” deve ser compreendido em conformidade com o sentido que lhe empresta a Constituição Federal, que prevê a “dignidade da pessoa humana” como conceito unificador de todos os direitos fundamentais do homem que se encontram na base de estruturação da ordem jurídica. (MIRABETE, 2010, p. 384)

A dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil previsto expressamente no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

A Lei nº 12.015/2009 inclui, no Código Penal, o Capítulo II, que dispõe sobre os crimes sexuais contra o vulnerável. O referido capítulo se inicia com a tipificação do estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A:

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

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (...)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (...)

Além do menor de 14 anos de idade, o novo artigo também traz em seu parágrafo primeiro a figura de outros vulneráveis, como o enfermo ou deficiente mental que não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual, ou aquele que, por qualquer outro motivo, não possa oferecer resistência. No tocante ao deficiente mental, a presunção absoluta de sua vulnerabilidade demonstra certa incongruência com o disposto no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Em relação aos valores tutelados pelo tipo penal do estupro de vulnerável, a dignidade da pessoa humana se constitui como o bem jurídico protegido mediato, enquanto que a dignidade sexual se apresenta com o bem jurídico protegido imediato, entendendo-se que aquela é mais ampla e engloba essa última.

A alteração legislativa mostra que o dispositivo oferta uma maior relevância não apenas à moral, à ética e aos bons costumes implantados na sociedade, mas à dignidade

individual da pessoa ofendida.

Ao se falar em dignidade individual, percebe-se que essa pode ser ofendida das mais diversas formas e que sua violação também pode ocorrer de forma diferente de pessoa para pessoa: o que para um indivíduo representa uma ofensa, para outro pode não o ser, considerando-se, ainda, o maior ou menor grau em que se dá uma violação.

No tocante à dignidade sexual, aplica-se o citado no parágrafo anterior, de maneira que sua violação deve ser aferida levando-se em consideração circunstâncias intrínsecas e questões subjetivas do indivíduo, que vão muito além dos danos físicos, sendo estes mais facilmente verificados. Nesse sentido, Capez (2010, p. 42) afirma:

A dignidade sexual liga-se à sexualidade humana, ou seja, o conjunto de fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um. Associa-se a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e à vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade.

A alteração legislativa configurou uma forma de adequação social na medida em que buscou acompanhar a evolução da sociedade e a mudança dos costumes. Cumprindo com seu real intuito, o legislador adequou a norma ao valor que ela realmente tutela, no caso, a dignidade sexual.

A inovação advinda em 2009 acompanhou uma evolução legislativa criminal que, com a Lei nº 11.106 de 2005, já restaram revogados tipos penais que não encontravam mais adequação na realidade atual nem representavam valores tutelados pelo Direito Penal, como é o caso dos crimes de sedução e rapto. Em suma, foram revogados tipos penais que se mostravam anacrônicos e cheios de resquícios da cultura patriarcal predominante nos anos de 1940, época em que foi publicado o texto original do Código Penal.

Dentre as mudanças trazidas pela Lei nº 12.015/2009 destaca-se, ainda, a alteração do termo “mulher” para “alguém” na descrição dos tipos penais. Até a referida lei ser criada, apenas a mulher figurava como sujeito passivo dos crimes sexuais. Com a mudança, o polo passivo pode ser ocupado por ambos os sexos, assim como o ativo também o pode.

Outra observação importante era a presença, em três tipos penais revogados, do termo “mulher honesta”:

Posse sexual mediante fraude
Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude
(Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009);

Atentado ao pudor mediante fraude
Art. 216. Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. (Revogado pela Lei nº

12.015, de 2009);

Rapto violento ou mediante fraude

Art. 219. Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005).

O legislador brasileiro empregou a expressão “mulher honesta” desde as Ordenações Filipinas. No início da sua colonização, o Brasil teve como primeiro ordenamento imposto por Portugal as Ordenações Afonsinas, depois as Manuelinas, e, por fim, as Filipinas. No Livro V, advindo de D. Afonso IV, no qual se descrevia os delitos e se cominava as penas, podem ser encontradas expressões como “mulher honesta” e “viúva honesta”.

O termo “mulher honesta” traz em si toda a gama discriminatória como a mulher era tratada. A mulher tida como “honestas” poderia ser vítima de violência sexual, e seu agressor seria penalmente responsabilizado, mas não sendo “honestas”, a mulher não seria merecedora da tutela do Estado.

O crime de sedução, constante no já revogado artigo 217 do Código Penal, possuía a seguinte redação: “Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança” e culminava em pena de reclusão de dois a quatro anos.

Como se denota, a preocupação do legislador se concentrava mais na defesa e na proteção de um “modelo” de sexualidade, que era definido de acordo com os costumes predominantes na sociedade e eleitos por esta como os “certos”, como as condutas “honestas” a ser adotadas, principalmente, pelas mulheres. A mulher, para ser “honestas”, tinha que se enquadrar em um padrão de comportamento sexual pré-determinado pela sociedade.

Importante ressaltar a importância da mudança da nomenclatura dos crimes sexuais advinda com a lei que criou a tipificação do estupro de vulnerável, pois a titulação sob a forma “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual” possui extrema relevância na delimitação do bem jurídico que, de fato, se pretende proteger.

Em consonância com esse entendimento, o próprio Projeto de Lei nº 253/04 do Senado Federal, que posteriormente veio a ser convertido na Lei nº 12.015/2009, já alertava em sua justificativa:

Para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, pois delineiam o bem jurídico a ser tutelado. Assim, a concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual. Tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes. Dessa forma, a construção legislativa deve começar por alterar o foco da proteção, o que o presente projeto de lei fez ao nomear o Título VI da Parte Especial do Código Penal como Dos crimes Contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual.

Com a evolução dos tempos, os hábitos e os costumes enraizados pela sociedade se modificam. Desta feita, o ordenamento jurídico também precisa evoluir e se adequar aos novos hábitos e costumes, de modo que continue sendo eficaz na proteção das relações sociais do povo.

Com a Lei nº 12. 015/09, o crime de estupro e o crime de atentado violento ao pudor, que configuravam dois tipos penais distintos, constantes respectivamente nos artigos 213 e 214 do Código Penal, foram unidos, transformando-se em apenas um tipo penal, o de estupro, localizado no artigo 213 da lei penal. Com essa mudança, qualquer ato libidinoso, seja conjunção carnal ou não, praticado contra alguém mediante violência ou grave ameaça é tipificado como estupro.

Em relação à presunção de violência, esta já constava na antiga sistemática do Título VI da parte especial do Código Penal Brasileiro, que trazia disposições em seu já revogado art. 224, in verbis:

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

- a) não é maior de catorze anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. (revogado pela lei 12.015 de 2009)

Esse artigo se encontrava na parte das disposições gerais do referido Título VI do Código Penal, e, por muito tempo, os doutrinadores divergiram quanto à natureza da presunção disposta pelo legislador na norma. Nesse contexto, surgiram quatro correntes: teoria absoluta, teoria relativa, teoria mista e teoria constitucionalista.

Segundo a teoria absoluta, a presunção de violência deveria ser absoluta, ou seja, haveria violência presumida em qualquer relação sexual mantida com menor de 14 anos de idade. Para a teoria relativa, a presunção deveria ser relativizada, de modo que, durante a instrução, deveriam ser analisados aspectos tais como se a vítima menor de 14 anos consentiu com o ato e se tinha experiência sexual anterior. Os defensores da teoria mista pregavam a relativização da presunção quando a vítima tivesse idade entre 12 e 14 anos e consentisse com o ato, sendo, nos demais casos, absoluta tal presunção. Já para a teoria constitucional, a tipificação da conduta como criminosa dependeria do pressuposto da culpa, de modo que a subjetividade do agente não deveria ser desprezada.

Ainda em relação às novidades advindas com a Lei n.º 12. 015/09, o artigo 4º desta alterou a redação dos incisos V e VI, do artigo 1º, da Lei nº 8.072/90 – Lei de Crimes Hediondos. Neste último inciso, se elenca como crime hediondo o novo crime de estupro de

vulnerável, seja em sua forma simples ou nas formas típicas qualificadas.

2.2 Bem jurídico protegido

Tradicionalmente, entende-se que o Direito Penal visa proteger os bens jurídicos fundamentais, que representam todo e qualquer valor reconhecido e protegido pelo Direito.

No que tange ao estupro de vulnerável, o bem jurídico penalmente tutelado é a dignidade sexual da vítima, que é considerada, nesse caso, como o indivíduo acarretado por vulnerabilidade.

Segundo Sales (2005, p.108),

Dentre outros dogmas que têm sido objeto de reconstrução dogmática com função crítica, com vistas a legitimar o sistema, encontra-se o bem jurídico, objeto da tutela penal, em sua função político-criminal enquanto legítimo critério de individualização da matéria a ser criminalizada e, correlativamente, procurando impor limites à atuação do legislador na atividade de criminalização.

É nítida a importância de uma delimitação do bem jurídico que se pretende penalmente proteger como forma de limitar a atuação do legislador ao criminalizar determinada conduta. Corrobora-se a isso o fato de o Direito Penal ser considerado a “ultima ratio”, à luz do Princípio da Intervenção Mínima.

No tocante ao sistema de proteção dos bens jurídicos, a intervenção a que se propõe o Direito Penal somente está legitimada quando os demais ramos do Direito se mostrem incapazes ou ineficientes, o que evidencia o caráter fragmentário do Direito Penal, bem como sua natureza subsidiária, que o torna legitimado a intervir somente quando fracassar os outros meios de proteção aos bens jurídicos tutelados.

Antes da alteração advinda com a Lei nº 12.015/2009, como já foi mencionado, o texto legal buscava tutelar não a dignidade sexual do ofendido, mas os costumes, ou seja, um parâmetro de comportamento internalizado pela sociedade. Esse fato evidenciava uma política proibicionista, com imposição de culturas. A moral que o Estado ditava estava sobre a moral baseada na dignidade de cada indivíduo em si.

No entanto, mesmo com a evolução legislativa que trouxe expressamente definido o bem ao qual se pretende prestar tutela ao implantar o título sob a denominação de “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, continua sendo difícil delimitar o que vem a ser a dignidade sexual.

Pela redação do tipo penal “Estupro de Vulnerável”, verifica-se que se busca proibir a conjunção carnal ou a prática de qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos de idade, sem admitir exceções.

Em uma primeira análise, denota-se que o tipo penal tutela a intangibilidade sexual da pessoa vulnerável, assim entendida como aquela menor de quatorze anos ou a que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. Entende-se que o menor de catorze anos não possui maturidade para consentir em matéria sexual e, se o faz, falta validade nesse consentimento.

Fayet (2011, p. 87) afirma que o artigo em análise “tutela a dignidade sexual dos vulneráveis”. Tal entendimento é seguido pela maioria dos doutrinadores. Já Fuhrer (2009, p. 135) entende que o bem tutelado “é a dignidade da pessoa humana”.

A dignidade sexual, porém, não é um conceito objetivo, mas impreciso e vago. Uma vez que o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal não é determinado e preciso, corre-se o sério risco de serem criados tipos penais que tutelem expressões idiomáticas, condutas amplas que estejam ligadas apenas a aspectos morais e ideológicos, o que vai de encontro a real função do Direito Penal.

Para Greco (2012, p. 539):

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

Nesse contexto, denota-se que a maturidade sexual só pode ser atingida após os catorze anos de idade. Pelo texto legal, o legislador entende que o adolescente, até a idade dos catorze anos, está em desenvolvimento psicológico para se posicionar em relação a sua atividade sexual.

No entanto, não é incomum nem de se causar espanto, ainda mais com a gama de informações disponíveis e acessíveis aos adolescentes atualmente, que existem menores de catorze anos de idade que possuem o discernimento necessário para se posicionar em relação a suas escolhas sexuais e afetivas.

Então, qual o bem jurídico que se pretende proteger, de fato? A dignidade sexual do indivíduo ou um preceito taxativo, segundo o qual o menor de catorze anos não tem, em todo e qualquer caso, o discernimento necessário para a prática sexual?

Essa questão provoca discussões e mostra disparidade entre julgados e a letra da lei, haja vista o fato de muitos magistrados entenderem que a presunção de violência em relação ao menor de 14 (catorze) anos de idade não deve ser absoluta e absolverem réus que mantiveram relação sexual consentida com menor de 14 anos de idade.

Em contrapartida, há também o entendimento segundo o qual a criminalização da conduta descrita no artigo 217-A procura proteger não apenas a liberdade sexual em relação ao menor de catorze anos, mas também a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade para que, na fase adulta, possa decidir livremente e sem traumas psicológicos sobre sua conduta sexual. Segundo esse entendimento, a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos deve ser absoluta.

É salutar que cada caso seja analisado de forma individualizada e que sejam aferidas as questões subjetivas, como a possível capacidade de discernimento da vítima e a validade de seu consentimento com a prática do ato. Criminalizar uma conduta de forma genérica pode representar uma ofensa aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, além de colocar um Estado em uma posição punitiva desmedida. A lei penal deve buscar proteger o bem jurídico em questão na tipificação da conduta, e não uma expressão idiomática que presume a ocorrência de violência de forma absoluta e irrestrita.

2.3 Sujeitos do crime

O estupro de vulnerável consubstancia-se, hoje, como um crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa, homem ou mulher, que é penalmente responsável e lesa um bem jurídico tutelado, assim como pode ter seu polo passivo ocupado por homem ou mulher.

Antes do advento da Lei nº 12.015 de 2009, apenas o homem poderia ser sujeito ativo dos crimes sexuais, enquanto a mulher era tipificada como sujeito passivo, além dos menores de 14 (catorze) anos, dos alienados e débeis mentais e daqueles que não pudessem oferecer resistência, pois esses eram presumidamente submetidos à violência pelo agente para participarem do ato sexual, conforme preceituava o revogado artigo 224 do Código Penal.

Como o próprio nome do tipo penal aduz, o sujeito passivo deve ser necessariamente vítima vulnerável, entendida como o menor de catorze anos, de acordo com o “caput” do dispositivo, ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, conforme o parágrafo primeiro do dito artigo.

Importante salientar que no artigo 226 do Código Penal Brasileiro se encontram causas

de aumento de pena para os crimes constantes no Título VI do diploma penal cujo critério é o sujeito ativo, no tocante a sua qualificação e a sua qualidade. Se o crime for cometido com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena deve ser aumentada de quarta parte. Já se o sujeito ativo for ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima, ou, por qualquer outro título, tem autoridade sobre ela, aumenta-se a pena de metade.

Essas causas de majoração da pena baseadas no sujeito ativo demonstram o maior grau de repulsa social inerente a esse crime quando o agente é parente ou alguém próximo da vítima, o que, infelizmente, configura a maioria dos casos.

2.4 Elementos objetivos do tipo

A descrição típica do delito compreende ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém em situação de vulnerabilidade, como já exposto anteriormente.

Ressalte-se que, ao contrário do crime de estupro constante no artigo 213 do Código Penal, o estupro de vulnerável não exige a ocorrência de violência ou grave ameaça para que reste configurado, podendo esses fatores se fazer presentes ou não.

É notório que os tipos penais do Estupro e do Estupro de Vulnerável, presentes respectivamente nos artigos 213 e 217-A do Código Penal Brasileiro, tornaram-se mais abrangentes no tocante ao núcleo, que não compreende mais apenas a conjunção carnal (cópula vagínica, o ingresso do órgão sexual masculino na cavidade vaginal), mas todos os atos libidinosos, ou seja, qualquer contato sexual que vise à satisfação da concupiscência do agente.

Desse modo, aduz-se que a prática de mais de um tipo nuclear implica na imputação de um único crime, não se devendo se falar em concurso de crimes, já que se trata de um tipo penal misto alternativo.

O dissenso da vítima ou seu nível de resistência perante a prática do ato não é considerado no estupro de vulnerável. Apesar de a redação do tipo penal não trazer expressa nenhum tipo de presunção, entende-se que a vulnerabilidade é presumida e a incapacidade de resistir também o é quando os sujeitos passivos são os elencados no artigo.

Muitos julgadores, no entanto, sob o entendimento que versa pela possibilidade de relativização da presunção de vulnerabilidade, consideram alguns menores de 14 anos como possuidores do discernimento necessário para a prática sexual, não vislumbrando efetiva lesão à dignidade sexual desses.

O fundamento da incriminação desse tipo penal reside na presumida incapacidade do ofendido de autodeterminar-se em relação ao exercício da sexualidade. No entanto, essa presunção implícita, seja em relação à capacidade de consentir ou de resistir da vítima, deve ser analisada no caso concreto, de modo que se vislumbre a possibilidade de relativizarem-se tais presunções.

2.5 Elementos subjetivos do tipo

Somente a título de dolo o estupro de vulnerável é punido, não se admitindo a modalidade culposa.

O dolo é constituído pela vontade consciente de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso diverso com a vítima vulnerável, devendo o sujeito ativo ter conhecimento da condição de vulnerabilidade do ofendido, ou seja, o agente deve ter ciência de que a vítima é menor de 14 anos, ou é alguém que, em razão de deficiência mental, não tem o entendimento necessário para a prática do ato.

Em outras palavras, o dolo somente se completa quando estão simultaneamente presentes a vontade e a consciência de todos os elementos constitutivos do tipo penal.

2.6 Consumação e tentativa

O crime consuma-se com a realização da conjunção carnal ou de ato libidinoso diverso desta.

A ocorrência da conjunção carnal, consistente na cópula vagínica, é de mais fácil constatação, sendo passível de ser provada por meio de exame de corpo de delito realizado na vítima, caso a introdução do órgão sexual masculino tenha sido completa, mesmo que não tenha havido rompimento himenal, quando existente.

Já a constatação da prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal é mais complexa, pois não é incomum que esses atos ocorram sem deixar vestígios. Nesses casos, o que vale como prova da materialidade do crime é apenas a palavra da vítima e as demais circunstâncias analisadas no caso concreto.

A forma tentada é possível, embora de difícil constatação prática. Por se tratar de um crime plurissubsistente, a conduta no estupro de vulnerável pode ser desdobrada em vários atos. Desse modo, caracteriza-se a forma tentada quando o agente, após ter iniciado a execução, é interrompido por circunstâncias alheias a sua vontade.

A consumação desse tipo penal não se prolonga no tempo, pois se trata de um crime instantâneo, mas se configura em um momento determinado. Diante disso, para que ocorra a tentativa basta que o agente tenha empregado violência ou grave ameaça com a finalidade inequívoca de constranger a vítima à prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso.

2.7 Modalidades Comissiva e Omissiva

O estupro de vulnerável é, via de regra, um crime comissivo, pois os verbos nucleares “ter” (conjunção carnal) e “praticar” (outro ato libidinoso) implicam na prática de uma ação.

A modalidade omissiva, no entanto, também é possível e muito recorrente. Esta se configura quando o sujeito ativo ocupa a posição de garantidor, ou seja, quando devia e podia agir para evitar a ocorrência do crime e não fez, conforme preceitua o artigo 13, parágrafo 2º, do Código Penal Brasileiro, que assim dispõe:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

(...)

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Ilustrando essa modalidade omissiva, assim como sua recorrência, podem-se citar os inúmeros casos em que mães permitem que seus companheiros pratiquem atos sexuais com seus filhos pelos mais diversos motivos, como por dependência financeira, questões sentimentais doentias, entre outros.

2.8 Qualificadoras

Os parágrafos 3º e 4º do artigo 217-A do Código Penal trazem duas qualificadoras para esse tipo penal. O referido parágrafo 3º estabelece pena de 10 (dez) a 20 (vinte) anos de reclusão se o crime resulta em lesão de natureza grave, enquanto o parágrafo 4º dispõe que a pena será de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão se o resultado morte ocorrer.

Tais qualificadoras retratam crimes preterdolosos ou preterintencionais, ou seja,

condutas que pressupõem que tenha o agente agido com dolo em sua ação inicial (conjunção carnal ou ato libidinoso) e com culpa no resultado agravador (lesão grave ou morte).

Desse modo, tais qualificadoras só incidiram se os resultados lesão grave ou morte advirem de uma conduta culposa do agente. Ademais, se o agente pretendia também o resultado lesão grave ou morte, além do abuso sexual, ele deve responder pelo crime de estupro de vulnerável em concurso material com os crimes de lesão grave ou homicídio, devido à existência dos chamados desígnios autônomos.

2.9 Ação Penal

Segundo a antiga sistemática processual que regia esse crime, a ação penal, em regra, seria privada, procedendo-se apenas mediante queixa, e, nos casos em que ocorria o resultado lesão grave ou morte, a ação penal seria pública incondicionada à representação da vítima.

Com a mudança legislativa, a regra é que a ação penal tenha natureza pública e condicionada à representação da vítima nos crimes dos capítulos I (Dos crimes contra a liberdade sexual) e II (Dos crimes sexuais contra o vulnerável) do Título VI da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, por tratar-se de crimes que invadem a privacidade da vítima.

Se, no entanto, a vítima é menor de 18 anos de idade ou vulnerável, a ação penal nesses crimes é pública incondicionada à representação, que é o caso do crime de estupro de vulnerável ora em análise.

Em suma, com a alteração disposta na Lei nº 12.015 de 2009, estabeleceu-se que os crimes com conotações sexuais serão propostos por ações públicas condicionadas se a parte ofendida for adulta e tiver boa capacidade de discernimento, e, nos casos de a vítima ser considerada incapaz (vulnerável ou com faixa etária inferior aos 18 (dezoito) anos de idade à época dos fatos), o Ministério Público intervirá, tornando a ação pública incondicionada, não sendo possível analisar a manifestação da vítima nem seu desejo quanto ao prosseguimento da ação.

Importante salientar a constatação, por meio de observações junto a uma vara especializada em crimes sexuais contra o vulnerável, do grande número de vítimas e de, principalmente, mães de vítimas que procuram o Judiciário com o fito de “retirar a acusação”, por não terem conhecimento da impossibilidade dessa conduta. Esse dado também chama a atenção para o fato de, corriqueiramente, a falsa acusação de estupro de vulnerável se fazer presente no contexto de brigas familiares, como nas que envolvem disputa pela guarda dos filhos, nas quais, em alguns casos, quem representou criminalmente contra algum desafeto se

arrepênde, posteriormente, de tê-lo feito.

3 A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA EM RAZÃO DA IDADE

O Código Penal Brasileiro ampliou a ideia de vulnerabilidade, que se refere à condição na qual a vítima se enquadra, sendo esta representada pelas crianças e adolescentes com idades inferiores a 14 (quatorze) anos, pelas pessoas com deficiência física ou mental, ou que, por qualquer motivo, são incapazes de oferecer resistência. Ressalte-se que o conceito de vulnerabilidade usado no Código Penal Brasileiro não permite relativizações quando se trata de vítima menor de catorze anos de idade.

O conceito de vulnerabilidade, no entanto, por meio da análise minuciosa de cada caso concreto, abre preceitos que tornam coerente e admissível encarar a definição de vulnerável em caráter absoluto e relativo, sopesando-se, para isso, a realidade do comportamento biológico e psíquico dos jovens contemporâneos, em especial, daqueles com idade entre 12 e 14 anos, e a sua capacidade de autodeterminação perante as práticas sexuais.

3.1 Vitimologia

Entende-se por vitimologia, grosso modo, o estudo da vítima sob todos os seus aspectos, como o psicológico, biológico e social, além de comportar uma análise da personalidade e da relação entre esta e seu vitimizador.

O polo passivo de uma pretensão é sempre de extrema importância para todos os ramos da Ciência Jurídica. No plano do Direito Penal não é diferente, a vítima se apresenta com uma peça primordial para o estudo criminológico, sendo fundamental o entendimento do seu comportamento e de suas reais intenções.

Procura-se estudar a personalidade da pessoa ofendida para se analisar seus aspectos sociológicos e psicológicos, tendo sempre como finalidade sua real e efetiva proteção.

A proteção da coletividade nem sempre corresponde a uma proteção individual, pode-se dizer, “personalíssima”, pois cada indivíduo é único, com valores, sentimentos e pensamentos próprios e diferentes dos demais. No entanto, o Direito Penal, buscando a maior proteção possível aos bens jurídicos tutelados, utiliza-se de um parâmetro geral, ou seja, de uma base de valoração que seja aplicada a todos indistintamente.

Sob a análise do crime de estupro de vulnerável, o comportamento da vítima, embora irrelevante para a configuração do delito, por se tratar de pessoa vulnerável e, portanto, carente de discernimento, pode se mostrar como um elemento relevante acerca do delito, demonstrando, por exemplo, que certas reações comportamentais desta podem ter se dado por

pretensões e desejos que são considerados descartáveis à óptica do Estado e, portanto, ignorados pelo âmbito jurídico.

O consentimento da vítima pode ser encarado como uma forma atenuante do delito ao olhar jurídico. Para isso, deve-se ter em mente a veracidade e o nível de consciência em tal consentimento, com uma análise rebuscada a respeito da capacidade jurídica e mental do sujeito passivo da conduta. Em consonância com essa ideia, o autor Hermann Mannheim (1985, p. 997) afirma que:

O consentimento da vítima pode também actuar como atenuante (v. g. §216, Código Penal alemão) [...] a eficácia jurídica do consentimento da vítima é uma das mais difíceis e controversas questões do direito criminal [...] Saber se o consentimento, da capacidade jurídica e mental da vítima para emitir um consentimento válido, da finalidade do acto para o qual se consente e de outros factores, não terá aquela força se se verificarem razões de ordem pública contra o seu reconhecimento.

A criminologia trata com valorosa importância a figura da vítima para fins da análise de um crime, diferenciando, inclusive, a sua capacidade diante da situação fática e determinando a classificação comportamental da ofendida, por exemplo: se ela é completamente inocente, se tem participação para a ocorrência do ato tal qual seu agressor, ou se sua anuência para a prática do ato pode ser considerada legítima, de acordo com sua vulnerabilidade ou com a ausência desta.

Importante ressaltar que essa suposição da possibilidade de análise e valoração do comportamento da vítima frente ao ato sexual com ela praticado se refere aos casos em que a vítima é menor de 14 anos de idade e maior de 12 e se comporta de forma consentida e espontânea em relação à prática sexual em questão, possuindo maturidade média necessária para esta.

A finalidade, portanto, da verificação comportamental do ofendido no âmbito da Criminologia é amparar o convencimento necessário para a devida e justa aplicação da pena ao agressor.

Nesse sentido, posiciona-se Nucci (2009, p. 37/38):

Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real.

A vítima no crime de estupro de vulnerável deve figurar como o indivíduo que foi ofendido, que teve sua dignidade sexual lesada e que, devido a isso, sofreu graves danos psicológicos de difícil ou até de impossível reparação, haja vista se tratar de um crime considerado hediondo e com alto grau de crueldade, que deve ser fortemente repreendido pelo Estado.

Diante disso e de maneira ilustrativa, se mostra incoerente que um adolescente de 13 anos de idade, que possui o discernimento e a maturidade necessários para decidir sobre sua vida sexual, e que esteja envolvido emocionalmente com alguém em uma relação afetiva de sentimentos genuínos e recíprocos, seja considerado uma vítima, tal qual o é uma criança de 8 (oito) anos de idade que foi drasticamente violentada por um maníaco no banheiro de um “shopping”. Ademais, se mostra desproporcional o fato de que àquele seja imputado o mesmo crime e aplicada a mesma sanção que foi a esse último.

3.2 Consentimento da vítima

O ato de consentir consiste em uma anuência, em um acordo ou em uma livre decisão entre os sujeitos de uma determinada relação, na qual estão presentes vontades e interesses comuns.

No âmbito do Direito Penal e em relação aos crimes contra a dignidade sexual, mais especificamente no que se refere ao estupro de vulnerável, não é tarefa fácil analisar o valor do consentimento da vítima menor de 14 e maior de 12 anos de idade, haja vista que cada caso é único e que cada indivíduo possui suas peculiaridades. Além disso, vale salientar que a própria letra da lei considera inválido esse consentimento de plano, sem nem mesmo versar sobre a possibilidade de valoração do mesmo.

A respeito de o consentimento da vítima ser considerado válido, deve ser analisada uma série de fatores. Dentre esses, pode-se citar o fato de a suposta vítima ser maior de 12 (doze) anos de idade; demonstrar a maturidade média que se observa, atualmente, nos adolescentes dessa faixa etária, devido à gama de informações que a eles são acessíveis hoje pela difusão da “Internet”; a inexistência de qualquer relação de poder familiar, laboral ou de outra forma de subordinação; as características do suposto abusador, como idade, estado civil e conduta social; entre outros fatores.

As normas devem se adequar à evolução do tempo e à nova realidade social. O papel do legislador ao editar normas incriminadoras de determinadas condutas deve ser limitado

pelo bem jurídico que ele se propõe a proteger. O conceito de bem jurídico, no entanto, conforme já foi tratado anteriormente, é de difícil delimitação, configurando, por assim dizer, uma expressão indeterminada e um conceito abstrato.

Pelo fato de o Direito não ser considerado estático, o bem jurídico indisponível, tal seja a dignidade sexual, em alguns casos não resta efetivamente lesionado. Aqui não se trata da disponibilização da dignidade sexual da vítima com o consentimento desta, mas se faz referência à existência ou não de ofensa a esse bem penalmente protegido.

De forma ilustrativa, a situação hipotética de uma menor de 14 (quatorze) anos de idade que manteve relação sexual consentida com seu namorado, não havendo uma elevada disparidade etária entre eles, passa a ser palco de ponderações em relação à presunção absoluta de vulnerabilidade ou a sua relativização. Essa situação, grosso modo, reflete a possibilidade de o magistrado analisar o caso concreto, valorando o consentimento da vítima a fim de aferir a vulnerabilidade apresentada por esta, bem com se houve ofensa no tocante a sua dignidade sexual.

Segue decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na qual se reconheceu o valor do consentimento da vítima em determinado caso concreto:

AC Nº. 70.050.183.847AC/M 4.170 - S 29.11.2012 - P 23 APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. ADOLESCENTE QUE, DIZENDO-SE COM 15 ANOS DE IDADE, CONTAVA 13 ANOS E 07 MESES NO INÍCIO DO RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRETIDO COM O RÉU, PERDURANDO POR CERCA DE UM ANO. CONJUNTO PROBATÓRIO SÓLIDO QUANTO À INICIATIVA E CONSENTIMENTO DA ADOLESCENTE COM O NAMORO ESCONDIDO E OS POSTERIORES ATOS SEXUAIS REALIZADOS. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO E DA PROVA COLIGIDA AO CADERNO PROCESSUAL, NO SENTIDO DE AFASTAR A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA E O DOLO DE ESTUPRAR DO RÉU, DAÍ RESULTANDO A ABSOLVIÇÃO SUFRAGADA NA SENTENÇA RECORRIDA. PARECER MINISTERIAL PELA MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO E DESPROVIMENTO DO APELO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA RECORRIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS DE FATO. APELO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70050183847, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 06/12/2012). (TJ-RS - ACR: 70050183847 RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Data de Julgamento: 06/12/2012, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/12/2012)

Nesse contexto, deve-se atentar para a possibilidade de se admitir interferências do consentimento da vítima, ao qual deve ser conferida validade, no protecionismo dos bens indisponíveis, possibilitando meios mais coerentes, justos e proporcionais de se constatar a real ofensa a esses bens.

3.3 Vulnerabilidade

A vulnerabilidade corresponde à condição de pessoa vulnerável, ou seja, aquela que está sujeita a danos morais ou físicos diante de sua fragilidade, por não possuir capacidade desenvolvida de forma suficiente a inibir uma situação de risco.

Saliente-se que a vulnerabilidade também alcança condições culturais e sociais do indivíduo, não sendo inerente tão somente à enfermidade ou doença mental, à categoria da idade ou à impossibilidade de oferecer resistência. A vulnerabilidade social decorre da fragilidade da vítima diante dos riscos aos quais pode estar exposta e que causam sua degradação e exclusão no contexto social.

Exemplificando essa vulnerabilidade social, a hipossuficiência econômica causa reflexos na estrutura familiar, podendo gerar uma zona de instabilidade que induz adolescentes a praticarem atos sexuais em troca de dinheiro para, muitas vezes, poder ter o mínimo para sobreviver. No entanto, essa visão foge do que é analisado no presente trabalho, configurando exploração sexual de menores, delito diverso do estupro de vulnerável e que demonstra, na maioria dos casos, a falta de proteção e insegurança na qual vivem muitos adolescentes, que são vítimas de um ambiente de carência e distorção social.

É notório que a idade de 14 (catorze) anos é um dado objetivo estabelecido pelo legislador como uma garantia normativa de preservação e proteção da infância e da adolescência, e é louvável a preocupação deste em resguardar o crescimento biológico, os interesses e a dignidade sexual dos jovens.

A vulnerabilidade, no entanto, não deve ser entendida como um critério absoluto, mas precisa ser medida de acordo com as circunstâncias de cada caso.

Ademais, frise-se que o presente trabalho se propõe a analisar a possibilidade de validade do consentimento do menor de 14 e maior de 12 anos de idade, haja vista até os 12 anos, como bem define o Estatuto da Criança e do Adolescente, ser considerado criança, sendo o mais coerente que, nesse caso, a vulnerabilidade seja aferida de forma absoluta.

3.4 Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, ante o ECA no tocante ao menor de 14 anos de idade

É de fundamental importância que as normas regentes das relações interpessoais se renovem ao longo dos anos, de maneira a acompanhar a própria evolução da sociedade, o que engloba mudanças de costumes, de hábitos e de concepções. Um sistema legal estático

representaria um engessamento normativo prejudicial à própria evolução humana, tendo em vista a complexidade do ser humano e das relações por este estabelecidas.

Pode-se observar que as alterações do Código Penal, como as que ocorreram em 2009, se deram na tentativa de salvaguardar a dignidade sexual das vítimas agredidas em função de sua pouca idade, pouca experiência e incompleto desenvolvimento da personalidade.

No entanto, a norma deve se reinventar e caminhar de acordo com a realidade da época em que a sociedade se encontra. Nesse contexto, o Projeto de Lei do Senado Federal (PLS), sob nº 236, proposto no ano de 2012, tem como objetivo a reforma do Código Penal Brasileiro. Dentre as mudanças, encontra-se a proposta de redução da menor idade do crime de estupro de vulnerável, com a diminuição desta de 14 (quatorze) para 12 (doze) anos de idade, com base no critério estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) prevê em seu artigo 2º que “Considera-se criança, para efeitos da Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

O Projeto de Lei do Senado nº 236 quis manter fidelidade quanto ao previsto no ECA ao prever a redução de 14 para 12 anos de idade no crime de estupro de vulnerável, que, de acordo com a redação do referido projeto, passaria a ter a seguinte redação:

Art. 186. Manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos: Pena - prisão, de oito a doze anos.

§ 1º. Incide nas mesmas penas quem pratica a conduta abusando de pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou de quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento.

Aumento de pena:

§ 2º. A pena será aumentada de um sexto até a metade se resultar gravidez ou doença sexualmente transmissível.

§ 3º. Se o agente pratica o crime mediante mais de uma das condutas descritas no caput, a pena será aumentada de um a dois terços, sem prejuízo da aplicação de outras causas de aumento previstas neste Título. (2013, *online*)

Ante o exposto, percebe-se que o projeto tenta enfatizar que a legislação penal teria de se adequar à realidade advinda das mudanças sociais, posto que houve uma maior amplitude e facilidade quanto ao acesso às informações por parte dos adolescentes, fato este que serviu como parâmetro para que o ECA estabelecesse essa divisão quanto à faixa etária dos menores sobre os quais já poderia recair a responsabilização por atos infracionais, inclusive com restrição de liberdade.

Pelo trecho ora abordado da redação do projeto, percebe-se um retrocesso no tocante à falta de menção ao ato libidinoso, tratando-se apenas da relação sexual vaginal, anal ou oral.

Com a edição do artigo 217-A do Código Penal, o legislador ampliou o alcance da conduta tipificadora do crime, passando esta a ser a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, que engloba inúmeras condutas, cuja característica comum é a natureza sexual. Desse modo, seria plausível que o texto do projeto também incluísse a prática de qualquer ato libidinoso, em nome de um sistema normativo mais abrangente e protetivo.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, a idade de 12 anos define, no plano jurídico, a passagem da condição de criança para a de adolescente. O ECA não prevê a responsabilização jurídica pela prática de fato definido como delito (crime ou contravenção penal) para as crianças. Em relação aos adolescentes, ou seja, às pessoas a partir dos 12 anos completos, o ECA prevê a responsabilização jurídica pela infringência das normas penais, tratando das transgressões sob a denominação de atos infracionais, em vez de crime ou contravenção. Desse modo, a despeito das diferenças terminológicas no tocante às transgressões, é indiscutível que o referido estatuto estabelece um sistema de responsabilização dos jovens a partir dos 12 anos de idade, mediante a aplicação de sanções denominadas de medidas socioeducativas.

Diante disso, já que existe uma certa valoração em relação ao discernimento dos adolescentes menores de 14 e maiores de 12 anos de idade para a prática de certos atos, porque não haver a possibilidade de se conferir valor ao consentimento destes, quando presentes outros requisitos (maturidade média atualmente observada entre adolescentes nessa idade; inexistência de qualquer relação de poder familiar, laboral ou de outra forma de subordinação; características do suposto abusador, como a idade, o estado civil, a conduta social, entre outras) que confirmem a validade dessa anuência?

3.5 O critério da idade e o regime da capacidade civil

De acordo com o já revogado artigo 3º do Código Civil Brasileiro, eram considerados absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

O citado artigo foi revogado pela Lei nº 13.146 de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência e adaptou o sistema legal brasileiro às exigências da Convenção de Nova York de 2007. Tal estatuto tem como finalidade principal proporcionar igualdade e respeito pela dignidade e autonomia individual, o que inclui a liberdade que deve ser

conferida a todos os indivíduos de fazer suas próprias escolhas.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, seguindo a tendência mundial de incluir tais pessoas no contexto normal da vida social, tratando-as exatamente como pessoas normais, retirou algumas pessoas do conceito de incapacidade absoluta.

De acordo com o atual texto do artigo 3º do Código Civil, que teve sua redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, só restou configurado como absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. Foram excluídos dessa categoria, pela revogação expressa dos incisos II e III desse artigo, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos, e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Em relação aos relativamente incapazes, as mudanças advindas com o Estatuto estabelecem, no artigo 4º do Código Civil, que essa categoria abrange as seguintes hipóteses: a) maiores de 16 e menores de 18 anos; b) ébrios habituais e os viciados em tóxico (a nova redação deixou de fazer menção aos que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido); d) e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (foi excluída a menção aos os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo); e) os pródigos.

Pelo espírito do Estatuto da Pessoa com Deficiência, parte-se da premissa que a deficiência não é, a princípio, um fator que provoque limitações à capacidade. Corrobora-se a essa ideia o fato de o artigo 6º desse estatuto estabelecer que:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
I - casar-se e constituir união estável;
II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Percebe-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência aduz, inclusive, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para exercer direitos sexuais e reprodutivos.

Ademais, foi estabelecido por esse diploma que, ao lado do instituto da curatela, passa a existir o processo denominado de “tomada de decisão apoiada”, segundo o qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua

capacidade.

É notório o fato de que o Estatuto da Pessoa com Deficiência prima por conferir uma certa validade à vontade e ao consentimento dos que, até pouco tempo atrás, eram considerados absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil.

Diante disso, é pertinente a reflexão sobre a possibilidade de também ser conferida validade ao consentimento de um menor de 14 anos e maior de 12 anos de idade em relação a sua vida sexual, quando também presentes, logicamente, os demais pressupostos que validem essa decisão.

Exemplificando-se essa ideia, pode-se citar a seguinte situação fictícia: uma adolescente de 13 anos de idade toma a decisão de se relacionar sexualmente com seu namorado, um jovem de 18 anos; a mãe da adolescente, que é contra o namoro, resolve denunciar o jovem rapaz; esse jovem, no início de sua formação no ensino superior, com tantos planos na vida, inclusive o de casar e constituir família com a referida namorada, é, pelo fiel cumprimento da lei penal, condenado pelo delito de estupro de vulnerável, um crime hediondo, com um alto grau de repulsa social, cuja pena mínima é de 8 anos de reclusão. Nesse caso, não é difícil entender que ressoava mais justo ser conferida validade ao consentimento da adolescente de 13 anos de idade quanto aos seus direitos sexuais, sendo estes, inclusive, resguardados para as pessoas com deficiência, como se observa no artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Em contrapartida, o Código Civil Brasileiro continua a utilizar o critério da idade para considerar os menores de 16 anos absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil. No entanto, o diploma penal deve levar em consideração fatores como a real ofensa ao bem da vida juridicamente tutelado, no caso do crime em estudo, a dignidade sexual da pessoa humana.

4 A PRESUNÇÃO E A POSSIBILIDADE DE SUA RELATIVIZAÇÃO NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A presunção deve ser considerada quando determinadas situações apresentam somente indícios, não tendo a comprovação do que de fato ocorreu ou das circunstâncias em que ocorreu.

Quando se fala em presunção no crime de estupro de vulnerável, leva-se em consideração que o ato sexual, seja conjunção carnal ou ato libidinoso diverso, ocorreu de forma coagida, com violência “implícita”, independentemente de ter havido ou não o consentimento da vítima menor de 14 anos de idade, sendo esta, de acordo com o texto da lei, presumidamente vulnerável.

O presente trabalho se propõe a fazer uma análise dessa presunção de vulnerabilidade presente no delito tipificado no artigo 217-A do Código Penal que se baseia no critério etário. O legislador presume o estado de vulnerabilidade do menor de 14 anos frente à prática sexual de forma absoluta, sem abrir margens para que se interprete a possibilidade da relativização dessa presunção, ainda que se trate de uma prática sexual consciente e consentida, sendo o suposto estuprador, se condenado, submetido a uma pena de reclusão de oito a quinze anos, sem que tenha sido, em qualquer caso, levada em consideração a liberdade sexual dos parceiros, ou mesmo sua capacidade e autonomia.

4.1 Conceito de presunção

Etimologicamente, o termo presunção tem origem do latim “*praesumptio*”, que significa “ideia antecipada”.

No estudo das provas no Direito Processual Penal, encontra-se referências à presunção junto às discussões a respeito dos indícios, que são previstos no artigo 239 do Código de Processo Penal, segundo o qual “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Conforme se verifica pelo texto da lei, os indícios são circunstâncias que não têm relação direta com o fato principal, mas que autorizam a formação de uma conclusão lógica de que este teria ocorrido.

São considerados meios de provas os documentos, os relatos das testemunhas, as perícias, entre outros instrumentos com valor probante. Os indícios, por sua vez, são trazidos

aos autos por meio de um desses meios de prova que lhes servem de condução, não configurando, portanto, um meio de prova em si. Há, no entanto, quem defenda que esses podem ser considerados meios de prova indireta, justamente por não terem relação direta com o fato.

O ato de presumir traduz-se em admitir algo como verdadeiro apenas em razão de indícios e aparências. A legislação penal, quando estabeleceu as hipóteses de presunção de violência no revogado artigo 224 do Código Penal Brasileiro, e, atualmente, ao manter a presunção de vulnerabilidade em relação ao menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável, parte da premissa de que determinadas características da vítima a impedem de compreender a extensão do ato praticado, retirando, portanto, qualquer possibilidade de com ele consentir validamente.

A intenção primordial do legislador ao implantar a ideia de presunção de vulnerabilidade em relação ao menor de 14 anos foi a de proteger a vítima e seu natural desenvolvimento biológico relacionado, principalmente, à sexualidade. Este tema, no entanto, desde muito vem despertando debates doutrinários e jurisprudenciais.

Muitas são as razões que têm fomentado esses debates. Dentre elas, destaca-se o fato de que não podem existir presunções contrárias ao réu, que deve ser considerado inocente até a sentença condenatória transitada em julgado, além da discussão sobre a natureza de tal presunção, que poderia ser absoluta (*jure et de jure*), não admitindo provas em contrário, ou relativa (*juris tantum*), sujeita à instrução probatória, podendo ser até mesmo afastada diante de determinadas circunstâncias.

No Direito, de forma geral, a criação da figura da presunção é justificada por diversas razões, entre as quais se destacam a indutiva, a garantista e a que tem por finalidade estabelecer um equilíbrio de provas.

De acordo com a razão indutiva, que é a mais recorrente, a presunção se baseia em experiências sociais cujas reiteradas conclusões versam no mesmo sentido. Como exemplo, pode-se citar o artigo 5º do Código Civil Brasileiro, segundo o qual a menoridade cessa aos 18 anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Segundo o citado artigo, no Brasil, a partir dos 18 anos o indivíduo adquire plena capacidade para praticar pessoalmente seus atos, bem como já pode ser responsabilizado pelos eventuais danos que estes vierem a causar. Contudo, essa presunção é relativa, pois se restar comprovado que o maior de 18 anos se encontra na condição de ébrio habitual, viciado em tóxico, pródigo ou que por alguma causa não possa exprimir sua vontade, ele perderá sua plena capacidade civil e passará a ser considerado relativamente incapaz.

Conclui-se, com isso, que, pelas características biológicas e psicológicas do maior de 18 anos, o legislador ajustou essa idade como um marco etário razoável para que um indivíduo possa passar a ser plenamente responsável pelos seus atos, ou seja, houve uma padronização de idade.

Esse padrão, no entanto, poderá ser relativizado diante de uma demanda probatória que demonstre ser o indivíduo, mesmo com 18 anos completos, carente de plena capacidade. Essa relativização pode se dar, ainda, em outro sentido, como é o caso do menor de 18 e maior de 16 anos que foi emancipado, ou seja, que adquiriu capacidade para praticar atos pessoalmente mediante autorização de seus responsáveis legais, de um juiz, ou ainda por ocorrência de fato previsto em lei.

Já a presunção no viés garantista se dá em uma situação de pouca clareza e certeza, na qual o legislador, adotando uma postura acauteladora, passa a resguardar direitos que estariam em risco de sofrer tolhimento devido ao frágil conjunto probatório. Em outras palavras, segundo essa visão garantista, é preferível absolver um culpado a condenar um inocente.

Acerca do garantismo, Luigi Ferrajoli (2006, p. 785) aduz que as consequências da divergência entre o que está previsto na constituição e as práticas legislativas, jurisdicionais ou administrativas se resumem na ideia de tornar a constituição uma “simples referência, com mera função de mistificação ideológica”.

Nesse contexto, Ferrajoli explica que o “garantismo” surge como superação dessa incongruência entre o “dever ser” e o “ser”, atribuindo-lhe três significados, que não se restringem ao campo do Direito Penal, mas que podem ser expandidos para todos os campos do ordenamento jurídico: modelo normativo de direito, teoria jurídica da validade e da efetividade e, por fim, filosofia política.

No presente trabalho, dentre os significados atribuídos por Ferrajoli ao garantismo, trata-se este como teoria jurídica da validade e da efetividade, na qual se separa o “ser” e o “dever ser” no direito, mostrando a discrepância entre modelos normativos (de tendência garantista) e as práticas operacionais. Contextualizando, o fato de a lei definir um menor de 14 como vulnerável não deve implicar, necessariamente, que esse seja o embasamento da referida prática operacional, qual seja, o entendimento do julgador. A justiça não é alcançada apenas por meio do fiel cumprimento da lei, e sim quando, junto ao disposto na norma, são sopesados fatores externos que influenciam sobremaneira na configuração de uma prática como criminosa ou não.

Por fim, quando se tem por finalidade estabelecer um equilíbrio de provas, Greco Filho (1988, p.181) ensina:

Os códigos comumente instituem presunções quando pretendem criar uma situação de vantagem em favor de determinada parte, a fim de facilitar o labor probatório da parte a que aproveita. Provado um fato (que não é o principal), chega-se, pela presunção legal, à convicção da existência do fato principal.

Nesse diapasão, a presunção serve como instrumento para facilitar a instrução probatória quando esta se mostra dificultosa, permitindo que se chegue a uma dedução do fato principal por meio das provas colhidas sobre um fato não principal.

4.2 Classificação da presunção

A presunção é classificada de acordo com sua origem em legal (jurídica) ou *hominis* (judicial), e, de acordo com a possibilidade ou não de produção de prova em contrário, em absoluta (*jure et de jure*) ou relativa (*juris tantum*).

4.2.1 Presunção legal

Segundo Pontes de Miranda (1983, p.420):

(...)presunção legal (*praesumptio iuris*) [...], em vez de meio de prova, é o conteúdo de regras jurídicas que estabelecem a existência de fato, fato jurídico, ou efeito de fato jurídico (e.g., direito), sem que se possa provar o contrário (*praesumptiones iuris et de iure*, presunções legais absolutas), ou enquanto não se prova o contrário (presunções legais relativas). Tais presunções se distinguem, portanto, das presunções de meio de prova, *praesumptiones facti* ou *hominis*, e das normas legais sobre provas, que fixam a força probatória do meio de prova." (...).

A presunção legal é aquela estabelecida expressamente por meio da norma, não podendo ser deduzida fora dos termos legais nem aplicada a casos semelhantes.

Um exemplo de presunção legal atualmente vigente e fora do Direito Penal é o caso do reconhecimento da veracidade dos fatos alegados pelo autor em face na revelia do réu, ou seja, no caso de não apresentação da contestação, serão presumidas verdadeiras as alegações de fato aduzidas pelo autor. Tal presunção está prevista no Código de Processo Civil de 2015 nos seguintes termos:

Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:

- I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;
- II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;
- III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;
- IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

Conforme se observa, o legislador estabelece a presunção no artigo 344 e, no artigo seguinte, as hipóteses nas quais não se aplica o efeito presuntivo.

A presunção de vulnerabilidade, cuja análise é objeto do presente trabalho e está disposta no artigo 217-A do Código Penal, configura um exemplo de presunção legal, embora não conste no referido dispositivo menção expressa ao termo “presunção”.

4.2.2 Presunção “*hominis*”

A respeito da presunção *hominis*, ou judicial, pondera Pontes de Miranda (1958, p. 112):

Quando o legislador estabeleceu ficções, já violentou, até certo ponto, a realidade. Seria absurdo que enchesse de presunções de direito e de ficções, criações suas, o espaço que pertence à matéria da vida, à realidade do vivido. Na parte, imensa, que a lei respeitou, ainda o juiz, pela condição mesma do homem, procura o *quod plerumque fit*, para apreciar as provas feitas. A lei não lhe impõe tais presunções. Por isso mesmo não são presunções de direito. O juiz busca-as.

Desse modo, a presunção *hominis* pode ser entendida como aquela formada pelo convencimento do julgador, pois não possui previsão legal expressa a definindo.

A expressão em Latim *quod plerumque fit*, utilizada por Pontes de Miranda, conforme acima citado, significa “aquilo que geralmente acontece”. Desse modo, a presunção *hominis* se baseia na experiência de vida, no fato comum, no conhecimento de mundo, no espírito de um povo, sendo utilizada pelo julgador para formar seu convencimento em relação a um determinado caso, quando ausentes disposições legais que estabeleçam a ideia presuntiva.

4.2.3 Presunção absoluta

A presunção absoluta, como o próprio nome já diz, é aquela que não admite prova em contrário, bastando que se preencha as elementares do tipo para que reste configurada, independentemente da análise do caso concreto.

Ao se presumir algo de forma absoluta, o julgador age mecanicamente, como se máquina fosse, apenas lhe cabendo aplicar o que a lei dispõe, sem ao menos haver ponderação

das demais circunstâncias individuais de cada caso que tornam, sobremaneira, cada situação única. É claro que muitos casos guardam similaridades entre si, mas, em determinadas situações fáticas, se faz mais coerente uma análise pormenorizada e a adoção de um tratamento proporcional, específico e adequado em cada uma dessas situações na medida de suas singularidades.

Corroborando a ideia de que as presunções absolutas não correspondem à verdadeiras presunções, Maria Rita Ferragaut (2001, p. 83) afirmar que “são proposições jurídicas deonticamente incompletas que trazem no conseqüente do enunciado “verdades legais” construídas a partir da identificação de fatos indiciários, que se relacionam mediante implicação pautada no que ordinariamente acontece”.

Essa ideia de dedução absoluta já estava presente na redação do antigo artigo 224 do Código Penal, que trazia em seu texto a presunção de violência. Adotava-se um pensamento paternalista no sentido de considerar os menores de 14 anos como totalmente vulneráveis, demonstrando o anseio dos penalistas de cuidar dos menores. Os menores de 14 anos não eram considerados capazes de emitir um consentimento válido em relação à prática sexual, em outras palavras, eles eram proibidos de adotar um determinado comportamento sexual que, segundo a doutrina e o pensamento predominante na época, era inapropriado.

Nessa época, antes do advento da Lei nº 12.015 de 2009 que instituiu o estupro de vulnerável, os Tribunais já divergiam se essa presunção de violência contida no citado artigo 224 era absoluta ou relativa em relação aos menores de catorze anos, ao passo que, uma vez entendida como presunção absoluta, não faria sentido algum o réu, em tese de defesa, arguir o consentimento da vítima, pois este, de qualquer forma, estaria cometendo o crime de estupro com violência presumida.

Com a nova redação dada pela lei dos crimes sexuais, que tipificou o estupro de vulnerável como crime autônomo, acreditou-se que as divergências sobre a natureza da presunção de violência cessariam, já que o núcleo do tipo penal restou definido como “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”, aduzindo que a vulnerabilidade da vítima passaria a ser presumida de forma absoluta. Apesar de não se fazer alusão expressa ao termo “presunção” na redação do artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, a vítima menor de 14 anos é definida, pela letra da lei, como vulnerável por presunção absoluta.

No entendimento de Rogério Greco (2013, p. 93), a Lei nº 12.015/2009 colocaria um fim na discussão sobre a relativização da presunção de violência:

Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge

em nosso ordenamento político penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos.

Essa discussão, no entanto, continua. Apesar de continuar, mudanças ocorreram, por exemplo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça versava no sentido do acolhimento da relativização da presunção de violência. Após a Lei nº 12.015/2009, no entanto, com o surgimento do tipo penal do estupro de vulnerável, o referido Tribunal passou a considerar como absoluta a presunção de vulnerabilidade em relação ao menor de 14 anos de idade, independentemente de consentimento ou de experiência sexual passada da vítima.

4.2.4 Presunção relativa

A presunção relativa, por sua vez, é aquela que admite prova em contrário, de modo que a presunção estabelecida possa ser refutada caso haja comprovação de sua não aplicabilidade ao caso concreto. Ressalte-se que o ônus da prova, nesse caso, pertence a parte que pretende combater o preceito presuntivo firmado.

A alteração introduzida pela Lei nº 12.015/2009 não eliminou a controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto a ser relativa ou absoluta a presunção de violência prescrita no antigo artigo 224 do Código Penal. O debate, agora, é quanto à relativização, ou não, da vulnerabilidade da vítima.

Nesse contexto, pode-se assegurar que a possibilidade de relativização da presunção de vulnerabilidade da vítima poderia ser arguida em tese de defesa quando, por exemplo, fosse comprovada pelo réu a existência de um relacionamento amoroso entre as partes, sendo esta a ensejadora da relação sexual, o que tornaria o fato atípico pela ausência de lesão à dignidade sexual da suposta ofendida.

No tocante ao tipo penal em estudo, a relativização da presunção de vulnerabilidade da vítima não implica na desconstituição da ideia presuntiva. Tal presunção continuará a existir, no entanto, em determinado caso concreto, ela pode ser considerada inválida e incapaz de ensejar uma condenação.

4.3 Análise principiológica aplicável

Os princípios jurídicos podem ser definidos como um conjunto de normas de valor que

permeiam, de forma explícita ou implícita, o ordenamento jurídico, estando presentes em todos os ramos do Direito.

O Direito Penal e o Direito Processual Penal não fogem a essa regra, já que a maioria dos princípios encontrados nos ramos do Direito supracitados estão presentes na Constituição Federal de 1988, demonstrando a grande preocupação que se tem em respeitar as garantias e os direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

No que concerne aos princípios constitucionais, Nucci (2010, p.64) explica:

Existem ainda aqueles que estão enumerados na Constituição e chamam-se princípios constitucionais [...] Esses princípios expõem as valorações políticas essenciais que inspiraram o legislador constituinte a elaborar a Constituição, servem de orientação para a produção legislativa ordinária, podem atuar como garantia direta e imediata aos cidadãos e funcionam como critérios de interpretação e integração do Texto Constitucional e da legislação infraconstitucional.

Conforme o entendimento ora demonstrado, os princípios jurídicos constitucionais servem de embasamento ao ordenamento jurídico, a fim de que possa ser respeitado o Texto Constitucional em todo o sistema normativo pátrio.

Assim sendo, os princípios devem representar o norte do sistema jurídico, ou seja, são normas de valor que devem dar alicerce às normas regras.

Mesmo não estando, muitas vezes, positivados, os princípios possuem força e sua observação é fundamental para a harmonização e justiça das normas que regem uma mesma sociedade. A respeito da devida observação que deve ser conferida aos princípios, aduz Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 53):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

O estudo do instituto da presunção no Direito Penal e no Direito Processual Penal, bem como a definição de um critério etário no Estupro de Vulnerável, segundo o qual um indivíduo menor de 14 anos de idade é tido como vulnerável, em qualquer caso, requer análise de alguns princípios.

4.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal trata da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto expressamente em seu artigo 1º, inciso III, conforme já citado anteriormente.

Com a alteração legislativa permeada pela Lei nº 12.015 de 2009, a nomenclatura do Título VI do Código Penal passou de “Dos Crimes Contra os Costumes” para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. Essa mudança permite vislumbrar com clareza qual o bem jurídico que se pretende tutelar com os tipos penais constantes em tal título, qual seja, a dignidade sexual da pessoa humana.

Respeitar a dignidade sexual é respeitar a dignidade da pessoa humana. De acordo com a redação do artigo 217-A do Código Penal, para que tal delito reste configurado, é irrelevante aferir se houve ofensa à dignidade sexual, já que o estupro de vulnerável, da forma como é legalmente definido, apoia-se em elementos estritamente objetivos, os quais não fornecem, por si sós, componentes capazes de demonstrar a necessidade de ofensividade na conduta. Em suma, somente no fato de ter sido o ato praticado com menor de catorze anos, sem violência e com o consentimento do menor, não se vislumbra qualquer ofensividade apta a justificar a incidência de uma norma penal incriminadora.

Ademais, tolher de forma absoluta o consentimento de um menor de 14 anos de idade e maior de 12 com a prática sexual pode significar o tolhimento dos seus direitos de autodeterminação e sexuais, assim com o de constituir família, podendo chegar até mesmo a ir de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana.

De outro giro, para que seja considerado válido o considerado de um menor de 14 anos em relação à prática sexual, é imprescindível, conforme já exposto, a conduta do agente. Como cada caso possui suas singularidades, a intenção do agente merece ser aferida, podendo esta ser motivada por um real envolvimento afetivo deste com a suposta vítima, ou por uma mera inclinação sexual para indivíduos nessa faixa etária e que não possuem a necessária maturidade, o que pode vir a representar, até mesmo, situações de exploração sexual de menores, já fora da tipificação penal constante no 217-A do Código Penal.

Ademais, para que exista uma condenação justa, uma pessoa acusada de cometer um crime contra a dignidade sexual ou qualquer outro delito, merece ter sua conduta analisada de maneira também subjetiva, pois é esta análise que melhor poderá aferir a existência de lesão ao bem da vida protegido, além de conferir respeito à dignidade da pessoa humana do agente, afinal, o princípio em comento tem o objetivo de proteção constitucional individual e da

sociedade.

4.3.2 Princípio do devido processo legal e princípio da legalidade

O princípio da legalidade penal, presente no art. 2º do Código Penal Brasileiro, foi expressamente adotado pela Constituição Federal e se encontra esculpido no inciso XXXIX do art. 5º, definindo tal dispositivo que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Segundo este princípio, o Estado não pode exercer o seu *jus puniendi* sem que sejam estabelecidas regras previamente, de forma a garantir os direitos do acusado em face do Estado-acusação, para que seja respeitado o devido processo legal, com todos os meios de defesa possíveis.

Por ser considerado a *ultima ratio* do Direito, a seara penal deve estar sempre pautada pela legalidade e taxatividade. É temerário se abrir margens para interpretações dúbias ou analogias que levem ao desfavorecimento do réu. A liberdade, uma das garantias individuais constitucionalmente previstas e uma das mais importantes para cidadão, deve ser, antes de tudo e perante qualquer dúvida, resguardada.

Acerca da legalidade, Paulo Bonavides (1994, p.112) afirma:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

É inegável que o legislador, ao editar o artigo 217-A, teve a intenção de combater uma prática que possui alto grau de repúdio como é a da pedofilia, tão disseminada com a ampliação do acesso aos meios digitais e sociais, e proteger o jovem menor de 14 anos, por ser este, pela média observada, ainda não possuidor do pleno desenvolvimento necessário para se posicionar validamente diante das práticas sexuais.

Permanece, no entanto, o questionamento de se é viável que o Direito Penal tipifique um fato fundado em elementos puramente objetivos, sem analisar o contexto fático e independentemente da existência de ofensa real a algum bem jurídico. A resposta a essa questão, haja vista a limitação do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, tende

a ser negativa, por não se poder tolher do acusado seus direitos e garantias fundamentais.

4.3.3 Princípio da intervenção mínima

Em consonância com o fato de representar a *ultima ratio*, o Direito Penal deve ser pautado pela excepcionalidade, ou seja, sua aplicação só deve recair sobre situações que nenhum outro ramo do Direito é capaz de regulamentar.

Isso ocorre devido ao fato de o Direito Penal acarretar interferências nos direitos e garantias individuais. Exemplo dessa interferência pode ser vislumbrado na situação hipotética em que um indivíduo condenado criminalmente cumpre pena privativa de liberdade: ele tem seu direito à liberdade tolhido em razão do poder de punir do Estado.

Na visão de Capez (2010, p.38):

Ao legislador o princípio exige cautela no momento de eleger as condutas que merecerão punição criminal, abstendo-se de incriminar qualquer comportamento. Somente aqueles que, segundo comprovada experiência anterior, não puderam ser convenientemente contidos pela aplicação de outros ramos do Direito (...). Ao operador do Direito recomenda-se não proceder ao enquadramento típico, quando notar que aquela pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos menos agressivos do ordenamento jurídico (...). Se o furto de um chocolate em um supermercado já foi solucionado com o pagamento do débito e a expulsão do inconveniente freguês, não há necessidade de movimentar a máquina persecutória do Estado, tão assoberbada com a criminalidade violenta, a organizada, o narcotráfico e as dilapidações ao erário.

A interpretação literal de um tipo penal abre margens para injustiças. O Direito Penal, como se sabe, deve punir fatos, condutas típicas que firam valores, os quais correspondem aos bens jurídicos tutelados e dotados de importância por um povo em seu ordenamento jurídico. A punição penal só deve se dar quando, de fato, não houver nenhuma outra forma de refutação daquela conduta, em obediência à ideia de que o Direito Penal é a última razão do ordenamento.

4.3.4 Princípio da lesividade

Conforme visto, o Direito Penal deve punir condutas típicas que firam os bens jurídicos penalmente tutelados, sob pena de atipicidade da conduta.

O Título VI da parte especial do Código Penal, no qual se encontra disposto o artigo 217-A, é composto por crimes que têm por fito punir condutas que ofendam a dignidade

sexual, que é o bem jurídico tutelado por esse tipo penal.

Não resta dúvidas de que manter relação sexual mediante violência ou grave ameaça, conduta tipificadora do crime de estupro constante no artigo 213 do Código Penal, é uma grave ofensa à dignidade sexual.

O legislador, no entanto, ao editar o artigo 217-A, colocou como núcleo do tipo penal estupro de vulnerável apenas os verbos ter ou praticar (ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos), sem fazer referência a nenhum tipo de coação, violência ou ameaça, presumindo-se, desde logo, que relação sexual teve caráter criminoso apenas em razão da idade, restando desnecessária a existência de ofensa à dignidade sexual.

Nesse sentido se posiciona Jorio (2012, p. 9):

Passamos a tratar de uma conduta formalmente típica (prevista no art. 217 – A do CP), mas materialmente atípica (isto é, que não traduz ofensa real ao bem jurídico tutelado). Punir uma conduta materialmente atípica é admitir o uso do Direito Penal desvinculado da sua função legitimadora. Se não há lesão efetiva a um bem jurídico, o uso do Direito Penal não é mais que violência gratuita.

Diante do exposto, não é incoerente se pensar que o consentimento válido da vítima afastaria a presunção de violência e, por conseguinte, a tipicidade material da conduta pela inexistência da lesão jurídica.

4.3.5 Princípio da presunção de inocência

Esse princípio está insculpido no inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Desse modo, para que alguém seja considerado culpado, ou seja, para que se ateste que um agente praticou uma conduta típica, ilícita e culpável que de fato lesionou o bem jurídico tutelado pelo delito, deve-se passar por uma persecução penal com regras previamente estabelecidas, em consonância com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Com isso, foi estabelecido pelo legislador uma presunção de não culpabilidade, cabendo ao Estado-acusação, por meio da atuação do Ministério Público, provar a ocorrência do crime e a autoria do acusado, não podendo este ser condenado apenas por uma suposta lesão aos bens jurídicos tutelados. A lesão deve ser real, já que a culpa presumida não tem assento no sistema jurídico firmado pela Constituição Federal.

4.3.6 Princípio da verdade real

Sobre esse princípio, Távora e Alencar (2012, p. 62) assim entendem:

Devemos buscar a verdade processual, identificada como verossimilhança (verdade aproximada), extraída de um processo pautado no devido procedimento, respeitando-se o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas e conduzido por magistrado imparcial. O resultado almejado é a prolação de decisão que reflita o convencimento do julgador, construído com equilíbrio e que se reveste como a justa medida, seja por sentença condenatória ou absolutória.

Conforme este princípio, o processo penal deve buscar, de todas as formas, guardando consonância com a legalidade, a verdade dos fatos a serem apurados. Apenas com a análise dos fatos de forma minuciosa é que o juiz estará apto a condenar ou absolver um acusado, aplicando a justiça ao caso concreto, na medida das singularidades de cada um.

Para o processo penal não deve prevalecer a chamada “verdade formal”, que é entendida como aquela que consta nos autos, mas deve ser buscada a verdade real. Esta busca é realizada por meio de uma persecução que não pretende ensejar uma condenação a todo custo, e sim apurar o contexto fático, levando em consideração também os aspectos subjetivos, para que, apenas assim, se verifique a plausibilidade de uma condenação.

4.4 A relativização da presunção de vulnerabilidade e a jurisprudência dos tribunais superiores

O Brasil, como Estado Democrático de Direito que é, oferece garantias e direitos constitucionalmente previstos. A regra no sistema jurídico é o respeito do direito à liberdade, previsto no art. 5º, “caput” da Constituição Federal, e o cerceamento desse direito fundamental deve se dar em hipóteses excepcionalíssimas, submetendo-se sempre ao devido processo legal, permeado pelo contraditório e pela ampla defesa, permitindo ao réu se defender por todas as formas possíveis e que lhes são asseguradas pela lei.

No tipo penal em estudo, a possibilidade de relativização da presunção de vulnerabilidade representa a efetivação prática do princípio da lesividade ou ofensividade, segundo o qual, conforme já salientado, para que uma conduta seja considerada crime é necessário que ofenda um bem jurídico penalmente tutelado.

Não ocorrendo essa ofensa, o coerente seria considerar a atipicidade da conduta em

razão da relativização da presunção de vulnerabilidade, em outras palavras, o menor de 14 anos de idade poderia, atentando-se para as demais peculiaridades do caso concreto, não ser considerado um vulnerável, e sim alguém capaz de emitir um consentimento válido em relação às práticas sexuais.

Ademais, as decisões judiciais calcadas na presunção absoluta de vulnerabilidade ofendem o princípio do livre convencimento motivado do julgador e o princípio da verdade material ou real, que deve ser buscada dentro do processo penal.

A verdade é que a polêmica que circunda a possibilidade ou não de relativização da presunção de vulnerabilidade no crime em comento sempre existiu. No âmbito dos Tribunais Superiores, ela também se faz presente, de forma tal que nunca restou pacificado um determinado entendimento.

4.4.1 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* nº 73662/MG, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 21/05/1996, que teve a relatoria do ministro Marco Aurélio Mello, chegou a tender pelo entendimento da possibilidade de relativização da presunção de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável.

Nesse julgado, o ministro Marco Aurélio entendeu ser relativa a presunção de violência nos casos de relação sexual com menor de 14 anos, tendo seu voto recebido o apoio dos ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa, e ficando vencidos os ministros Néri da Silveira e Carlos Velloso.

Neste *Habeas Corpus*, uma menor de 12 anos admitiu ter tido relação sexual com o acusado por livre e espontânea vontade e comentou também ter saído anteriormente com colegas do réu. Diante disso, afirmou o ministro Marco Aurélio: “Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos”.

O ministro Néri da Silveira, por sua vez, seguiu a jurisprudência da Corte à época e defendeu que o objetivo da lei era garantir proteção social aos menores de 14 anos e aos interesses maiores da sociedade.

Restou esclarecido pela turma que a presunção de violência da vítima em razão do critério etário deveria ceder à realidade, sendo essa a posição que vigorou durante algum tempo na jurisprudência da Corte Suprema.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, passou a tomar reiteradamente a presunção como absoluta, sendo esse o entendimento firmado pela Suprema Corte.

O recente *Habeas Corpus* nº 124830/MT em sede de Agravo Regimental, que teve como relator o ministro Luiz Fux e foi julgado pela Primeira Turma em 20/04/2017, possui a seguinte ementa:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ARTIGOS 213 e 224, ALÍNEA A (NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.015/2009). HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. ATIPICIDADE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. MENOR DE 14 ANOS. VULNERÁVEL.VIOLÊNCIA PRESUMIDA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A presunção de violência no crime de vulnerável, menor de 14 anos, não é elidida pelo consentimento da vítima ou experiência anterior e a revisão dos fatos considerados pelo juízo natural é inadmitida da via eleita, porquanto enseja revolvimento fático-probatório dos autos. Precedentes: ARE 940.701-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12/04/2016, e HC 119.091, Segunda Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 18/12/2013. 2. In casu, o recorrente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 217-A do Código Penal, pelo fato de haver cometido ato sexual com um menino menor de 13 anos de idade em troca de um amortecedor de bicicleta e filmado todo ato em seu celular. 3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exhaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 4. Agravo regimental desprovido.

Conforme se observa no mérito dessa recente decisão, o STF, mais uma vez, reitera seu entendimento que versa pela não relativização da presunção de vulnerabilidade no estupro de vulnerável. Nesse caso específico, aduziu-se que o consentimento da vítima ou sua experiência anterior não ilide a presunção de violência. Ademais, denota-se que a condenação se deu pelo fato de o réu ter cometido ato sexual com um menino menor de 13 anos de idade em troca de um amortecedor de bicicleta e filmado todo o ato em seu celular.

Nesse caso, além do crime de estupro de vulnerável, se observa uma situação de exploração sexual de menores, haja vista a relação sexual ter se dado em troca de um amortecedor de bicicleta, além de se enquadrar na conduta de filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente, disposto no artigo 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Não se vislumbra, nesse caso, um consentimento válido do menor de 13 anos com o ato sexual, já que essa anuência não se deu

por mera inclinação pessoal da vítima, e sim pelo bem (amortecedor de bicicleta) que receberia em troca.

O que se busca demonstrar no presente trabalho é a possibilidade de relativização da presunção de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável em situações excepcionais, aqui já ilustradas, nas quais não haja motivações aquisitivas da vítima para a prática do ato sexual (o que já ensejaria exploração sexual de menores), e sim um envolvimento desta com o agente fruto do natural desenvolvimento de sua sexualidade e da autonomia de suas escolhas.

De todo modo, pelo exposto, a Suprema Corte, em que pese ter se posicionado pela relativização em momentos passados quando ainda se encontrava vigente o já citado artigo 224 do Código Penal, passou a consolidar sua jurisprudência no sentido de considerar absoluta a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos, não abrindo margem à relativização dessa presunção no Estupro de Vulnerável e considerando irrelevante se a prática do crime se deu antes ou depois na inovação trazida pela Lei nº 12.015 de 2009, se houve ou não consentimento da vítima ou se esta possui experiência sexual anterior.

4.4.2 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça admitia a relativização da presunção antes da Lei nº 12.015 de 2009, como pode ser verificado no Recurso Especial nº 494.792 de São Paulo, julgado pela Sexta Turma em 02/02/2010, tendo como relator o Ministro Celso Limongi, atuando como desembargador convocado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Essa decisão tratava de um caso ocorrido antes da alteração legislativa, na qual o acórdão recorrido teria absolvido o acusado por entender ser insustentável que uma adolescente, com acesso aos modernos meios de comunicação, fosse absolutamente incapaz de consentir relações sexuais, o que, no entender do Tribunal *a quo*, implicaria responsabilização objetiva ao réu, vedada no ordenamento jurídico. A absolvição foi mantida levando-se em conta ser inadmissível a manifesta contradição de punir o adolescente de 12 anos de idade por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal.

Essa fundamentação corrobora a análise feita anteriormente sobre o marco etário de 12 anos para o Estatuto da Criança e do Adolescente, idade em que representa o início da adolescência e na qual o menor já pode ser responsabilizado pelos chamados atos infracionais.

Com a alteração legislativa de 2009, no entanto, na qual a Lei nº 12.015 revogou o artigo 224 do Código Penal e estabeleceu um tipo penal específico para o Estupro de

Vulnerável, o artigo 217-A, o Superior Tribunal de Justiça mudou seu posicionamento e passou a entender que a presunção de vulnerabilidade deveria ser absoluta.

Na esteira desse entendimento, o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.418.859 de Goiás, julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que teve como relator o ministro Sebastião Reis Júnior, em 20 de março de 2014, confirma essa mudança de entendimento. A decisão aduziu que seria suficiente que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que se verificou nos autos, segundo o relator, para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação desse crime ou a suposta experiência sexual pregressa da vítima, bem como a existência ou não de seu consentimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 1940, surgiram os tipos penais relacionados à dignidade sexual, que eram definidos no Título VI do Código Penal Brasileiro como Dos Crimes Contra os Costumes, no sentido de serem esses baseados em hábitos sexuais disciplinados pela sociedade.

A aludida titulação gerou críticas, que, em sua maioria, versaram no sentido de que o legislador deveria buscar a proteção da dignidade sexual, e não dos costumes, ou seja, não dos hábitos internalizados pela sociedade, de uma forma geral.

No dia 07 de agosto de 2009, com o advento da Lei nº 12.015/2009, houve uma mudança significativa na nomenclatura do Título VI do Código Penal, que passou de “Dos Crimes Contra os Costumes” para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, alterando alguns artigos preexistentes e acrescentando outros.

O crime de estupro de vulnerável configura, hoje, uma modalidade de estupro e está presente no artigo 217-A, localizado no Capítulo II – Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável, do Código Penal Brasileiro. Tal dispositivo foi criado pela Lei nº 12.015 de agosto de 2009 em substituição ao antigo artigo 224 da lei penal, que trazia expressamente a ideia de presunção de violência quando a vítima fosse menor de 14 (catorze) anos de idade, o que possibilitava uma dupla interpretação da norma: que essa presunção era absoluta, sendo irrelevante o consentimento da vítima, ou que era relativa, devendo ser afastada diante da prova do assentimento da suposta ofendida.

O legislador presume o estado de vulnerabilidade do menor de 14 anos frente à prática sexual de forma absoluta, sem abrir margens para que se interprete a possibilidade da relativização dessa presunção, ainda que se trate de uma prática sexual consciente e consentida.

No que tange ao estupro de vulnerável, o bem jurídico penalmente tutelado é a dignidade sexual da vítima, que é considerada, nesse caso, como o indivíduo acarretado por vulnerabilidade.

A dignidade sexual, porém, não é um conceito jurídico objetivo, mas indeterminado. Uma vez que o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal não é determinado e preciso, corre-se o sério risco de serem criados tipos penais que tutelem expressões idiomáticas, condutas amplas que estejam ligadas apenas a aspectos morais e ideológicos, o que vai de encontro a real função do Direito Penal.

Não é incomum nem de se causar espanto, ainda mais com a gama de informações

disponíveis e acessíveis aos adolescentes atualmente, que existem menores de catorze anos de idade que possuem o discernimento necessário para se posicionar em relação a suas escolhas sexuais e afetivas.

A proteção da coletividade nem sempre corresponde a uma proteção individual, pode-se dizer, “personalíssima”, pois cada indivíduo é único, com educação, valores, sentimentos e pensamentos próprios e diferentes dos demais. No entanto, o Direito Penal, buscando a maior proteção possível aos bens jurídicos tutelados, utiliza-se de um parâmetro geral, ou seja, de uma base de valoração que seja aplicada a todos indistintamente.

O comportamento da vítima, embora irrelevante para a configuração do delito, por se tratar de pessoa vulnerável e, portanto, carente de discernimento, pode se mostrar como um elemento relevante acerca do delito, demonstrando, por exemplo, que certas reações comportamentais desta podem ter se dado por pretensões e desejos que são considerados descartáveis à óptica do Estado e, portanto, ignorados pelo âmbito jurídico.

Importante ressaltar que essa suposição da possibilidade de análise e valoração do assentimento da vítima frente ao ato sexual com ela praticado se refere aos casos em que esta é menor de 14 anos de idade e maior de 12 e demonstra um comportamento espontâneo em relação à prática sexual em questão, possuindo maturidade média necessária para esta.

Ademais, além da possibilidade de o consentimento da vítima ser considerado válido, deve ser analisada uma série de fatores. Dentre esses, pode-se citar o fato de a suposta vítima ser maior de 12 (doze) anos de idade; demonstrar a maturidade média que se observa, atualmente, nos adolescentes dessa faixa etária, devido à gama de informações que a eles são acessíveis hoje pela difusão da “Internet”; a inexistência de qualquer relação de poder familiar, laboral ou de outra forma de subordinação; as características do suposto abusador, como idade, estado civil e conduta social; entre outros. Esses fatores, juntos, podem demonstrar a inexistência de um ato criminoso diante da ausência de lesão à dignidade sexual do menor envolvido.

Uma questão muito recorrente no contexto de análise da possibilidade da relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos e maior de 12 versa sobre qual o bem jurídico que se pretende proteger, de fato. A dignidade sexual do indivíduo ou um preceito taxativo, segundo o qual o menor de catorze anos não tem, em todo e qualquer caso, o discernimento necessário para a prática sexual?

Essa questão provoca discussões e mostra disparidade entre julgados e a letra da lei, haja vista o fato de muitos magistrados entenderem que a presunção de vulnerabilidade em relação ao menor de 14 (catorze) anos de idade não deve ser absoluta e absolverem réus que

mantiveram relação sexual consentida com menor de 14 anos de idade.

Corrobora-se a esse entendimento o fato de o adolescente com 12 anos de idade já poder ser responsabilizado pela prática de atos infracionais, conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, o que demonstra que o indivíduo nessa faixa etária já possui discernimento acerca da ilicitude de determinadas condutas, podendo, por conseguinte, também o ter para se posicionar diante das práticas sexuais, já que nessa idade a maioria dos adolescentes, do ponto de vista biológico, já apresenta o desenvolvimento necessário para a prática sexual.

É salutar que cada caso seja analisado de forma individualizada e que sejam aferidas as questões subjetivas, com o vislumbre da possível capacidade de discernimento da vítima e da validade de seu consentimento com a prática do ato. Criminalizar uma conduta de forma genérica pode representar uma ofensa aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, além de colocar o Estado em uma posição punitiva desmedida, obstruindo o devido processo legal e a oportunização de uma defesa integral do acusado. A lei penal deve buscar proteger o bem jurídico em questão na tipificação da conduta, e não um pressuposto genérico que presume a ocorrência de vulnerabilidade de forma absoluta e irrestrita ao considerar todos os menores de 14 anos de idade absolutamente incapazes para realizar suas escolhas, o que feriria os parâmetros de individualização da pena como direito fundamental garantido pelo Texto Constitucional de 1988.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 jan. 2017.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 mar. 2017.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 mar. 2017.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 29 mar. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2017.

_____. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 24 mar. 2017.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 – Anteprojeto de Código Penal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 22 out. 2015.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2004**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/85306>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 73.662 - MG**. Segunda Turma. Paciente: Marcio Luiz de Carvalho. Impetrante: Paulo Adhemar Prince Xavier e outro. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília, 21 de maio de 2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124830 - MT**. Primeira Turma. Paciente: C A D O. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de abril de 2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/370716499/habeas-corporum-hc-124830-mt-mato-grosso-9999402-932014100000>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: 494.792 - SP**. Sexta Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: A J dos S. Advogada: Laudelina Carvalho dos Santos Pereira. Relator: Celso Limongi. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8578125/recursospecial-resp-494792-sp-2002-0170068-0-stj>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial: 1.418.859 - GO**. Sexta Turma. Agravante: VHADAS. Agravado: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 20 de março de 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25043047/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1418859-go-2013-0378912-3-stj/inteiro-teor-25043048?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70050183847, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 06/12/2012. TJ-RS - ACR: 70050183847 RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Sexta Câmara Criminal. Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 13/12/2012. Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112449554/apelacao-crime-acr-70050183847-rs>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

FERRAGUT, Maria Rita. **Presunções no Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. Tradução: Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 9. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. v. 3.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

JORIO, Israel Domingos. Vulnerabilidade relativa, sim! Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **Boletim IBCCRIM**, Ano 20, n. 236, jul. 2012.

MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada**. Tradução: J. F. Faria costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. v. 1 e 2.

MIRABETE, Julio F.; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte especial. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. t. III.

_____. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. III.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosimar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.