**INSTITUTO LUTERANO DE ENSINO SUPERIOR DE ITUMBIARA CURSO DE DIREITO**

HITHALLO ALMEIDA DIAS

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL NOS CASOS DE CONSENTIMENTO DA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS**

Itumbiara

2016

HITHALLO ALMEIDA DIAS

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL NOS CASOS DE CONSENTIMENTO**

**DA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS**

Monografia apresentada como requisito para aprovação na disciplina TCC2, do 10º período do curso de Bacharelado em Direito do Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara, com a finalidade de conclusão do curso.

Orientadora:

Itumbiara

2016

HITHALLO ALMEIDA DIAS

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL MENOR DE 14 ANOS**

**NOS CASOS DE CONSENTIMENTO DA VÍTIMA**

Monografia apresentada como requisito para aprovação na disciplina TCC2, do 10º período do curso de Bacharelado em Direito do Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara, com a finalidade de conclusão do curso.

Itumbiara

2016

**RESUMO**

O presente trabalho pretende demonstrar que o consentimento da vítima menor de 14 anos descaracteriza o estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal vigente. A forma de pesquisa utilizada neste estudo foi a pesquisa teórica consistente na revisão bibliográfica sobre estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal, Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. Importante lembrar que a Lei 12.015/2009 alterou o Título referente aos crimes sexuais. A aplicação desta lei acarretou intensas mudanças no cenário penal do Brasil, as quais também foram elemento de estudo deste trabalho. O estupro se manifesta de diferentes formas, não se restringindo, portanto, ao comportamento de se constranger a vítima a praticar conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso. Caracteriza-se o estupro também quando a vítima, apesar de visivelmente aprovar o ato, não está em plenas condições de oferecer resistência. Alguns estudiosos entendem que, para que haja a caracterização do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, *caput* do Código Penal, basta que o autor tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua casual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o autor e a vítima não afastam a ocorrência do crime. Diante de um caso concreto visto neste estudo, descaracteriza o estupro de vulnerável decorrente de relacionamento amoroso, sendo as relações sexuais consentidas pela vítima, bem como o fato de estarem convivendo em "união estável", e com pretensão de contrair matrimônio. Portanto, considera-se que a vulnerabilidade da vítima, dependendo da época dos fatos, seja relativa, e assim, uma das elementares desse tipo de estupro deixaria de existir e que, por consequência induz ao erro de tipo, hipótese prevista no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

**Palavras-chave:** Crime. Conjunção carnal. Estupro de vulnerável. Consentimento da vítima.

**ABSTRACT**

This paper aims to demonstrate that the consent of the victim less than 14 years, mischaracterizes the vulnerable rape, provided for in art. 217-A of the Penal Code. The survey form used in this study was consistent theoretical research in the literature review on vulnerable of rape, provided for in art. 217 of the Penal Code, Law 12 015 of 7 August 2009. Important to remember that the Law 12,015 / 2009 changed the title referring to sex crimes. The application of this law led to intense changes in the criminal scene in Brazil, which were also study of this work. Rape is manifested in different ways, not limited thus constrain the behavior of the victim to have sexual intercourse or lewd acts. Characterized rape as well as the victim, although visibly approve the act, it is not fully able to resist. Some scholars believe that, so there is the characterization of vulnerable crime of rape, provided for in art. 217-A, main section of the Criminal Code, it is enough that the author has carnal knowledge or practice any libidinous act with person under 14 years. The consent of the victim, his casual previous sexual experience or the existence of loving relationship between the author and the victim does not rule out the occurrence of the crime. Faced with a case seen in this study, mischaracterizes the vulnerable rape resulting from loving relationship, and the consensual sex by the victim as well as the fact that they are living in "stable union" and intend to marry. Therefore, it is considered that the vulnerability of the victim, depending on the time of the facts, be relative, and thus one of the fundamental of this type of rape would cease to exist, which consequently leads to error, hypothesis provided for in Article 386, section III of the Criminal Procedure Code.

**Keywords:** Crime. Carnal knowledge. Rape vulnerable. Victim's consent.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **SUMÁRIO** |  |
| **INTRODUÇÃO** | | 08 |
| **1. ANÁLISE JURÍDICA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL** | | 11 |
| 1.1 - Estupro de menor de 14 anos antes da Lei n° 12.015, de 7 de Agosto de 2009 | | 11 |
| 1.2 - Estupro de menor de 14 anos após a Lei n° 12.015, de 7 de Agosto de 2009 | | 13 |
| 1.2.1 | - Finalidade da Lei n° 12.015, de 7 de Agosto de 2009 | 15 |
| 1.2.2 | - Classificação do Crime | 16 |
| **2. ANÁLISE DOS BENS JURÍDICOS DA “DIGNIDADE SEXUAL” E “FAMÍLIA”** 19 | | |
| 2.1. Concepção principiológica | | 19 |
| 2.1.1 | Princípio da Dignidade da Pessoa Humana | 21 |
| 2.1.2 | Princípio da Lesividade ou Ofensividade | 22 |
| 2.1.3 | Princípio da Proporcionalidade | 24 |
| 2.1.4 | Princípio da Intervenção Mínima do Estado | 25 |
| 2.1.5 | Princípio da Adequação Social | 26 |
| 2.2 Compreensão do bem jurídico “Dignidade Sexual” | | 26 |
| 2.2.1 | Compreensão do bem jurídico “Costumes” | 27 |

2.2.2 Compreensão do bem jurídico “Dignidade Sexual” quanto a “vulnerabilidade” do artigo

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 217-A do Código Penal | | 28 |
| 2.3 Compreensão jurídica do bem jurídico do direito da “Família” | | 29 |
| 2.3.1. Proteção constitucional | | 30 |
| 2.3.2. Constituição da família na Lei Civil | | 30 |
| **3. ANÁLISE CASUÍSTICA DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE** | | 33 |
| 3.1 Conceito de Vulnerabilidade | | 33 |
| 3.1.1 | Etimológico | 35 |
| 3.1.2 | Social | 35 |
| 3.1.3 | Moral | 36 |
| 3.1.4 | Jurídico | 36 |

3.2 Necessidade de análise concreta do conceito de vulnerabilidade para aplicação adequada

|  |  |
| --- | --- |
| no crime de estupro de vulnerável | 39 |
| 3.2.1 Realidade do sistema Penitenciário | 42 |

3.3 Hipóteses recorrentes em que o consentimento da vítima descaracteriza o crime de estupro

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| de vulnerável | | 43 |
| 3.3.1 | Erro de tipo | 44 |
| 3.3.2 | Namoro ou constituição de família | 45 |
| **CONSIDERAÇOES FINAIS** | | 47 |
| **REFERÊNCIAS** | | 49 |

8

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como tema “Estupro de Vulnerável nos Casos de Consentimento da Vítima Menor de Quatorze Anos”, que traçou como problema a seguinte questão: o Consentimento da vítima menor de 14 anos possui relevância jurídico-penal para afastar a tipicidade do crime de estupro de vulnerável? Esse problema, por compor a estrutura da pesquisa, norteará o desenvolvimento dos capítulos expostos a seguir.

A partir desse problema, define-se como hipótese que, pela letra da lei, manter conjunção carnal com menores de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, independentemente do consentimento da vítima. Todavia, essa análise objetiva sem considerar o caso concreto não corresponde com a atualidade vigente, pois existem adolescentes com experiência sexual e aparência de maior de 18 anos, o que descaracteriza a expressão de vulnerabilidade na compreensão social e moral da palavra. Dessa maneira, em tese, manter relação sexual com menores de 14 anos caracteriza/tipifica o crime de estupro de vulnerável, previsto no referido dispositivo, o que poderá ser afastado no caso concreto, diante de uma análise dos princípios da proporcionalidade, adequação social e intervenção mínima, nas hipóteses de experiência sexual da vítima, de sua aparência e compleição física, das circunstâncias e contexto do fato, quem é o agente e sua relação com vítima, e demais circunstâncias presentes no fato concreto.

Feito o esboço da ideia central da pesquisa, verifica-se que esta se justifica juridicamente em razão da divergência sobre o tema nas decisões de primeiro e segundo grau, ora entendendo que o consentimento tem relevância jurídica para uma descaracterização de uma conduta ilícita, ora por entender que é irrelevante e que menores de 14 anos tem proteção integral.

Além disso, justifica-se socialmente em razão da grande mudança que tem ocorrido na sociedade, por influência do desenvolvimento dos meios de comunicação, o que tem levado a transformações sociais, por consequências, mudanças comportamentais.

Por fim, justifica-se moralmente porque todas as transformações pelas quais a sociedade passou e vem passando provocaram mudanças de valores familiares, além de uma compreensão de maior liberalidade sobre o namoro e o ato sexual, e uma flexibilização no conceito de família-casamento.

Para se chegar à resposta do problema proposto, define-se como objetivo geral apurar se o consentimento da vítima menor de 14 anos possui relevância jurídico-penal para

9

afastar a tipicidade do crime de estupro de vulnerável. Para alcançá-lo, fixam-se como objetivos específicos: fazer uma análise jurídica do crime de estupro de vulnerável, comparando o entendimento anterior e posterior da Lei nº 12015/09; estudar os bens jurídicos “dignidade sexual” e “família” para compreensão da tipificação ou não no crime de estupro de vulnerável quando há o consentimento da vítima menor de 14 anos; examinar a descaracterização do crime de estupro de vulnerável uma vez verificado o consentimento da vítima menor de 14 anos diante das hipóteses de erro de tipo e constituição de família/namoro.

Pela hipótese apresentada, infere-se que há divergência entre o que preceitua a lei (tipificação da conduta) e o que minoritariamente entendem certos doutrinadores. Isso porque, para a lei e para a doutrina majoritária, indiscutivelmente é crime ter relação sexual com menor de 14 anos, ainda que com seu consentimento, por proteger a criança e o adolescente. Por outro lado, minoritariamente deve-se analisar o caso concreto para então julgar se é caso de tipificação ou não do crime, a fim de promover justiça, evitando erro judiciário ao processar e/ou condenar pai de família ou pessoa que se equivocou quanto ao “menor de 14 anos”.

Diante disso, compartilha-se do posicionamento da minoria de que a (a) tipificação do crime de estupro de vulnerável com consentimento da vítima dependerá de uma análise do caso concreto. Para tanto, a pesquisa teve como principais marcos teóricos o pensamento de Guilherme de Souza, contido na obra *Crimes Contra Dignidade Sexual*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, e Júlio Fabbrini Mirabete, contido na obra *Manual de* *Direito Penal*, São Paulo, Atlas, 2011.

Sobre a metodologia de pesquisa, quanto aos objetivos, a pesquisa fundou-se na exploratória, pois o estudo restringe a um trabalho bibliográfico; razão pela qual, quanto ao problema, a pesquisa é qualitativa, por se restringir a ideias, e não a dados estatísticos. Quanto

* técnica de pesquisa, limita-se a uma pesquisa bibliográfica, partindo de fontes secundárias e primárias, sem haver estudo de documento específico. Por fim, quanto ao método de pesquisa, é o dedutivo, em face de partir de uma ideia geral consistente no que determina a lei (artigo 217- A do Código Penal com a redação dada pela Lei nº 12015/09), para uma ideia específica, consistente na análise da (a)tipificação do crime diante de uma análise concreta.

O Primeiro Capítulo discorre sobre a classificação do crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217- A do Código Penal, antes e após a Lei nº 12015/09.

O Segundo Capítulo consta de um estudo sobre os bens jurídicos “dignidade sexual” previsto no Título VI do Código Penal e o bem jurídico “família”, para demonstrar a

10

compreensão atual de tais bens jurídicos, para se compreender o conceito de vulnerabilidade previsto no mencionado tipo.

O Terceiro Capítulo trata do objeto de pesquisa, em que se apontam os diversos conceitos de vulnerabilidade e as hipóteses mais recorrentes em que a tipificação no crime de estupro de vulnerável, quando há o consentimento do menor de 14 anos, configuraria uma injustiça penal.

11

**1. ANÁLISE JURÍDICA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

A elaboração do presente capítulo tem por finalidade realizar uma análise jurídica do crime de estupro de vulnerável. Os aspectos mais ressaltantes e controversos serão abordados, levando a uma interpretação ordenada deste crime com visões de vários doutrinadores.

**1.1 Estupro de menor de 14 anos antes da Lei n° 12.015, de 7 de Agosto de 2009.**

Preliminarmente, cabe dizer que o crime de estupro de menor de 14 anos configurava-se na conduta típica do artigo 213, conforme preleciona Celso Delmanto (2000, p. 412-417). Veja como se definia o estupro na letra do referido artigo de lei:

Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena – reclusão, de seis a dez anos.

Antes da mencionada lei, o crime de estupro d vulnerável menor de 14 anos constava do Título VI, Capítulo I, no campo “Dos crimes contra os costumes” sob o ponto de vista sexual, reprimindo as condutas consideradas anormais e que afetava a moral da sociedade patriarcal, na qual a proteção dos bons costumes sobressaía juridicamente em face da liberdade sexual. Primava somente pela moralidade sexual e seus reflexos na instituição família, e não os direitos fundamentais do indivíduo (CAPEZ, 2010, p. 24).

O estupro de vulnerável menor de 14 anos contava com a presunção de violência induzida pelo artigo 224, do Código Penal, o qual trazia as hipóteses de presunção de violência para configuração dos crimes relacionados à dignidade sexual. “Se a vítima: Não fosse maior de catorze anos; Fosse alienada ou débil mental e o agente conhecia essas circunstâncias; Não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência” (CAPEZ, 2011, p. 80).

Celso Delmanto (2000, p. 430), também preleciona sobre a presunção de violência. A respeito, veja o teor do referido artigo de lei:

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

1. não é maior de catorze anos
2. é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
3. não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

12

Com base nessa circunstância, entende-se que o legislador percebia a violência presumida nos casos em que a vítima não tinha capacidade para consentir ou para resistir o ato sexual, ao passo que a violência real se diferencia pela necessidade da efetiva coação física ou moral no caso concreto (CAPEZ, 2011, p. 80).

O crime de atentado violento ao pudor, antes do advento da Lei n° 12.015/2009, foi definido no artigo 214 do Código Penal, com o seguinte teor: “Constranger alguém, mediante violência ou ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena – reclusão, de seis a dez anos” Mirabete (2001, p. 417). Nota-se também que tratava de crime totalmente autônomo.

Segundo Mirabete (2001, p. 412-413), no que diz respeito ao sujeito ativo, somente o homem praticava o estupro, que é a introdução do membro viril no órgão sexual da mulher, cuja expressão traduz a conjunção carnal. O sujeito passivo era sempre a mulher, ao passo que no crime de atentado violento ao pudor podia ser qualquer pessoa.

Ainda na esteira da presunção de violência, segundo Mirabete (2001, p. 445), o artigo 224 do Código Penal, pretendia reforçar a proteção daquele com menor possibilidade de reação, já que é dever do Estado garantir a defesa particular da ofendida. Assim, a norma denominada de Lei dos Crimes Hediondos, artigo 9° da Lei n° 8.072/90, estando a vítima nas hipóteses do referido artigo, nos casos de estupro e atentado violento ao pudor, as penas eram acrescidas de metade, no limite máximo de 30 anos, nos casos de violência real e não para os casos em que se presumia a violência. De outro lado, a jurisprudência orientava no sentido de que o artigo poderia ser aplicado caso houvesse a incidência do artigo 223, *caput,* ou Parágrafo único, quando resultar lesão grave ou morte, no crime de estupro e atentado violento ao pudor.

Na primeira hipótese de presunção de violência, prevista no artigo 224, alínea “a”, do Código Penal, nota-se que o elemento essencial para caracterização da violência está na questão da menoridade da vítima, por ser menor de 14 anos não pode validar o seu ato sexual, conforme Mirabete (2001, p. 445) preleciona:

O primeiro caso de violência presumida (indutiva ou ficta) é de ser a vítima menor de 14 anos. Embora seja certo de que alguns menores, com essa idade, já tenham maturidade sexual, na verdade não ocorre o mesmo com o desenvolvimento psicológico. Assim, o fundamento do dispositivo é a circunstancia que o menor de 14 anos não pode validamente consentir pelo desenvolvimento dos atos sexuais e de suas consequências (*innocentia consilii*). O consentimento em casos que tais é absolutamente nulo (RT494/386).

Ainda na lição de Mirabete (2001, p. 447-448), a segunda hipótese, a presunção de violência não está ligada à idade da vítima, mas ocorre no tipo penal descrito no artigo 224,

13

alínea “b”, quando a vítima “é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstancia”. Essa condição de alienação ou debilidade mental da vítima era comprovada mediante prova técnica.

A última hipótese de violência presumida se dava quando a vítima não podia, por qualquer causa, resistir o ato sexual, tipo penal definido no artigo 224, alínea “c”. Nessa espécie de violência, não considerava os casos de menoridade, alienação ou debilidade mental, a vítima tinha que estar impossibilitada de oferecer a resistência ao sujeito ativo. Também não importava quem tinha provocado a impossibilidade de resistência da vítima.

O doutrinador Capez dizia, em seu livro (2011, p. 80), que o fato entendido como crime contra os costumes, preceituado no artigo 225, *Caput,* se procedia mediante queixa, na razão de que o mal do processo traria maiores consequências para a vítima, desde que os delitos não resultassem de lesão grave ou morte. Logo, para os crimes sexuais de lesão de natureza leve, deveria ser instaurado mediante ação penal privada.

A propósito, sobre a ação penal privada Mirabete (2001, p. 447) diz:

Preceitua o art. 225, *Caput,* que os crimes contra os costumes já examinados somente se procedem mediante queixa. As razões básicas do dispositivo são de que o mal do processo, pelo *strepitus judici,* muitas vezes, traria piores consequências para a vítima e que, sem a colaboração desta, não seria possível colher-se prova para a condenação do agente.

Sobre a ação penal pública Mirabete (2001, p. 448) diz:

Dispõe o art. 225, §1°, que se procede mediante ação pública, em qualquer dos delitos sexuais, em duas hipóteses: I – se a vítima ou seus pais não podem prover as despesas do processo, sem se privarem de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; e II – se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

Na primeira hipótese, confere-se que a ação penal pública se procedia nas situações de miserabilidade da vítima ou de seus parentes, na qual a vítima optava pela representação da queixa em juízo, e não podia custear as despesas do processo sem o prejuízo de seu sustento.

Na segunda hipótese, verifica-se que a ação penal pública contemplava as vítimas do crime praticado por quem estava na qualidade de padrasto, tutor ou curador, que é quem deveria oferecer proteção. Nesses casos, a ação penal pública era incondicionada, e dispensava o atestado de pobreza.

14

**1.2 Estupro de menor de 14 anos após a Lei n° 12.015, de 7 de Agosto de 2009**

A referida lei foi sancionada pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, tendo entrado em vigor na data de sua publicação, ou seja, dia 7 de agosto de 2009, conforme se pode verificar no artigo 6°, “Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Com o advento da Lei n.12.015/2009, diversas alterações foram feitas no Capítulo

1. do Código Penal, o estupro praticado contra o menor de 14 anos ou sem capacidade de consentir passou a ter nomenclatura de “estupro de vulnerável”, deixando de integrar o artigo 213 do CP, vindo configurar um crime autônomo com previsão legal no artigo 217-A, na referida lei (CAPEZ, 2011, p. 78-79).

Artigo 217-A, seu teor é o seguinte:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14

(catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) 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:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4o Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Dessa forma, as condutas acima aludidas vieram a integrar o tipo penal do artigo 217-A, com sanções próprias, diferentes das penas impostas ao crime sexual praticado com violência real. Antes da Lei n° 12.015/2009, o julgador necessitava lançar mão da presunção de violência contida no artigo 224 do Código Penal, para conseguir enquadrar a conduta do agente nas sanções do artigo 213 ou revogado artigo 214 do Código Penal, o qual tratava do crime de atentado violento ao pudor. Atualmente, a conduta típica do estupro de vulnerável é tratada diretamente com o artigo 217-A do Código Penal (CAPEZ, 2014, p.81). Segundo entendimento de Greco (2014, p.540) “agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos”.

Greco (2014, p. 541), referindo-se ao artigo 217-A, destaca que “este artigo busca identificar a situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima”. Segundo o autor, este artigo contém os seguintes elementos: a) a conduta de ter conjunção carnal; b) ou praticar qualquer outro ato libidinoso; c) com pessoa menor de 14 (quatorze) anos.

O autor faz uma referência à pedofilia no seguinte fragmento:

15

O mundo globalizado vive e presencia a atuação de pedófilos, que se valem de inúmeros e vis artifícios, a fim de praticarem algum ato sexual com crianças e adolescentes, não escapando de suas taras doentias até mesmo os recém-nascidos. A *internet* tem sido utilizada como um meio para atrair essas vítimas para as garrasdesses verdadeiros psicopatas sexuais. Vidas são destruídas em troca de pequenos momentos de um prazer estúpido e imbecil (GRECO, 2014, p. 542).

As condutas previstas no tipo penal do artigo 217-A são as mesmas daquelas constantes do artigo 213 do Código penal, sendo que a diferença existente entre eles reside no fato de que no delito de estupro de vulnerável a vítima, obrigatoriamente, deverá ser menor de 14 (quatorze) anos de idade (GRECO, 2014, p. 542).

**1.2.1 Finalidade da Lei n° 12.015, de 7 de Agosto de 2009**

A Lei nº 12.015 de 7 agosto de 2009, trouxe significativas alterações para o Título VI do Código Penal, como já observado, passou a tutelar os Crimes contra a Dignidade Sexual e não mais, Dos Crimes contra os Costumes. Diante do panorama histórico social em que se encontra, obviamente após tantas lutas e conquistas sociais, culturais, raciais e sexuais, por igualdade entre homens e mulheres não caberia disposições legais que privilegiassem uns e prejudicassem outros, principalmente diante de uma Carta Magna que preconiza a não discriminação sexual. (CAPEZ, 2010, p. 27),

A Constituição Federal em seu art. 5º, *caput* e inciso I :

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Assim, verifica-se no artigo 217-A, do Código penal, que a finalidade da Lei nº 12.015/2009 tem por objeto jurídico a tutela da dignidade sexual da pessoa menor de 14 anos ou daquela que por enfermidade ou deficiência mental, não tem condições para consentir o ato sexual, ou por outra causa, não pode resistir.

Segundo o entendimento de Capez (2011, p. 81), as modificações advindas, a Lei n° 12.015/2009, passou a tratar dos delitos contra a dignidade sexual, substituindo a expressão “Dos crimes contra os costumes”. Com isto, tem-se que o objetivo é tão somente proteger à liberdade sexual do indivíduo, juridicamente falando, vem primar pela tutela dos direitos fundamentais do indivíduo e não pela moralidade sexual e seus reflexos na organização da família.

16

**1.2.2 Classificação do Crime**

A classificação do crime consiste em apontar peculiaridades essenciais do delito e de seus agentes e do bem juridicamente protegido pela norma. As características são importantes para o tema na medida em que se identificam na conduta do agente os elementos descritos no tipo penal.

O sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável pode ser tanto o homem quanto a mulher, basta que o agente cometa a conjunção carnal ou ato libidinoso. O doutrinador Greco (2011, p. 535) ressalva que ao se tratar especificamente de conjunção carnal, “a relação deverá, obrigatoriamente, ser heterossexual”.

O sujeito passivo é aquele estabelecido na lei, o menor de 14 anos, o portador de deficiência mental, ou que, por outra causa, esteja impedido de oferecer resistência contra o ato sexual. Entre estas três modalidades de vulnerabilidade, devemos destacar a elementar menor de 14 (catorze) anos, indivíduo que não pode consentir seus atos sexuais, pela imaturidade baseada no simplesmente pelo fato de ser menor de idade, assim observando o artigo 217-A, caput, do CP.

Segundo explicação de Capez (2011, p.81-82), a conjunção carnal é a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher. O Ato libidinoso está compreendido em outro conceito, que não a conjunção carnal, está em outras formas de realização do ato sexual, aqueles atos sexuais considerados anormais como a cúpula oral e anal. Antes da nova Lei 12.015/2009, estes atos sexuais constituíam no Código penal, artigo 214, o crime autônomo de atentado violento ao pudor, revogado pelo novo regramento.

Sendo assim, pode-se afirmar que a consumação do delito de estupro de vulnerável dá-se com efetiva penetração do pênis na cavidade vaginal, forma vinculada ao tipo penal na primeira parte do artigo 217-A, caput, do CP. Já o ato libidinoso se consuma de acordo com a segunda parte do artigo, quando o agente pratica ato diverso da conjunção carnal com a vítima, a exemplo de o agente ativo passar as mãos sobre as partes íntimas do agente passivo. Veja a letra do artigo 217-A. “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”, redação inserida através da Lei n° 12.015/2009.

O delito de estupro de vulnerável é doloso em virtude da vontade do agente de praticar conjunção carnal ou ato libidinoso, em especial com a vítima menor de 14 anos que é objeto de estudo da nossa pesquisa, tendo o agente ativo o conhecimento de que o agente

17

passivo é menor de 14 anos, pessoa caracterizada pela imaturidade e em desenvolvimento sexual. Não há no crime de estupro de vulnerável na modalidade culposa por carência de lei.

Vejam o que diz o doutrinador Rogério Greco (2011, p. 536) a respeito do

assunto:

Se, na hipótese concreta, o agente desconhecia qualquer uma dessas características constante da infração penal em estudo, poderá ser alegado o erro de tipo, afastando se o dolo e, consequentemente, a tipicidade do fato.

Não é admissível a modalidade culposa, por ausência de disposição legal expressa nesse sentido.

O delito de estupro de vulnerável é comissivo, a expressão *ter e praticar* pressupõe uma ação exclusiva do agente, que afeta o bem jurídico do vulnerável. Nada obstante, que o delito possa ser cometido por omissão imprópria, quando o agente deve e pode agir para evitar o fato criminoso, como previsto no Código Penal, em seu artigo 13, **§** 2°. Segundo Greco (2011, p. 536), nessa hipótese, o omisso deverá sofrer as mesmas penas constantes no preceito secundário do artigo 217-A, do diploma penal.

De acordo com os § 3° e 4° do artigo 217-A, entende-se haver duas situações qualificadoras no crime de estupro de vulnerável, uma quando resultar lesão corporal de natureza grave, a outra quando o resultar na morte da vítima, nestes termos:

* 3o Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.
* 4o Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Verificam-se ainda, causas de aumento de pena prevista para este tipo de crime, duas delas determinadas pelo artigo 226 do CP, com redação conferida pela Lei 11.106, de 28 de março de 2005, nestas palavras:

Art. 226. A pena é aumentada:

I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais

pessoas;

1. - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

Ainda, causas de aumento de pena prevista no artigo 234-A, esta com redação conferida pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, assevera, *in verbis*:

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I – (VETADO);

II – (VETADO);

III - de metade, se do crime resultar gravidez; e IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vitima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

18

Segundo Capez (2011, p. 81), o delito de estupro de vulnerável será crime hediondo de acordo com o artigo 1°, VI, da Lei 8.072/90, a conduta típica do artigo 217-A, *caput,* e §§ 1°, 2°, 3° e 4°.

O artigo 217-A, instituído pela 12.015/2009, não pode ser aplicado nos crimes praticados antes de sua vigência em obediência a irretroatividade da lei, pois este princípio não permite que o instituto jurídico da *novatio legis in pejus* possa retroagir para agravar a situação do agente, salvo para beneficiar o acusado, como bem diz o texto constitucional no artigo 5°, XL, “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. A *novatio legis in* *pejus* traduz que a lei nova é mais severa porque prevê pena mínima de 8 (oito) anos, ao passoque a lei anterior previa pena mínima de 6 (seis) anos.

No crime de estupro, a vítima é coagida, obrigada a realizar o ato sexual. Premissa do crime, portanto, é o dissenso da vítima, isto é, que o ato seja realizado contra sua vontade. Deve, ademais, ser um dissenso sério, que indique não ter a vítima aderido à conduta do agente. Por isso, não há crime quando um casal está se beijando e o homem começa a tirar a roupa da mulher e, embora ela diga para ele parar, não o faz de forma enérgica, não tomando nenhuma atitude para evitar que ele tire sua roupa e acaricie suas partes íntimas. Ocorre que, em tal caso, não se mostrou presente o emprego de violência ou grave ameaça. De outro lado, não é necessária à configuração do crime a chamada “resistência heróica”, em que a vítima luta fisicamente com o agente até suas últimas forças. Veja-se, por exemplo, a hipótese do estuprador que está armado, em que a luta por parte da vítima só lhe traria riscos maiores (até de morte). O crime, porém, está perfeitamente delineado em razão do emprego da grave ameaça (GONÇALVES, 2011).

Este tipo de crime hediondo tem como objeto jurídico a liberdade sexual dos indivíduos, conceituada como o direito de a pessoa dispor livremente do próprio corpo, conforme explica Monteiro:

Tutela-se, outrossim, a honra sexual do homem e da mulher. Insere-se, pois, naqueles direitos que tem a pessoa humana de dispor de seu corpo como melhor lhe aprouver, dentro de certas restrições impostas pela vida em sociedade. (MONTEIRO, 2011, p. 71).

19

1. **ANÁLISE DOS BENS JURÍDICOS DA “DIGNIDADE SEXUAL” E “FAMÍLIA”**

O segundo capítulo foi elaborado com o objetivo de realizar uma análise no que tange aos bens jurídicos da dignidade sexual e da Família, partindo da compreensão de conceitos dos instrumentos constitucionais relacionados ao crime de estupro de vulnerável, na interpretação de doutrinadores renomados.

**2.1. Concepção principiológica**

No estágio atual da Ciência do Direito, parte-se da ideia de que os princípios não podem ser analisados apenas como meras aspirações ou diretrizes vagas, pois contêm inegável força normativa. Portanto, os princípios servem para expressar os valores fundamentais inseridos em nossa na sociedade por intermédio da Constituição, atuando como modelo ideal de justiça (Gonçalves, 2012, p. 78).

Segundo Fredie Didier Jr (2011, p. 106), princípios e regras são normas, pois ambos expressam o dever ser, que embora seja de espécie diferente eles identificam “razões para juízos concretos de dever ser”. Os princípios são normas que determinam que algo seja concretizado com maior abrangência possível, atingir ao máximo sua finalidade, nas possibilidades jurídicas e fatos existentes. Por isso, os princípios são verdadeiros mandados (permissões e proibições), que se caracterizam pelo fato de poder ser utilizado em diferentes casos e que seu cumprimento depende das possibilidades jurídicas e como também das possibilidades reais. Por sua vez, as regras, são normas que devem ser cumpridas ou não, não podendo ser cumprida para mais ou para menos, deve ser na forma que ela exige.

Victor Eduardo Rios Gonçalves preleciona em sua obra de Direito Penal (2012,

p.79):

A primeira diferença de relevo entre estas espécies de normas jurídicas reside na

hierarquia, já que os princípios, por constituírem a expressão inicial dos valores

fundamentais que informam determinado ramo jurídico, encontram-se em patamar

superior às regras, de tal modo que um aparente confronto entre ambos deverá ser

solucionado em favor daqueles.

(...)

O segundo elemento diferenciador reside no conteúdo: os princípios constituem a expressão de valores ou finalidades a serem atingidas, enquanto as regras descrevem condutas a serem observadas, mediante proibições ou autorizações. (...)

20

... (terceira diferença), as regras são construídas com base no seguinte padrão: descrição de fato e atribuição de consequências... já os princípios reúnem enunciados e expressão de ideais, que podem ser concretizados de diversas formas.

Sendo assim, os princípios se destacam pela superioridade às regras por expressar os atuais valores fundamentais inseridos na sociedade pela capacidade de acompanhar a evolução social e se harmonização em diferentes situações. Havendo confronto entre princípios e regras, a solução deve ser com observância dos princípios.

Acerca do conflito entre o princípio e a regra, Gonçalves (2012, p. 80), cita como exemplo, o possível conflito entre o princípio da insignificância e o tipo penal previsto no artigo 155 do CP. Se a pessoa subtrair de alguém uma folha de papel, para si, comete a conduta típica do referido artigo, punível com a pena cominada. Este ato de subtrair é plenamente típico à luz do artigo mencionado. Ocorre que o princípio da insignificância considera atípica a conduta que causa lesões insignificantes ao bem jurídico tutelado.

Os princípios como razões para regras, consoante à lição de Fredie Didier Júnior (2011, p. 109), são os princípios, as razões, critérios e fundamentos para as regras, os princípios não são determinativos como as regras. As regras é que são frutos da determinação dos princípios na medida em que estes externam a maneira do dever ser, decorrente da aplicação de uma lei prevista no arcabouço jurídico, decorrência da contradição entre os princípios.

* também de suma importância distinguir o modo como se solucionam os eventuais conflitos entre princípios e regras. Segundo Gonçalves (2012, p. 81) o possível conflito entre princípios se exige uma solução mais que conciliadora, passo a passo, em parcelas, onde o intérprete se vale do caráter de ponderação de acordo com o caso concreto. Já o conflito entre regras impõe ao intérprete uma solução de tudo ou nada, ao passo que se aplicada uma determinada regra, se invalida a outra.

Sobre conflito de princípios, o doutrinado Fredie Didier Jr. (2011, p. 108), disse que estes se resolvem na *“dimensão do peso”* enquanto as regras se resolvem na *“dimensão* *da validade”*. Veja o que o doutrinador assevera:

... quando uma regra predispuser uma exceção a outra: nesses casos, ambas irão permanecer válidas. Já na solução da colisão entre os princípios teremos a formulação de uma *lei de colisão* para o caso concreto, segundo a qual as condições abaixo das quais um princípio precede ao outro constituem o *suposto de fato* de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente, ... que o resultado da ponderação se apresenta como norma de direito fundamental atribuída ao caso.

21

**2.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

No ensinamento de Fernando Capez, em seu artigo Crimes contra a Dignidade Sexual: a Objetividade Jurídica (2010, p.25-26), que a sociedade evoluiu e passa a exigir de acordo com a Constituição Federal de 1988, padrões essenciais à promoção da dignidade do indivíduo e não pode ser colocado em risco. Pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana

* uma referencia dos direitos que visa garantir às pessoas maior conforto, evitando o sofrimento na vida social. Segundo Prado (2005, p.143), o conceito da Dignidade da Pessoa Humana trata-se de reconhecer a todos as pessoas os seus direitos fundamentais, pelo fato de serem humanos.

Percebe-se no Estado Democrático de Direito, imposições como forma de garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, como o direito ao pluralismo político e liberdade de expressão, à cidadania, o povo como fonte de poder e principalmente aqueles ligados intimamente à dignidade da pessoa humana, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos

Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de

Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

**III - a dignidade da pessoa humana;**

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (**grifo nosso**)

A propósito, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, assim preceitua o artigo 11:

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Desta feita, a dignidade sexual consiste diretamente na liberdade de autodeterminação sexual da pessoa, a liberdade sexual como forma de proteção de sua integridade física, tanto na sua vida como sua honra, como valor universal inerente a dignidade da pessoa humana.

Igualmente, foi postulado no Direito Internacional, especialmente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, de 1948, Artigo 22:

22

Todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Ainda no campo da Constituição, nota-se a expressão das garantias individuais, resultado de lutas e abusos no árduo caminho do reconhecimento de liberdades, até se alcançar a promulgação desse texto.

No artigo 226, §7º, CF/88, foi dada ênfase à família, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana. Igualmente, a CF/88, traz ainda em seu bojo outros direitos intimamente ligados à dignidade da pessoa humana.

Artigo 3º, inciso III e o artigo 23, inciso X, apresentado como “dos objetivos fundamentais”, o responsável pela afirmação da “erradicação da pobreza e das desigualdades sociais”.

A Constituição federal aponta em seu artigo 6º, o mínimo desejado a cada indivíduo: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Sobre a dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito, o STF faz menção a Constituição Federal, como forma de garantir os exercícios dos direitos sociais e individuais. A respeito, veja o comentário feito pela relatora Ministra Cármen Lúcia, no julgamento da ADI n° 2.649, sobre os valores supremos explícitos no preâmbulo da constituição, como princípio jurídico da solidariedade:

1. A busca de igualdade da oportunidade é possibilidade de humanização das relações sociais, uma das inegáveis tendências, da sociedade contemporânea, acolhida pelo sistema constitucional vigente, determina a adoção de políticas públicas que propiciem condições para que se amenizem os efeitos das carências especiais e de seus portadores e toda a sociedade atue para os concluir no que seja compatível com suas condições. **(ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia,** **julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008).**

Deste modo, todos os direitos sociais acima citados estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana.

**2.1.2 Princípio da Lesividade ou Ofensividade**

Em um ponto de visto moderno, adequar a realidade social ao princípio da lesividade ou ofensividade torna-se importante na medida em que limita o poder *jus*

23

*puniendi* do Estado, devendo ser interpretado ao lado de outros importantes princípios, comoo da intervenção mínima, em busca de uma defesa justa bens jurídicos tutelados em nosso ordenamento jurídico.

De acordo com o princípio penal da lesividade ou da ofensividade, todo e qualquer delito deve lesar ou, ao menos, criar perigo de lesão a bens jurídicos, os quais podem ser definidos como material ou imaterial no contexto social, de titularidade individual e essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, protegido juridicamente, diz o legislador Prado (2007, p. 257).

Nilo, apud Rogério Greco (2014, p. 55-56), o princípio da lesividade tem quatro funções especiais, que teve sua origem a partir do iluminismo, as quais são:

1. proibição de incriminar uma atitude interna;
2. proibição de incriminar conduta que não exceda o âmbito do autor;
3. proibição de incriminar simples estados ou condições existenciais;
4. proibição de incriminar condutas desviantes que não afetem qualquer bem jurídico.

Na primeira função, do princípio da lesividade o agente não pode ser condenado por conduta que apenas pensou, não saiu de seus sentimentos. Se tal pensamento não exteriorizou e nem causou qualquer dano que seja a terceiros.

A segunda vertente, também não poderá punir a conduta do agente que não lesou bens de terceiros, lesões que excederam o âmbito do agente causador, como ocorre no caso da autolesão.

Na terceira, a função do princípio da lesividade será de impedir que o agente seja punido por aquilo que ele é, e não pelo dano causado a terceiro.

Desta forma, percebe-se que o Direito Penal se encontra impossibilitado de atuar caso o bem jurídico da terceira pessoa não tenha sofrido um dano relevante. Não pode o Estado agir em face da intolerância da sociedade apenas.

Nesse sentido, Rogério Greco (2014, p. 57) cita as lições de Mariano Silvestroni, em que a tolerância é o significado de que “as pessoas têm direito de *ser, pensar, expressar-se* e atuar livremente sem que sejam submetidas a restrições ou sanções que se fundem no mero fato do que se *é, se pensa, se expressa* ou *se faz”,* sem que cause dano ao direito de outro.

Conclui-se que a caracterização de uma conduta como fato típico, não basta a simples subsunção à hipótese abstrata prevista na lei, se deve averiguar também se tal conduta

* contrária à norma penal e se realmente mostra-se ofensiva e capaz de causar relevante lesão ao bem juridicamente protegido pelo Direito Penal (tipicidade material).

24

Não se mostrando efetivamente capaz de causar lesão ao bem jurídico, a conclusão, por meio de um raciocínio lógico, deve ser a seguinte: “se não há tipicidade material, não há tipicidade; por conseguinte, se não há tipicidade penal, não haverá fato típico; e, como consequência lógica, se não há fato típico, não haverá crime” (GRECO, 2009, p. 66).

**2.1.3 Princípio da Proporcionalidade**

Na seara penal, o princípio da proporcionalidade não deve ser lançado como mero instrumento de poder. Isto significa que as garantias individuais devem ser resguardadas, na análise da sanção penal e a importância social do fato, em nome da dignidade da pessoa humana mais justa.

Prado (2005, p.150), disserta sobre o princípio em discussão, aduz:

Considerando-se as três vertentes ou subprincípios da proporcionalidade *lato sensu* *(adequação ou idoneidade; necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito),* pode-se afirmar que uma medida quando apta a atingir os objetivospara os quais foi proposta; quando causa o menor prejuízo entre as providências possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais, e quando as vantagens que aporta superam suas desvantagens.

Na vertente da adequação, o meio deve ser capaz de cumprir com a finalidade proposta pelo legislador, adequação do meio ao fim. O que se refere à necessidade significa que o meio escolhido é indispensável para atingir a finalidade, quando não houver outro meio menos gravoso. No sentido estrito, exige análise axiológica, que implica um juízo lógico que compara (juízo de valor), a gravidade da conduta antijurídica e a gravidade da pena, ou seja, a pena deve ser proporcional à gravidade da lesão ao bem jurídico e a medida aplicada à periculosidade do agente (PRADO, 2005, p. 151-152).

Greco (2014, p. 80), sabendo que não é tarefa fácil, diz que o legislador deve ficar atento a tal princípio para alcançar a proporcionalidade no momento de propor inicialmente a pena no plano abstrato.

No que diz respeito à proporcionalidade levada a efeito pelo juiz, no caso concreto, pode ser menos temerosa quanto àquela realizada em abstrato pelo legislador. O julgador possui critérios de aplicação da pena a exemplo do artigo 68, do Código Penal, se depois de analisar as circunstâncias judiciais, isoladamente, o juiz não poderá aplicar a pena base na quantidade máxima cominada à conduta ilícita praticada pelo agente, quando concluir

25

que as circunstâncias são favoráveis ao agente. Caso ocorra, em contrário, a pena aplicada será desproporcional ao fato praticado (GRECO, 2014, p. 80).

Desta forma, para Greco (2014, p. 82), a proibição do excesso ocorre tanto para o legislador quanto ao julgador, tendo em vista a finalidade de proteger o direito de liberdade do indivíduo, evitando punição desnecessária de conduta com pouca relevância para o direito penal, venha o legislador cominar em abstrato pena desproporcional à conduta praticada pelo agente. Esse mesmo excesso, também se atribui ao julgador auxiliando na interpretação dos tipos penais, evita-se pena excessiva nos casos de crimes de pouca importância.

Ainda no princípio da proporcionalidade, diz a respeito à proibição de proteção deficiente. Se não admite o excesso, também não se admite que um direito seja protegido de forma deficiente, quer seja por eliminação de conduta típica, seja por cominação de pena abaixo do valor exigido ao bem tutelado, quer seja na aplicação de outros institutos que beneficiem indevidamente o indivíduo, conforme esclarece André Estefam (2005, p. 125-126).

**2.1.4 Princípio da Intervenção Mínima do Estado**

O princípio da intervenção mínima do Estado consiste no entendimento de que o Estado, através do Direito Penal, deverá intervir o mínimo possível na vida em sociedade, tão somente em defesa dos bens necessários para o convívio social.

O legislador, quando entender que os demais ramos do direito se revelem incapazes de atuar na proteção dos bens de alta relevância para sociedade, o princípio da intervenção que funciona como um limitador do poder de punir do Estado, escolhe condutas positivas ou negativas que deverão ser observadas pelo Direito Penal, devendo ser aplicado subsidiariamente como *ultima ratio,* de modo ser o responsável por indicar os bens de maior importância a serem tutelados e também fazer a chamada descriminalização (Greco, 2014, p.51).

Para Capez (2012, p.651), a subsidiariedade tem por característica a intervenção mínima do Estado. Para atuar, o Direito Penal deve aguardar a ineficiência dos demais ramos do direito, ou seja, quando os demais ramos mostrarem-se incapazes de aplicar uma sanção à determinada conduta reprovável. É a sua atuação a *ultima ratio.*

26

Nessa esteira de entendimento, Greco (2014, p.52) ressaltando o caráter subsidiário do Direito Penal, aponta a lição de Roxin:

A proteção dos bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão coopera todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que se devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de policia, as sanções não penais.

Segundo Greco (2014, p. 53), há duas vertentes no princípio da intervenção mínima. Numa, orienta o legislador a selecionar os bens necessários para o convívio na sociedade. Na outra, norteia o legislador para retirar a proteção do Estado sobre os bens, que antes, tinham especial importância, sendo que hoje, com a mudança da sociedade, não mais necessita de da proteção penal, sim das demais normas do ordenamento jurídico. Considera-se o Direito Penal o mais violento, particularmente, por tratar de penas privativas de liberdade, interfere no direito de ir e vir, devendo ser ele o mínimo utilizado.

**2.1.5 Princípio da Adequação Social**

O princípio da adequação social significa que a conduta não será típica se estiver de acordo com a ordem social, mesmo estando prevista legalmente pelo Estado.

Na realidade, o princípio da adequação social possui duas funções: a primeira é de limitar o tipo penal, retirando do âmbito do Direito Penal a exclusão de condutas aceitas pela sociedade. A segunda função está direcionada ao legislador em duas vertentes: uma é de orientar o legislador na seleção das condutas necessárias para proteger os bens considerados relevantes para coletividade. A segunda vertente faz com que o legislador repense e retire os tipos penais do ordenamento jurídico a proteção do Estado sobre aquelas condutas já aceitas pela sociedade, após sua evolução (GRECO, 2014, 59-60).

Ainda no entendimento do referido autor, verifica-se que o princípio da adequação social apenas norteia o legislador, para distinguir e retirar do Direito Penal as condutas consideradas adequadas socialmente.

27

**2.2 Compreensão do bem jurídico “Dignidade Sexual”**

Dignidade sexual: esta se encontra tutelada no princípio da dignidade da pessoa humana, que lastreia por todo o ordenamento jurídico com diferentes conceitos e várias formas de aplicação. Isto pelo valor dado à vida humana, valor que deverá nortear o intérprete do direito nos mais variados ramos da ciência jurídica em que a prioridade é possibilitar a concretização do direito. Na verdade, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é uma referência dos direitos que visa garantir às pessoas um maior conforto, como forma de evitar o sofrimento na vida social, conforme preleciona Capez em seu artigo publicado na Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n° 35 (2010, p. 26).

Desta feita, a dignidade sexual consiste diretamente na liberdade de autodeterminação sexual da pessoa, é a sua liberdade sexual como forma de proteção de sua integridade física, tanto sua vida como sua honra, como valor universal inerente à pessoa humana, postulado pelo Direito Internacional, na declaração Universal dos direitos do Homem, em seu artigo 1°. Igualmente, no Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 11, preceituando que “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

**2.2.1 Compreensão do bem jurídico “Costumes”**

Capez (2014) disse que a proteção dos bons costumes prevalecia em face de outros bens jurídicos importantes como a liberdade sexual. Era o reflexo de uma sociedade pautada pela moralidade sexual e seus reflexos na organização da família, menosprezando a tutela dos direitos fundamentais do indivíduo.

Para adequar-se à realidade social, especialmente para não contrariar o padrão constitucional vigente a partir 1988, estabelece-se que o indivíduo seja muito mais importante do que qualquer coisa ou objeto jurídico. Principalmente se estiverem em pauta as questões ligadas à sua dignidade e/ou liberdade.

Sobre isso, disse Nucci (2010, p. 24):

O legislador brasileiro deve preocupar-se (e ocupar-se) com as condutas efetivamente graves, que possam acarretar resultados igualmente desastrosos para a

28

sociedade, no campo da liberdade sexual, deixando de lado as filigranas penais, obviamente inócuas, ligadas a tempos pretéritos e esquecidos.”

**2.2.2 - Compreensão do bem jurídico “Dignidade Sexual” quanto à “vulnerabilidade” do artigo 217-A do Código Penal**

A dignidade sexual é uma das espécies do gênero dignidade da pessoa humana. Ingo Wolfgang Sarlet, apud Greco (2011, p. 449) dissertando sobre o tema dignidade sexual, esclarece:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O bem jurídico Dos crimes contra a dignidade Sexual, tutelado no Título VI do Código Penal, “Associa-se à respeitabilidade e à 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” (NUCCI, 2010, p. 42).

No que diz respeito à vulnerabilidade constante do artigo 217-A, do Código Penal, redação dada pela Lei nº 12.015/2009, são consideradas vulneráveis as pessoas despidas de proteção, com possibilidade de sofrer lesão, no campo sexual, os menores de 14 anos, os deficientes mentais que não possuem o discernimento para praticar o ato sexual e aquele que por algum motivo não possa resistir o ato sexual. Independente de violência ou consentimento da vítima considera proibido o ato sexual mantido com quaisquer de uma das vítimas mencionadas no artigo 217-A. O legislador pressupõe a falta de capacidade do agente passivo em compreender a gravidade do relacionamento sexual, entender as consequências negativas como a gravidez inesperada, as doenças transmissíveis, dano à honra e à dignidade.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 928) entende ser viável a discussão sobre a capacidade de quem possui 12 ou 13 anos consentir o ato sexual, em se tratando de estupro de vulnerável. Nas situações em exista prova suficiente da capacidade de entendimento da relação sexual, o fato pode ser atípico ou favorecer desclassificação, tendo ocorrido livre de violência real. Contudo, aquele que mantiver relação sexual com menor de

29

12 anos se enquadraria no crime de estupro de vulnerável na forma absoluta. Isto se houve a compatibilização do Estatuto da criança e do adolescente com o Código Penal brasileiro.

Segundo Gonçalves (2011, p. 531) são vulneráveis qualquer pessoa que ainda não completou 14 anos, aquela que não tem o discernimento necessário para consentir o ato sexual, em razão de enfermidade mental, e aquele que por qualquer outro motivo não podia oferecer resistência ao ato sexual.

Conclui-se que vulnerável é qualquer dessas pessoas, que se presume de forma absoluta não ter discernimento suficiente para consentir validamente aos atos sexuais a que são submetidas.

Sendo assim, de acordo com explicação dos autores acima citados, o consentimento por parte do sujeito passivo menor de 14 anos não descaracteriza o tipo penal, pois não considera as mudanças frequentemente ocorridas na sociedade, como por exemplo, maior acesso a informações, os jovens da atualidade tendem às consequência do início precoce da atividade sexual.

O consentimento da vítima da vítima menor de 14 anos ou sua experiência em relação à sexualidade não tem relevância jurídico-penal. Isso devido à condição de vulnerável, aquele que não tem discernimento sobre si mesmo e sobre o que ocorre a sua volta. Portanto, o consentimento deles, se houvesse, não seria juridicamente válido como argumento, pela condição de vulnerável (ABREU, SILVA, 2011).

**2.3 Compreensão jurídica do bem jurídico do direito de “Família”**

A tendência em afirmar que o Direito de Família pende mais ao Direito Público do que ao Direito Privado decorre da existência de normas de Ordem Pública que buscam tutelar as entidades familiares mais do que seus integrantes. Porém o fato de os princípios dos mesmos permearem todas as relações familiares não significa ter o Direito de Família migrado para o Direito Público. Imperioso, portanto, reconhecer que o direito concernente à família, ainda que tenha características peculiares e alguma proximidade com o último, tal não lhe retira o caráter privado (SILVA, 2005, p. 37-38).

O sistema codificado de 1916 tratou o Direito de Família em três grandes temas, na concepção de Leite (2005, p. 23): “o casamento, o parentesco e os institutos de direito protetivo (tutela, curatela, ausência)”.

30

A Constituição de 1988 foi o fator culminante da lenta evolução legal das relações familiares e de parentesco. Antes dela devem ser destacados os diplomas legais que reduziram as desigualdades de direitos entre filhos legítimos e ilegítimos, o Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio. Seguindo a ordem de Lôbo (2004, p. 307): “até 1988, tem-se a história do contínuo desmonte da família patriarcal, deslegalizando-se e deslegitimando-se as desigualdades jurídicas”.

**2.3.1. Proteção Constitucional**

As Constituições passadas, bem como o Código Civil de 1916, só reconheciam a família decorrente do casamento, como instituição de produção e reprodução dos valores sociais, culturais, éticos, religiosos e econômicos. A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 colocam a família sob o enfoque da tutela individualizada dos seus membros.

A família foi reconhecida como base da sociedade e recebe proteção do Estado, nos termos dos artigos 226 e seguintes da Carta Magna. Embora a interpretação dominante desse artigo, entre os civilistas, é no sentido de tutelar apenas os três tipos de entidades familiares, explicitamente previstos, em *numerus clausus*. A saber: o casamento, a união estável e a entidade monoparental. Todavia, faz-se necessário avaliar outros tipos de relações: as uniões homoafetivas, casamento putativo e concubinato.

Torna-se relevante destacar que no sentido da proteção estatal à família a Constituição Brasileira de 1988 foi a que teve maiores transformações, dentre todas as Constituições do direito comparado. Essa Constituição refere que a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições. A família assumiu posição de sujeito e direito de obrigações, o interesse dos integrantes da família prepondera sobre o interesse patrimonial, a natureza socioafetiva da filiação se sobrepõe à biológica. Foi consagrada a igualdade entre os gêneros e entre os filhos, e ainda a liberdade para constituir, manter e extinguir a entidade familiar; a liberdade de planejamento familiar sem a imposição do Estado. Por fim, a família é configurada no espaço de realização pessoal e dignidade humana de seus membros (LÔBO, 2004).

31

**2.3.2. Constituição da família na Lei Civil**

A princípio, a sociedade só aceitava a família constituída pelo matrimônio, sendo que a lei apenas tratava sobre o casamento, relações de filiação e o parentesco; todavia, devido à constante mutação do seio familiar, e tendo em vista que cabe ao Estado, o dever jurídico constitucional de implementar as medidas necessárias para a constituição e desenvolvimento das famílias, surgiu ao longo da história humana o reconhecimento de relações extramatrimoniais.

Afirma-se que atualmente o núcleo familiar, pode ser formado pela união estável, pela união de um dos pais com seus descendentes (famílias monoparentais), e até mesmo pela união homoafetiva. No que tange a esse último, muito embora, trata-se de tema omisso na lei,

* sem sombra de dúvida muito discutido pela doutrina e jurisprudência, devido à sua própria existência na sociedade.

Dias (2007, p. 139), relata que até o advento da República, em 1889, a única forma de casamento era o religioso, tanto para os católicos como para os não católicos. O casamento civil só surgiu em 1891. O conceito de família, identificado como indissolúvel, mereceu consagração em todas as Constituições Federais do Brasil.

Dias (2007, p. 139), ainda lembra quando da edição do Código Civil de 1916, era de tal ordem a sacralização da família, que havia um único modo de se constituir: pelo casamento. A família tinha viés patriarcal, e as regras legais refletiam esta realidade. Somente era reconhecida a família ungida pelos sagrados laços do matrimônio. Não havia outra modalidade de convívio aceitável. O casamento era indissolúvel. A resistência do Estado em admitir relacionamentos outros era de tal ordem, que a única possibilidade de romper com o casamento era o desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial e, com isso, impedia novo casamento.

Venosa (2005, p. 39), acrescenta que, o legislador do Código Civil de 1916 ignorou a família ilegítima, fazendo apenas raras menções ao então chamado concubinato, unicamente no propósito de proteger a família legítima, nunca reconhecendo direitos à união

de fato. “Muitos foram os que entenderam, até as últimas décadas, que a união sem casamento era fenômeno estranho ao direito da família, gerando apenas efeitos obrigacionais” (idem, p. 39).

Mesmo com o advento da Lei do Divórcio, a visão matrimonializada da família permaneceu. O desquite transformou-se em separação, passando a existir duas formas de

32

dissolução do casamento: a separação e o divórcio. Na tentativa de manutenção da família, era exigido o decurso de longos prazos, ou a identificação de um culpado pela separação, o qual não podia intentar a ação para dar fim ao casamento. A perda do direito à percepção de alimentos e a exclusão dos apelidos do marido eram penalidades que atingiam o culpado pela separação. Também se sujeitava a tais penalidades quem simplesmente tomava a iniciativa da ação de separação, mesmo sem a identificação de responsabilidades.

Dias (2007, p. 139-140), acerca dessa visão histórica do casamento, enfatiza que a nova realidade se impôs, acabando por produzir profunda revolução na própria estrutura social. Tornou-se tão saliente o novo perfil da sociedade, que a Constituição de 1988 alargou o conceito de família para além do casamento. Passou a considerar como entidade familiar relacionamentos outros. Foi assegurada especial proteção tanto aos vínculos monoparentais – formados por um dos pais com seus filhos – como à união estável – relação de um homem e uma mulher não sacralizada pelo matrimônio (CF 226 §). Com isso deixou de ser o casamento o único marco a identificar a existência de uma família.

O casamento não é mais a única forma de constituição da *família legítima*, porém a lei continua a lhe conferir uma extensa normatização, se comparada com os dos demais institutos considerados pela Constituição Federal como entidades familiares (LISBOA, 2006, p. 45). Por tal motivo, o casamento continua sendo o instituto de direito de família que merece maior atenção e proteção do legislador.

No entendimento do autor acima citado, o casamento ainda é a única forma de constituição da família que confere historicamente uma maior estabilidade e segurança às relações entre os seus membros, inclusive pelas consequências decorrente da sua celebração, impondo-se direitos e deveres materiais e imateriais aos cônjuges e a eles perante a sua prole.

33

**3. ANÁLISE CASUÍSTICA DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE**

Majoritariamente, conforme os doutrinadores Rogério Greco, Antônio Lopes Monteiro e Abreu e Silva, o consentimento da vítima é irrelevante para afastar a tipicidade do crime de vulnerável, porquanto segundo os mesmos o legislador quis proteger a criança e o adolescente dos riscos encontrados na exploração sexual, seja pela prostituição , seja pela inexperiência/imaturidade do menor, sendo irrelevante o estereotipo ou experiência sexual da vítima.

Todavia, minoritariamente, e conforme o doutrinador Guilherme Souza Nucci e Júlio Fabrini Mirabete, a tipificação no estupro de vulnerável diante do consentimento da vítima dependerá de análise do caso concreto, a fim de promover a justiça social e a promoção entre punição e prevenção.

Isto porque, em muitos casos depara-se já com família constituída entre o (a) agente e o menor de 14 anos, inclusive em alguns lares já com filho, de modo que a interferência do Direito Penal para repreender quem mantém relação sexual com menor de 14 anos seria desproporcional e injusto, embora o Estado esteja agindo para incriminar essa conduta para proteger o bem jurídico “dignidade sexual”, diante do conceito absoluto de vulnerabilidade pelo fato biológico da idade, estaria suprimindo o bem jurídico família, o qual, no aspecto social, tem relevância maior do que o direito de punir do Estado.

Outro aspecto importante para se analisar a incriminação ou não do estupro de vulnerável perante o consentimento da vítima é hipótese de erro de tipo, pois diante da modernização de pensamentos/valores sociais e familiares, do amplo acesso a comunicação e de uma maior liberalidade na questão da sexualidade, o menor se apresenta fisicamente com aparência de adulto ou adolescente já formado, ou se porta com comportamento desenvolto, oposto de um pré-adolescente em formação (menor de 14 anos). Em tal hipótese, a punição seria um erro estatal, especialmente porque não houve dolo de constranger/corromper menor vulnerável.

**3.1 Conceitos de Vulnerabilidade**

Vulnerabilidade é entendida por Monteiro (2010), como o fato de a pessoa ser menor de 14 anos, ser enferma ou deficiente mental e por isso não poder discernir sobre a

34

prática do ato e, por qualquer outra causa, a pessoa não poder oferecer resistência. Logo, o sujeito ativo é o mesmo do estupro, e o sujeito passivo é a pessoa vulnerável.

Abreu e Silva (2011) em seus estudos alegam que a conceituação apresentada por muitos estudiosos, como Greco (2011), Gonçalves (2011), por exemplo, não é muito aceita, sendo considerada genérica por alguns doutrinadores no que se refere aos menores de 14 anos, pois para eles, os doutrinadores, seria necessária uma análise da situação de fato para considerá-los vulneráveis, como por exemplo, o fato do agente passivo do crime, ou seja, do menor de 14 anos possuir ou não uma "acentuada" experiência sexual.

Outro ponto de discussão de Abreu e Silva (2011) diz respeito ao consentimento da vítima menor de 14 anos para a prática do ato sexual, uma vez que para a caracterização do crime de estupro de vulnerável não se faz necessária a utilização da violência ou da grave ameaça e nem o consentimento dessa vítima. Sendo assim, teria ou não capacidade uma criança ou um adolescente menor de 14 anos para dispor conscientemente seu corpo para a prática sexual?

Para responder essa problemática, de acordo com explicação dos autores acima citados, o consentimento por parte do sujeito passivo menor de 14 anos deveria descaracterizar o tipo penal, pois para esses as mudanças frequentemente ocorridas na sociedade, como por exemplo, maior acesso a informações, favorecem o "amadurecimento" mais rápido dos jovens da atualidade tendo como consequência um início precoce da atividade sexual.

No caso do vulnerável, o consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo não tem relevância jurídico-penal. Isso devido à condição de vulnerável, ou seja, aquele que não tem discernimento sobre si mesmo e sobre o que ocorre a sua volta; portanto, o consentimento deles, se houvesse, não seria juridicamente válido como argumento, pela condição de vulnerável (ABREU, SILVA, 2011).

Já para os que têm resposta negativa, ou seja, o menor de 14 anos, na opinião de Abreu e Silva (2011), não tem capacidade de consentir o ato sexual, fundamentam sua posição afirmando que o jovem nessa idade ainda está na fase de formação tanto biológica como moral e psicológica e assim, não tem condições de consentir independentemente do meio social em que vive.

Nas palavras de Greco (2010) para que seja configurado como um crime de estupro de vulnerável é imprescindível “que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, caso contrário o mesmo poderá alegar erro de tipo”.

35

Para Mirabete e Fabrini (2011) não se caracteriza o crime, quando a menor de 14 anos se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despudorada e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento.

**3.1.1. Etimológico**

Do ponto de vista etimológico, a palavra vulnerabilidade vem do latim *vulnerare*, que significa causar lesão, ferir. Historicamente, este sentido foi ampliado compreendendo, além do dano físico, ofensas de toda ordem e outros prejuízos. Segundo Maia (2011), o termo vulnerabilidade vem do latim *vulnerare* = ferir e *vulnerabilis* = que causa lesão. Sendo assim, pode ser definido como susceptibilidade de ser ferido, atacado, prejudicado, derrotado ou ofendido ou ainda como a capacidade de um indivíduo ou sistema sofrer dano em resposta a um estímulo. Portanto, todo o ser humano estaria vulnerável.

**3.1.2 Social**

Vulnerabilidade social pode ser entendida a partir do termo exclusão social, que teve origem na França nas últimas décadas do século XX, como uma construção teórica anterior à formulação do conceito de vulnerabilidade social, sendo utilizado como referência para caracterizar situações sociais limites de pobreza e marginalidade (MAIA, 2011).

Portanto, a vulnerabilidade social pode ser compreendida como multidimensional, afetando de diferentes formas e intensidade indivíduos, grupos e comunidades em planos distintos de seu bem-estar. É a resultante da combinação de fatores que produzem a deterioração do nível de bem-estar de pessoas, famílias ou comunidades em consequências da exposição a determinados tipos de risco. Desse modo, a vulnerabilidade social está intimamente relacionada à forma como indivíduos, famílias ou grupos sociais sejam capazes de controlar as forças que afetam seu bem-estar, o controle de ativos que constituem os recursos requeridos para o aproveitamento das oportunidades que lhes são propiciadas. Esses ativos podem ser divididos em: físicos, humanos e sociais (MAIA, 2011).

36

**3.1.4 Moral**

Sanches (2014) aclara que a vulnerabilidade moral surge do processo cultural, que impacta sobre a construção de visão de mundo dos indivíduos, escala de valores. Na construção de visão de mundo, além da posição social das pessoas, há muitos outros fatores que impactam fortemente como a educação, religião, dentre outras.

As situações de vulnerabilidade moral são mais difíceis de serem percebidas pois são alimentadas pelas convicções humanas e, por isso muitas vezes negadas como vulnerabilidades. A vulnerabilidade moral é também um problema ético por si mesmo, mas sua superação está um pouco mais ao alcance das pessoas individualmente, pois depende da mudança de visão de mundo, além de mudanças de estruturas sociais. As pessoas envolvidas em situações de vulnerabilidade moral estão mais expostas a situações vexatórias e provocam nos outros sentimentos antagônicos ( SANCHES, 2014).

**3.1.2 Jurídico**

A penalidade atribuída ao crime de estupro de vulnerável é a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social, como bem salienta Capez (2011). Portanto, a pena prevista no preceito secundário do artigo 217-A do Código Penal é de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, conforme mencionado pela Lei nº 12.015/2009. Sobre isso, Abreu e Silva (2011) questionam se a desproporcionalidade da mesma, uma vez que esta é mais elevada do que a pena do crime de homicídio simples o qual tem como bem jurídico tutelado um bem maior que corresponde à própria vida do ser humano (ABREU, SILVA, 2011).

Ademais sobre esse aspecto Greco (2011, p. 530), lembra em sua obra que:

O novo tipo penal, como se percebe, busca punir com mais rigor comportamentos que atinjam as vítimas por ele mencionados. Não seria razoável que, se não houvesse violência ou grave ameaça, o agente que tivesse, por exemplo, relacionado sexualmente com vítima menor de 14 (catorze) anos, respondesse pelo delito de estupro de vulnerável, com uma pena que varia entre 18 (dezoito) a 15 (quinze) anos de reclusão, enquanto aquele que tivesse, v.g., se valido do emprego de violência ou grave ameaça, com a mesma finalidade, fosse responsabilizado pelo delito tipificado no art. 213 do Código Penal, com as penas variando de 6 (seis) e um máximo de 10 (dez) anos.

37

O mundo globalizado vive e presencia a atuação de pedófilos, que se valem de inúmeros e vis artifícios, a fim de praticarem algum ato sexual com crianças e adolescentes, não escapando de suas taras doentias até mesmo os recém-nascidos. A *internet* tem sido utilizada como um meio para atrair essas vítimas para as garras desses verdadeiros psicopatas sexuais. Vidas são destruídas em troca de pequenos momentos de um prazer estúpido e imbecil (GRECO, 2011).

As condutas previstas no tipo penal do artigo 217-A são as mesmas daquelas constantes do artigo 213 do Código Penal, sendo que a diferença existente entre eles reside no fato de que no delito de estupro de vulnerável a vítima obrigatoriamente, deverá ser menor de 14 (quatorze) anos de idade (GRECO, 2011).

Para Gonçalves (2011), são considerados vulneráveis os menores de 14 anos. Ao contrário do regime antigo, se o ato for realizado no dia do 14º aniversário, a vítima não é mais considerada vulnerável. Se ela tiver consentido com o ato em tal data, o fato é atípico porque o crime de corrupção sexual de menores (antigo art. 218) foi revogado. Se o ato tiver sido acompanhado de violência ou grave ameaça na data do 14º aniversário, o agente responderá por estupro qualificado (art. 213, § 1º).

Greco (2009) é mais claro na definição de vulnerável. Para esse autor, vulnerável

* quem, de forma absoluta, não tem discernimento suficiente para consentir validamente aos atos sexuais a que são submetidos. Mesmo que consintam ao ato sexual, esse consentimento deverá ser considerado inválido, salvo nas hipóteses em que o sujeito passivo tem pleno discernimento. Mas, nos casos onde não pode oferecer resistência ao ato sexual forçado, o estupro se tipifica com a ausência de consentimento e não apenas pela impossibilidade de resistência.

São pessoas vulneráveis, portanto:

* 1. O homem ou a mulher que ainda não completou quatorze (14) anos de idade (essa vulnerabilidade cessa à zero hora do dia em que o sujeito passivo faz seu aniversário de 14 anos);
  2. O homem ou a mulher (com 14 anos ou mais de idade) que não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual, em razão de enfermidade mental ou deficiência mental;
  3. O homem ou a mulher (com 14 anos ou mais de idade) que por qualquer outro motivo não pode oferecer resistência, como portadores de necessidades especiais com problemas físicos graves (paraplégicos, paraplégicos, acamados em geral impossibilitados de se levantar e de resistir) e pessoas em completo estado de torpor físico e mental em razão do uso, voluntário ou não, de drogas ou bebidas alcoólicas (GONÇALVES, 2011, p. 531).

No que tange o artigo 217-A, redação conferida pela 12.015/2009, é perceptível que a vulnerabilidade dos menores de quatorze anos decorre de sua imaturidade frente aos

38

atos sexuais, razão pela qual não possuem capacidade de consentir de forma válida. No entanto, é de se observar que o consentimento é questão que se liga diretamente com o bem jurídico protegido pela norma, no caso, o ingresso precoce na vida sexual.

Para Mirabete (2011, p. 419), qualquer pessoa pode ser sujeito ativo de estupro de vulnerável, tanto o homem como a mulher. Pratica sim o crime em estudo a mulher que tem conjunção carnal com menor de 14 anos do sexo masculino. Nessa forma de conduta, somente não pode ser autor pessoa do mesmo sexo do menor, porque nesse caso não pode haver o coito normal (item 22.1.4). Na prática de outro ato libidinoso, não há impedimento de que autor e vítima sejam pessoas do mesmo sexo.

**3.2 Necessidade de análise concreta do conceito de vulnerabilidade para aplicação**

**adequada no crime de estupro de vulnerável**

Pela literalidade da lei o conceito de vulnerabilidade previsto no artigo 217-A do Código Penal é absoluto, que implica no julgamento do fato restritivamente pelo critério objetivo, a saber, manter relação sexual com menor de 14 anos.

Todavia, essa análise limitada da lei não corresponde com o modo de viver da sociedade, pois julgar diante do critério único da lei (menor de 14 anos), sem analisar as circunstâncias do fato concreto, sem individualizar o julgamento, é provocar, talvez, em erro do poder judiciário quanto ao critério da justiça.

Assim, defende-se a ideia de que se deve analisar o caso concreto a fim de apurar se o consentimento da vítima tem ou não validade para (a) tipificação do crime.

Pela letra da 12.015/2009, artigo 217-A, *caput* e § 1°, nota-se que são três as modalidades de vulneráveis, o menor de 14 anos, pessoa de qualquer idade com enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o mínimo discernimento para a prática do ato sexual, ou aquela que por outro motivo não possa oferecer resistência.

Nesse sentido, veja o que preleciona em sua obra o doutrinador Victor Eduardo Rios Gonçalves:

1. *Os menores de quatorze anos*. Ao contrário do regime antigo, se o ato forrealizado no dia do 14° aniversário, a vítima não é mais considerada vulnerável. Em suma, considera-se vulnerável a pessoa que ainda não completou quatorze anos.
2. *As pessoas portadoras de enfermidade ou doença mental, que não tenham o necessário discernimento para a prática do ato*. É necessária a realização de perícia

39

médica para a constatação de que o problema mental retirava *por completo* da vítima o discernimento para o ato sexual.

1. *pessoa que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência*. Éindiferente que o fator impossibilitante da defesa da vítima seja prévio (doença, paralisia, idade avançada, estado de coma, desmaio), provocado pelo agente (ministração de sonífero ou droga na bebida da vítima, uso de anestésico etc.) ou causado por ela própria (embriaguez completa em uma festa). É necessário que o agente se aproveite do estado de incapacidade de defesa e que se demonstre que este fator impossibilitava por completo a capacidade de a vítima se opor ao ator sexual. (GONÇALVES, 2011, p. 28).

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em sua obra Código Penal Comentado (2010, p. 967) defende a continuação da discussão diante da capacidade do consentimento para relação sexual daquele menor que possui 12 e 13 anos. Existindo a total capacidade de entender o ato sexual, o fato pode ser considerado atípico. Afirma-se que a vulnerabilidade é absoluta quando se trata de pessoa menor de 12 anos e quando se tratar de pessoa de 12 e 13 anos incompletos, a vulnerabilidade é relativa. Sendo assim, entende-se que o Código Penal deve ser interpretado de forma sistemática dentro de um conjunto de leis que compõe o ordenamento jurídico, razão pela qual deve observar Código Penal e compatibilizá-lo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990, considera-se, no artigo 2°, como criança pessoa de até 12 anos incompletos; e adolescente aquela com idade entre 12 e 18 anos, podendo eles, até receber medida socioeducativa pela prática de infracional.

Greco (2011, p. 527) lembra que:

A partir da década de 80 do século passado, os Tribunais, principalmente os superiores, começaram a questionar a presunção da violência constante do revogado art. 224, “a”, do Código Penal, passando a entendê-la, em muitos casos, como relativa, ao argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia modificado significativamente, e que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção que aqueles viveram quando da edição do Código Penal, em 1940.

No entanto, doutrina e jurisprudência se desentendiam quanto a esse ponto, discutindo se a aludida presunção era de natureza relativa *(iuris tantum*), que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de* *iure*), não podendo ser questionada. Sempre defendemos a posição de que talpresunção era de natureza absoluta, pois, para nós, não existe dado mais objetivo do que a idade.

Segundo posicionamento de Mirabete e Fabbrini (2010, p. 409):

Diante da redação do art. 217-A, não há mais que se cogita de presunção relativa de violência, configurando-se o crime na conjunção carnal ou ato libidinoso praticados com menor de 14 anos, ainda quando constatado, no caso concreto, ter ele discernimento e experiência nas questões sexuais. É irrelevante também se o menor já foi corrompido ou exerce a prostituição, porque se tutela a dignidade sexual da pessoa independentemente de qualquer juízo moral.

Na lição de Greco (2011, p. 530):

40

No que diz respeito à idade da vítima, para que ocorra o delito em estudo, o agente, obrigatoriamente, deverá ter conhecimento de ser ela menor de 14 (catorze) anos, pois, caso contrário, poderá se alegado o chamado erro de tipo que, dependendo do caso concreto, poderá conduzir até mesmo à atipicidade do fato, ou à sua desclassificação para o delito de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal.

De acordo com o comentário do referido autor:

Assim, imagine-se a hipótese onde o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos devido à sua compleição física, bem como pelo modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas etc., quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 anos (catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um motel, onde com ela mantém conjunção carnal (...).

Nas palavras de Mirabete e Fabbrini (2011) uma das principais preocupações do legislador ao elaborar a Lei nº 12.015, de 7-8-2009, consistiu em conferir aos menores de 18 anos especial proteção contra os crescentes abusos sexuais e a proliferação da prostituição infantil e de diversas outras formas de exploração sexual. O legislador procurou, também, dar maior efetividade ao mandamento contido no artigo 227, §, 4º, da Constituição Federal, que prevê:” A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Nucci critica a desproporcionalidade das penas atribuídas pela Lei nº 8.072/90:

embora seja, evidentemente, delito grave, a cominação da pena para o mínimo de seis anos, equiparando-o à pena mínima do homicídio simples, em nosso entendimento, fere o princípio constitucional da proporcionalidade. Há de ser feita uma reforma para readequação das sanções penais: ou se reduz a pena mínima do estupro (algo pouco provável, pois a Lei 12.015/2009 não o fez), ou se eleva a do homicídio simples (NUCCI, 2010, p. 672).

Dessa forma, Greco (2011, p.528-529) transcreve parcialmente a Justificação ao projeto que culminou com a edição a Lei nº 12.015/2009:

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

Assim sendo, o estupro de vulnerável admite duas formas qualificadas que estão previstas nos parágrafos 3º e 4º do artigo 217-A: “§ 3º - Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena reclusão de 10 a 20 anos; § 4º - Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão de 12 a 30 anos”.

41

Deste modo, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas. Não conseguiam entender, *permissa venia*, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivessem uma vida desregrada sexualmente, não eram suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais. Suas personalidades ainda estavam em formação. Seu conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado. Dados e situações não exigidos pela lei penal eram considerados no caso concreto, a fim de se reconhecer ou mesmo afastar a presunção de violência, a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social etc. (GRECO, 2011, p. 528).

Entende-se que o estupro de vulnerável é considerado uma das mais importantes inovações proporcionadas pela Lei nº 12.015/2009. Com a concepção do artigo 217-A, foi abolida a presunção de violência nos crimes sexuais, mediante a revogação do artigo 224 do Código Penal. O termo presunção levava a inevitáveis questionamentos. E se houvesse consentimento? E se a vítima fosse prostituta? E se existisse relação de namoro entre autor e vítima? Com o advento da Lei 12.015/09, qualquer discussão nesse sentido foi encerrada,

De acordo com Greco (2011, p. 528), a Lei nº 12.015/2009 ”convencionou denominar de estupro de vulnerável para identificar a situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima”. Para o autor, os Tribunais “não poderão entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for pessoa menor de 14 anos”.

Em especial, no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás - TJGO, a Doutora PLACIDINA PIRES, Juíza de Direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia, Estado de Goiás, trabalha com o entendimento de que é necessária a comprovação da vulnerabilidade da vítima, o elemento objetivo para caracterização do estupro de vulnerável, para fundamentar a condenação de acusado nos crimes sexuais contra menores de 14 anos. Tendo, recentemente a doutora decidido pela absolvição do acusado que manteve relação sexual com a vítima de 13 anos, decorrente de relacionamento amoroso, sendo as relações sexuais consentidas pela vítima, bem como o fato de estarem convivendo em "união estável", e com pretensão de contrair matrimônio. A juíza, diante do caso concreto considerou que a vulnerabilidade da vítima, a época dos fatos, era relativa, e assim uma das elementares desse tipo de estupro deixaria de existir já que, por consequência, induz ao erro de tipo, hipótese prevista no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Veja a parte final de sua sentença prolatada nos autos de Processo n° 201202151862, aos 21/08/2013:

ANTE O EXPOSTO, não configurada a vulnerabilidade da ofendida, elemento caracterizador do crime de estupro, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, tratando-se de conduta atípica, julgo improcedente o pedido contido na denúncia para o fim de ABSOLVER o acusado ... da imputação que lhe é feita.

42

Disse a referida juíza, que o Direito Penal não pode ser estático ao ponto de o magistrado não levar em consideração as mudanças da sociedade e, consequentemente, os conceitos e preconceitos. Desconsiderar a premissa de que o menor de 14 anos, pelo simples fato de ser menor, não possui condições para validar o consentimento da prática do ato sexual, não será razoável, pois o amadurecimento do adolescente é muito precoce diante do livre acesso as informações conduzidas pelas redes sociais no mundo, que seria cometer injustiça sob o manto da proteção da dignidade sexual do menor de 14 anos, sabendo que os jovens dessa faixa de idade já tiveram contatos sexuais consentidos com seus parceiros, utilizando o termo como "ficantes". Diante deste contexto social, o intérprete não pode deixar de enxergar a realidade, “pois é função do julgador manter o equilíbrio e a paz social, aplicando a lei com vista a garantir a segurança, mas também com vista a garantir o bem-estar, a tranquilidade e a harmonia da comunidade em que se encontra inserido” (Processo n° 201202151862, TJGO, 10ª Vara Criminal, aos 21/08/2013, Dra. PLACIDINA PIRES).

**3.2.1 Realidade do Sistema Penitenciário**

No pensamento de Mirabete (2000, p. 30), quando aplicada a pena privativa de liberdade o caráter é ressocializar, reeducar, recuperar o apenado. Sua finalidade é educativa e de natureza jurídica.

Percebe-se pelas redes sociais e outros meios de comunicação, o sistema carcerário brasileiro está falido, está na contramão do que deveria ser. As condições em que vivem os condenados são de muita violência, um aparente abandono por parte do Estado, pois não cumpre com mandamentos da Constituição Federal de 1988, como preceitua o artigo 5º, inciso XLIX. Observe o exto constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos

seguintes:

(...)

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...)

Como Mirabete (2000, p. 31) aponta:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como prisão, os centros de execução penal, as penitenciárias tendem a converter-se num microcosmos na qual se reproduzem e se agravam as graves contradições que existem no sistema social exterior. (...) A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário,

43

estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre uma função ressocializadora.

Na realidade, além do sistema penitenciário não ressocializar o condenado, ainda permite que estes condenados criem suas próprias normas para disciplinar o convívio nas penitenciárias, a exemplo de não aceitar no convívio interno o condenado que pratica o crime de estupro.

De acordo com observação feita por Vasconcelos (2007) apud Miguel (2013), um dos motivos principais que leva a prisão a ser da forma atual é o modelo escolhido. O modelo brasileiro possui um caráter de suposta proteção dos cidadãos e da defesa social (do patrimônio e dos indivíduos). Esse modelo ignora o transgressor e sua possível ressocialização, já que se importa com aqueles que estão fora do sistema, buscando a segurança desses através da privação da liberdade dos indivíduos considerados perigosos para a coletividade.

Como Ribamar (2003) apud Miguel (2013, p.55) aponta:

“No Sistema Penitenciário, a maioria das vezes os prisioneiros ou prisioneiras estão

* inteira disposição dos guardas de presídios, um tribunal interno sem regras fixas, sem defesa que, ‘condena’ os internos ao isolamento ou a castigos diversos”. Ele ainda menciona que “mesmo as iniciativas que visam à formação educacional e profissional dentro das instituições carcerárias possuem, sobretudo, o objetivo de preenchimento do ócio dentro da unidade, não se constituindo efetivamente em instrumento de reeducação dos indivíduos.

Pode-se afirmar que sistema penitenciário que se apresenta na atualidade só não deixa de garantir tratamento digno aos condenados, como também contribui para o aumento da violência, coloca em risco a integridade física no mundo externo.

**3.3 Hipóteses recorrentes em que o consentimento da vítima descaracteriza o crime de**

**estupro de vulnerável**

Na questão do estupro de vulnerável menor de 14 anos, observando as recentes decisões nos tribunais brasileiros, nota-se que em alguns casos, o consentimento da vítima descaracteriza o crime de estupro de vulnerável, tanto nas decisões monocráticas como nas decisões de colegiados.

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha firmado sob o rito dos recursos repetitivo (artigo 543-C do Código Processo Civil), posicionamento de o consentimento da

44

vítima menor de 14 anos é irrelevante para a descaracterização do crime de estupro de vulnerável, há alguns casos em que o consentimento deve ser considerado, como na hipótese de namoro.

**3.3.1 Erro de tipo**

O dispositivo legal relativo o erro de tipo está consagrado no artigo 20 e parágrafos, do Código Penal, como se pode verifica:

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

* 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.
* 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.
* 3**º** - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Segundo Greco (2014, p. 302), o erro de tipo está na conduta do agente que comete um fato criminoso desconhecendo o tipo penal. Na verdade, é quando alguém pratica uma conduta sem ter consciência de que está cometendo uma figura típica, sem a vontade própria e consciente de cometer o ato ilícito.

Segundo o referido autor, o erro de tipo tem por consequência excluir o dolo do agente, se não houve vontade e consciência por parte do agente em praticar a conduta. Se afastado o dolo, bem como a culpa, o fato deixa de ser típico.

Desta forma, é preciso que o julgador esteja atento para detectar os casos de erro de tipo, dependendo do caso concreto pode o acusado até ser absolvido.

Segundo doutrinador Guilherme de Souza Nucci em sua obra Código Penal Comentado (2010, p. 967), para configurar o erro de tipo no crime de estupro de vulnerável é preciso que o agente tenha mantido relação sexual com pessoa de aparência avantajada, pessoa que tenha 12 ou 13 anos, acreditando ter mantido relação sexual com pessoa maior de 14 anos. No caso concreto, sendo possível o engano, a lei impõe ao julgador o reconhecimento do erro de tipo como escusável do crime, como se vê no Código Penal, no *caput* do artigo 20– “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo,mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”.

45

Há casos nos tribunais em que o julgador tem reconhecido em suas decisões o consentimento da vítima de 14 anos para descaracterizar o crime de estupro de vulnerável, bem como a circunstância de o vulnerável apresentar porte físico superior à idade que realmente possui, o corpo avantajado, bem definido, incompatível com a verdadeira idade.

Nessa linha de raciocínio, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás reconhece a presunção de vulnerabilidade relativa de acordo com o caso concreto, confira:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE RELATIVIZADA ANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. EXPERIÊNCIA SEXUAL ANTERIOR. CONSENTIMENTO DA MENOR. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. Se o substrato probatório produzido revela que a vítima já possuía vida sexual ativa, sua aparência condizia com idade superior a real, bem como tinha conhecimento, discernimento e capacidade de resistir à conjunção carnal com ela praticada, à qual consentiu, a absolvição, em tais casos, é a medida mais sensata, dada a atipicidade material da conduta (art. 386, inciso III, CPP). APELO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. (TJGO, APELACAO CRIMINAL 219617-83.2013.8.09.0032, Rel. DES. ITANEY FRANCISCO CAMPOS, 1A CAMARA CRIMINAL, julgado em 04/02/2014, DJe 1493 de 26/02/2014).

A partir desses feitos, pode-se dizer que ainda continua o debate em torno da antiga presunção de violência relativa, agora inserida na lei 12.015/2009, como vulnerabilidade, seria ou não relativa, a possibilidade de reconhecimento da capacidade do vulnerável em consentir com a relação sexual, levando o fato à atipicidade e, por consequência, à absolvição do acusado.

**3.3.2 Namoro ou constituição de família**

Ainda observando as decisões nos tribunais brasileiros, percebe-se que o fato de o acusado estar namorando a vítima, ou com o intuito de constituir família também é recorrente para descaracterização da vulnerabilidade do menor de 14 anos, que pratica relação sexual com seu parceiro como fruto do relacionamento amoroso, por livre e espontânea vontade.

A propósito, observe o acórdão em que os Desembargadores da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, depois de relatar e discutir os autos, acordaram pela negativa do provimento ao apelo do Ministério Público, por unanimidade:

APELAÇAO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUE CEDE DIANTE DAS PARTICULIRIDADES DO CASO CONCRETO. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE AS PARTES, COM CÓPULA CONSENTIDA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. PARECER MINISTERIAL ACOLHIDO. Inviável a condenação apenas com base na equivocada ideia de que a presunção de violência

46

nos crimes sexuais seja absoluta. Caso em que a prova dos autos deixou clara a prévia relação de namoro entre as partes, de conhecimento de ambas as famílias, bem como a prática livre e consentida de relação sexual entre réu e ofendida, ambos jovens e com pouca diferença de idade. Contexto fático que não evidencia situação a configurar vulnerabilidade e ofensa à liberdade/dignidade sexual, não atraindo o interesse do Direito Penal. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. UNÂNIME. (APELAÇÃO CRIME, SEXTA CÂMARA CRIMINAL, N° 70050178045, COMARCA DE SÃO LEOPOLDO, TJRS).

Nessa decisão, a circunstância relevante não está na questão de ser o ofendido menor de 14 anos, para configurar o crime de estupro de vulnerável, outras situações devem ser analisadas no caso concreto, como a real vulnerabilidade do menor, a razão para o envolvimento de ambos (namoro/união estável), a pouca idade do acusado em relação à vítima, consentimento dos pais para o namoro.

47

**CONSIDERAÇOES FINAIS**

Importante lembrar que a Lei 12.015/2009 alterou o Título referente aos crimes sexuais. A aplicação desta lei acarretou intensas mudanças no cenário penal do Brasil, as quais também foram elemento de estudo deste trabalho.

Nota-se que o estupro se manifesta de diferentes formas, não se restringindo, portanto, ao comportamento de se constranger a vítima a praticar conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso. Caracteriza-se o estupro também quando a vítima, apesar de visivelmente aprovar o ato, não está em plenas condições de oferecer resistência. Nesse caso, trata-se do chamado estupro de vulnerável (artigo 217-A, §1º, Código Penal), tema discutido ao longo deste estudo.

Alguns estudiosos entendem que, para que haja a caracterização do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o autor tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. Pela letra da lei o consentimento da vítima, sua casual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o autor e a vítima não afastam a ocorrência do crime. Entendendo melhor, caso a vítima já tenha tido outras relações sexuais ou mesmo tenha um relacionamento amoroso com o acusado, ainda assim a prática será considerada crime. Não consideram as mudanças frequentemente ocorridas na sociedade, como por exemplo, as hipóteses de experiência sexual da vítima, de sua aparência e compleição física, das circunstâncias e contexto do fato, quem é o agente e sua relação com vítima, e demais circunstâncias presentes no fato concreto.

Para alguns doutrinadores, o crime de estupro existe com ou sem consentimento da vítima, com ou sem violência ou grave ameaça, uma vez que, tanto o consentimento quanto a violência não são elementos essenciais, mas acidentais do tipo.

Para que se configure estupro de vulnerável pressupõe, ademais, que o autor tenha ciência da espécie legal de vulnerabilidade, pois, do contrário, não agirá dolosamente, ou seja, erro de tipo. Lembrando Greco (2011), o simples fato de ter conjunção carnal ou prática de outro ato libidinoso com pessoa considerada vulnerável, mesmo com o consentimento desta, já importa na prática do crime.

A vulnerabilidade do menor de 14 anos está no simples fato da pessoa ser de idade inferior 14 anos, presume-se tratar de pessoa desprovida de maturidade para validar o consentimento do ato sexual.

48

Diante do caso concreto, descaracteriza o estupro de vulnerável, decorrente de relacionamento amoroso, sendo as relações sexuais consentidas pela vítima, bem como o fato de estarem convivendo em "união estável", e com pretensão de contrair matrimônio. Portanto, considera-se que a vulnerabilidade da vítima, dependendo da época dos fatos, ser relativa, e assim, uma das elementares desse tipo de estupro deixaria de existir e, por consequência, induz ao erro de tipo, hipótese prevista no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

O conteúdo da decisão, se caracteriza ou não estupro de vulnerável, em casos que o consentimento da vítima é, sem dúvida, polêmico e tende a ser objeto não só de elogios, mas também de críticas. Os elogios certamente orientar-se-ão na matéria de que é preciso levar em conta o comportamento das vítimas de crimes sexuais, apresentar porte físico superior à idade que realmente possui, o corpo avantajado, bem definido, incompatível com a verdadeira idade. Já a crítica deverá persistir em que há, sim, ofensa juridicamente importante na relação sexual com menor de 14 (catorze) anos, porque se deve proteger a criança e o adolescente no seu desenvolvimento mental e comportamental, que ainda se encontra incompleto.

Importante destacar que, outras circunstâncias devem ser avaliadas no caso concreto como a real vulnerabilidade do menor, a razão para o envolvimento de ambos (namoro/união estável), a pouca idade do acusado em relação vítima, consentimento dos pais para o namoro.

49

**REFERÊNCIAS**

ABREU, Jusélia Quadros de, SILVA, Mariana de Oliveira. **Estupro de vulnerável:** crime hediondo. uma análise de seus elementos constitutivos e principais discussões que envolvem

1. tipo penal. Disponível em http://www.webartigos.com/artigos/estupro-de-vulneravel-crime-hediondo-uma-analise-de-seus-elementos-constitutivos-e-principais-discussoes-que-envolvem-o-tipo-penal/67198/ Acesso em 05 jun 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.

São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

**Abuso Sexual**: mitos e realidade. Revista Abrapia - Associação Brasileira Multiprofissional

de Proteção à Infância e Adolescência. São Paulo: Agentes associados, 2002.

ARANTES, M. **A afetividade no vínculo mãe e filha de adolescentes vítimas de abuso** **sexual**. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica e Cultura). Universidade de Brasília.Brasília. 2009.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990.

Brasília: Senado Federal, 1990.

BRASIL. **Constituição (1988**). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado,1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14 ed. São Paulo:

Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

CERVINI, RAÚL. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial**: dos crimes contra a

dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Artigo científico. **A Objetividade Jurídica Nos Crimes Contra a**

**Dignidade** sexual. Disponível em:emhttp://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con\_id=5647. Acesso em 21 set 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

D’URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

50

FALEIROS, V.P. **Abuso sexual em crianças e adolescentes**: trama, drama e trauma. Em

L.F. Costa & T.M.C. Almeida (Orgs), Violência no cotidiano: do risco à proteção. Brasília:

Líber/Universa, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 6 ed.

Curitiba: Positivo,2006.

Gonçalves, Victor Eduardo Rios. **Dos crimes contra a dignidade sexual aos Crimes contra** **administração.** Vol. 10, 15° ed. São Paulo: 2011.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães*.* **O princípio da proporcionalidade no Direito** **penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_..**Direito penal esquematizado** : parte especial / São Paulo :

Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial, volume III**. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_.**Curso de direito penal: parte especial, volume III**. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GRECO, ROGÉRIO. **Curso de direito penal**. vol.1. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_.**Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal.

Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**.

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, C. M. Infância Ferida. **O vínculo da criança abusada sexualmente em seus** **diferentes espaços sociais**. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica e Cultura).Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família** . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: . http://jus.com.br/artigos/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia Acesso em 20 set 2015.

MAIA, F.de O.M. (2011). **Vulnerabilidade e envelhecimento: panorama dos idosos** **residentes no município de São Paulo - Estudo SABE, 21-23,31-34,43-47.** Tese deDoutorado em Enfermagem na Saúde do Adulto. Escola de Enfermagem, Universidade de São Paulo, São Paulo (SP). Disponível em:http:// www. teses. usp. br/ teses/ disponiveis /7/7139/tde-24102011-080913/Acesso em 15 set 2015.

MARTHA RABELO, Graziele. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=6990>. Acesso em set 2015.

51

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo:

Malheiros, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, Vol. 2:** parte

especial Arts. 121 a 234-B do CP**.** São Paulo: Atlas, 2011.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos**: texto, comentários e aspectos polêmicos.

São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra Dignidade Sexual.** Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Código penal comentado.** Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

PRADO, Luiz Regis**. Curso de Direito Penal brasileiro.** Parte Geral, v. 1. 7. São Paulo: RT, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANCHES, Mário Antonio. **Bioética e planejamento familiar**: perspectivas e escolhas.

Petropólis: RJ,2014. Disponível em:

https://books.google.com.br/books?id=UugbBAAAQBAJ&pg=PT13&lpg=PT13&dq=a+vuln

erabilidade+moral+++%C3%A9+entendida+como&source=bl&ots=3X\_nomE3Oy&sig=28M

nmqx8\_T1MimSaQukceBxHbt8&hl=ptBR&sa=X&ved=0CDcQ6AEwBGoVChMI6dbP77v8

xwIVxI6QCh0TkgpT#v=onepage&q=a%20vulnerabilidade%20moral%20%20%20%C3%A9

%20entendida%20como&f=false Acesso em 15 set 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra Dignidade Sexual.** Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Código penal comentado.** Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

PRADO, Luiz Regis**. Curso de Direito Penal brasileiro.** Parte Geral, v. 1. 7. São Paulo: RT, 2007.