

DA (IM)POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE SEXUAL PREVISTO NO ARTIGO 217-A, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL¹

Stéfani Bataioli Kemmerich²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do maior de 12 e menor de 14 anos, considerando o pretense caráter absoluto atribuído ao artigo 217-A, *caput*, do Código Penal. Para tanto, perfaz-se um breve histórico do delito de estupro, analisando-se o crime à luz da presunção de violência preconizada pelo revogado artigo 224 do Código Penal, bem como a divisão de opiniões da doutrina no que toca ao caráter absoluto ou relativo da presunção. Após, faz-se um breve apontamento acerca das elementares do tipo penal do artigo 217-A do Código Penal, tratando-se dos seus elementos objetivo e subjetivo, sujeitos e ação penal cabível. Estudam-se, ainda, as posições doutrinárias após o advento da figura do estupro de vulnerável, considerando-se o conceito de criança e adolescente trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Passo seguinte, discute-se a possibilidade de se atribuir validade ao consentimento da vítima vulnerável para o ato sexual. Finaliza-se optando por acompanhar o pensamento doutrinário que enfatiza a necessidade de aproximar o intérprete do Direito à realidade social no momento de aplicação da norma penal, relativizando-se a vulnerabilidade do maior de 12 e menor de 14 anos, excluindo-se a tipicidade da conduta quando não lesado o bem jurídico tutelado pela norma.

Palavras-chave: Presunção de violência. Lei n.º 12.015/2009. Estupro de vulnerável. Art. 217-A do Código Penal. Consentimento. Relativização da vulnerabilidade sexual.

¹ Artigo elaborado a partir do Trabalho de Conclusão apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora composta pelos professores: Rogério Maia Garcia (orientador), Fernanda Corrêa Osório e Marcos Eberhardt, em 23 de junho de 2016.

² Acadêmica de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: tefi.bataioli@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a violência sexual contra crianças e adolescentes é uma prática crescente e assustadora no Brasil, expondo os menores à prostituição, ao turismo sexual e à pornografia, bem como a outras formas de exploração de mesma natureza. Como tentativa de solucionar o problema, instaurou-se, no ano de 2003, Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) com a finalidade de investigar a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes no Brasil. Tal CPMI culminou na elaboração do Projeto de Lei no Senado nº 253/04, cuja finalidade foi adaptar o diploma penal brasileiro à nova realidade social do país, originando-se, assim, a Lei nº 12.015/2009.

Das modificações acarretadas pela edição da referida lei, grande parte dedicou-se a oferecer maior proteção àqueles que não atingiram a maioria. Nesse compasso, tipos penais foram criados e outros, por sua vez, foram revogados, a exemplo do instituto da presunção de violência, que acabou substituído pela figura do estupro de vulnerável, tipificada no artigo 217-A do Código Penal. Dentre os sujeitos passivos do delito encontra-se a vítima maior de 12 e menor de 14 anos de idade, a qual representa o foco do presente artigo.

Pretende-se, portanto, analisar o tipo penal denominado estupro de vulnerável, instituído pela Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, versando sobre a possibilidade de relativizar o conceito de vulnerabilidade sexual, a partir do entendimento da doutrina e jurisprudência sobre o tema, focando-se, sempre, na vulnerabilidade em razão da idade da vítima; ou seja, no adolescente maior de 12 e menor de 14 anos.

Para isso, discorrer-se-á de forma breve sobre a evolução histórica do delito de estupro, com o objetivo de demonstrar a evolução da legislação para acompanhar a realidade social. Será contextualizada, também, a presunção de violência sob a égide do revogado artigo 224 do Código Penal, bem como apresentados os fundamentos da doutrina e da jurisprudência que defendem o caráter absoluto ou relativo de tal presunção.

Ato contínuo, serão abordados o fim da presunção de violência no ordenamento jurídico brasileiro e o surgimento do conceito de vítima vulnerável, analisando-se o novo tipo do artigo 217-A do Código Penal a partir do seu objeto material, bem jurídico tutelado, elementares do tipo, sujeitos, consumação e tentativa, formas qualificadas do delito, ação penal cabível e a hediondez prevista na Lei nº 8.072/1900.

No momento seguinte, o artigo discutirá a possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do maior de 12 e menor de 14 anos, problematizando-se a opção do legislador ao tentar encerrar a discussão quanto à natureza da presunção de violência, e

apontando-se os principais argumentos que ainda dividem a doutrina entre os que defendem o caráter absoluto da vulnerabilidade e os que defendem seu caráter relativo. Serão assinalados, ainda, os conceitos de adolescente trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como forma de atribuir validade ao consentimento do vulnerável em função da idade. Por fim, sem a pretensão de esgotar a discussão acerca do assunto, abordar-se-á a vulnerabilidade da vítima do crime de estupro no PLS nº 236/2012 – Anteprojeto do Código Penal.

1. O ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Durante o período colonial, eram aplicadas no território brasileiro as Ordenações portuguesas. Nas Ordenações Filipinas, ao autor do delito de conjunção carnal obtida forçosamente (sem rotular de estupro) aplicava-se a pena de morte³, independentemente de a vítima ser mulher honesta ou prostituta, e nem o casamento posterior com a vítima escusava o agente da pena.⁴ Para o delito de estupro voluntário, obrigava-se o agente ao casamento se assim concordasse a mulher⁵; na impossibilidade do casamento, deveria o homem constituir um dote para a vítima e, não dispondo de bens e não sendo fidalgo ou pessoa de qualidade, era açoitado e degredado.⁶

O Código Criminal do Império (1830) trazia em sua Parte III, Título II, Capítulo II, os crimes contra a segurança da honra, punindo toda espécie de cópula carnal por meio de violência ou grave ameaça com qualquer mulher honesta com pena de prisão por três a doze anos e de dotar a ofendida.⁷ O sujeito passivo do delito continuava sendo apenas a mulher,

³ Depreende-se do texto do Título XVIII do Livro V que havia exceção à aplicação da pena de morte no caso do agente que dormia por força com prostituta ou com escrava, visto que não se faria a execução do condenado até que se comunicasse ao rei a sentença: “E posto que esta Ord. Use das palavras – morra por ello: esta pena deve-se entender de morte natural; por quanto aqui declara a Ord, que não se faça execução de morte, até que se communique ao Rey a sentença.” (Livro V das Ordenações do Reino. **Código Filipino**. Título XVIII, nota número (6). Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1168.htm>>. Acesso em: 07 fev. 2016).

⁴ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 109; MESTIERI, João. **Do delito de estupro**. São Paulo: RT, 1982, p. 9; FAYET, Fabio Agne. O delito de estupro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 25; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 103.

⁵ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 111.

⁶ PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 234)**. São Paulo: RT, 2005, p. 755.

⁷ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 103; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte especial**. São Paulo: RT, 2005, p. 755.

porém discriminava-se a mulher honesta da prostituta para fins de aplicação da pena⁸, punindo-se de forma mais branda o crime cometido contra a última, fato que demonstrava a importância da honestidade como elemento do tipo penal. No tocante à presunção de violência nada referia o primeiro código penal brasileiro.

O Código Penal Republicano (1890) conceituou o delito de estupro no seu artigo 269⁹. Permaneceu a distinção entre mulher honesta e prostituta quanto à pena cominada, fomentando a discussão acerca da reprovação moral do comportamento da vítima.¹⁰ Foi, ainda, no artigo 272¹¹ do diploma de 1890 que surgiu a primeira disposição acerca da presunção de violência nos crimes sexuais, com o intuito de resguardar menores de dezesseis anos.

O Código Penal Brasileiro de 1940, vigente até hoje, contemplou o delito de estupro no seu artigo 213¹², dessa vez com redação mais simples e precisa, mas, ainda assim, alvo de crítica pela doutrina da época.¹³ Permanecia o homem como único sujeito ativo do estupro, assim como apenas a mulher era vítima.¹⁴ O crime de atentado violento ao pudor, por sua vez, foi previsto no artigo 214¹⁵ do Código. A violência presumida, ainda, veio exposta no artigo 224¹⁶ do diploma criminal.

A última modificação ocorrida no âmbito da tutela jurisdicional da dignidade sexual deu-se com o advento da Lei nº 12.015/2009, que promoveu a união das figuras do estupro e

⁸ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2.ed. São Paulo: RT, 2001, p. 261.

⁹ Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego de força physica como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral, os anestheticos e narcóticos. (PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2.ed. São Paulo: RT, 2001, p. 303).

¹⁰ MESTIERI, João. **Do delito de estupro**. São Paulo: RT, 1982, p. 11-12.

¹¹ Art. 272. Presume-se commettido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa ofendida fôr menor de 16 annos. (PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 303).

¹² Art. 213. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito annos. (PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 476).

¹³ Na opinião de Mestieri, “O verbo constranger não é adequado para definir o ato de estuprar e, por ser genérico, foi logo seguido das expressões limitativas “por violência” e “ou grave ameaça”, de vez que o legislador não pretendeu contemplar, como meio executivo, a fraude. Melhor seria houvesse empregado um verbo que expressasse o núcleo do tipo, explicitando, em seguida, os meios executivos.” (MESTIERI, João. **Do delito de estupro**. São Paulo: RT, 1982, p. 13).

¹⁴ HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. v. 8. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959, p. 124-125.

¹⁵ Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena: reclusão de dois a sete annos. (PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 476).

¹⁶ Art. 224. Presume-se violência, se a vítima: a) não é maior de catorze annos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. (PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 477).

do atentado violento ao pudor, culminando na atual redação do artigo 213 do Código Penal. Além disso, foi revogada a presunção de violência contida no antigo artigo 224, criando-se, em substituição, um tipo penal autônomo, cuja finalidade é tutelar as vítimas consideradas vulneráveis: o artigo 217-A17 do Código Penal.

2. A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO CÓDIGO PENAL DE 1940

O instituto da presunção de violência foi inserido na legislação pátria pelo Código Penal de 1890 a fim de proteger menores de dezesseis anos. Posteriormente foi mantido pelo Código Penal de 1940, que, além de estender a proteção a outros indivíduos também considerados frágeis, reduziu o limite de idade de dezesseis para catorze anos. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor eram combinados com a figura da presunção de violência nos casos estampados pelo artigo 224, *in verbis*:

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

- a) não é maior de catorze anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.¹⁸

A justificativa para a redução do limite etário deu-se na exposição de motivos do Código Penal ainda vigente:

[...] Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz, para o efeito de presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso único de ser a vítima menor de dezesseis anos). Com a redução do limite de idade, o projeto atende a evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, e a innocentia consilii do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica,

¹⁷ 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. §1.º. 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 possa oferecer resistência. §2.º (vetado). §3.º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. §4.º Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 fev. 2016).

¹⁸ BRASIL. Código Penal (1940). Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 09 fev. 2016.

bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem.¹⁹

Tal instituto tratava-se de uma ficção jurídica²⁰ a qual dispunha que o simples fato de manter relação sexual com mulher não maior de catorze anos bastava para configurar o tipo penal, mesmo ante a ausência de violência real ou grave ameaça e ainda que precedido de consentimento expresso e inequívoco da menor.²¹ Nesse ponto, Maria Lúcia Karam²² afirma que a moral pública sexual ultrapassada operou a substituição do constrangimento - que configura o delito de estupro - por uma suposta incapacidade de consentir da pessoa ofendida (ficção jurídica), caracterizando-se uma presunção de violência, que, na verdade, significa a “previsão de um crime de desobediência à moralidade, em que o preceito poderia ser lido assim: é proibido manter relações sexuais com qualquer pessoa que não tenha completado quatorze anos”.

Embora o intuito por trás da lei fosse o de proteger a vítima, o tema desde logo despertou debates, fazendo com que parte da doutrina²³ questionasse a (in)adequação do limite etário de catorze anos com a realidade social do momento.

Inicialmente, discutia-se o fato de se considerar válida uma presunção em desfavor do réu, contrariando a presunção de inocência do mesmo. É nesse sentido a lição de Luiz Flávio Gomes²⁴ ao defender a incompatibilidade do instituto da presunção de violência com o Direito Penal da culpa, o qual não se concilia com presunções fáticas. Para o autor, violência é fato e, como tal, jamais pode ser presumido em prejuízo do agente.

Tal perspectiva é acompanhada por Luiz Vicente Cernicchiaro²⁵, que defende a inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. Para ele, o crime é impensável sem seu elemento subjetivo, pois a infração penal é indissolúvel da conduta que, por sua vez, reflete a vontade do agente.

¹⁹ BRASIL. Exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmecp_parte_especial.pdf> Acesso em: 09 fev. 2016.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais.** São Paulo: RT, 2001, p. 17.

²¹ MESTIERI, João. **Do delito de estupro.** São Paulo: RT, 1982, p. 30.

²² KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. In: **Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade.** Rio de Janeiro: ICC/Revan, v. 1, n. 2, 1996, p. 281.

²³ KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. In: **Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade.** Rio de Janeiro: ICC/Revan, v. 1, n. 2, 1996, p. 278; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro.** v. 3. São Paulo: RT, 2001, p. 252.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais.** São Paulo: RT, 2001, p. 19.

²⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição.** 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1995, p. 95.

Maria Lúcia Karam²⁶ igualmente defende ser vedado ao Direito trabalhar com presunções em matéria penal, eis que sempre estão em discussão a liberdade e a dignidade do indivíduo. A autora aponta que a intervenção do sistema penal, no que concerne à sexualidade, deveria ser restrita à “exclusiva criminalização de relações obtidas através do real constrangimento do outro, não podendo haver lugar para qualquer presunção, pois presunções não passam de ficções [...]”.

Em um segundo momento, a divergência deu-se em torno da natureza dessa presunção de violência, se seria absoluta (não comportando prova em contrário) ou relativa (admitindo prova em contrário), especialmente quanto ao critério etário utilizado pelo legislador: a menina com doze ou treze anos que mantivesse relação sexual com um maior de dezoito anos estaria, necessariamente, sendo vítima do delito de estupro? Sendo absoluta a presunção, a resposta seria positiva. Sendo relativa, dependeria de prova.

Para os defensores da presunção *juris et de jure*, constituía dever do julgador condenar o agente caso a vítima estivesse enquadrada em uma das hipóteses do artigo 224 do Código Penal. Nessa conjectura, a conduta seria típica ainda que a ofendida consentisse com a prática sexual, visto que seu consentimento não possuía qualquer valor em razão de sua *innocentia consilii*, não havendo possibilidade de prova em sentido contrário.

O entendimento possui como base um positivismo legalista, não se admitindo qualquer concessão quanto à liberdade sexual da criança e do adolescente, e dentre seus defensores estão Paulo José da Costa Júnior²⁷, João Mestieri²⁸, Rogério Greco²⁹ e Bento de Faria³⁰.

Tal posicionamento adequava-se à moral pública sexual predominante à época de elaboração do Código Penal de 1940, mostrando-se coerente com uma ideologia patriarcal fundada nas relações de dominação do homem sobre a mulher. O controle sobre a sexualidade feminina era expresso por meio da previsão de tipos penais com vitimização exclusiva da mulher, a exemplo da utilização das expressões “mulher honesta” e “mulher virgem”³¹ e da diferenciação legal acentuada entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor.

²⁶ KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. In: **Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: ICC/Revan, v. 1, n. 2, 1996, p. 281.

²⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 621.

²⁸ MESTIERI, João. **Do delito de estupro**. São Paulo: RT, 1982, p. 29-30 e 32.

²⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. vol. 3. 9. ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 531.

³⁰ FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro Comentado: Parte Especial**. v. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1959, p. 71-72.

³¹ Observa-se que as expressões “mulher honesta” e “mulher virgem” constituíam o tipo penal dos artigos 215 (posse sexual mediante fraude) e 216 (atentado ao pudor mediante fraude) do Código Penal de 1940, em sua redação original. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 10 mai. 2016).

Vigorava a “lógica da honestidade”³², podendo ser entendida como uma sublógica da seletividade do sistema penal, eis que se estabelece uma verdadeira divisão entre mulheres consideradas honestas e desonestas. A prostituta, classificada como mulher desonesta, era excluída da proteção penal por não se enquadrar ao padrão moral sexual imposto pela sociedade patriarcal, traduzindo visão claramente discriminatória da mulher.³³

A corrente defensora da presunção *juris et de jure* ganhava apoio da jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça³⁴, a qual entendia ser irrelevante o comportamento reprovável da vítima ou sua inocência para a configuração do crime.³⁵

A rigidez interpretativa da corrente que adotava a presunção absoluta de violência foi alvo de severas críticas pela parte da doutrina que defendia o caráter relativo da presunção, dentre ela Magalhães Noronha³⁶, Luiz Régis Prado³⁷, Damásio de Jesus³⁸, Júlio Fabbrini Mirabete³⁹ e Guilherme de Souza Nucci⁴⁰.

Para Nelson Hungria⁴¹, a prova de que a presunção da letra “a” do artigo 224 é *iuris tantum* foi a supressão proposital, por parte da Comissão Revisora do Projeto Alcântara Machado, da qual foi membro, da expressão “não se admitindo prova em contrário”.

Havia quem sustentasse a possibilidade de relativização com base na experiência sexual e vida pregressa da menor de catorze anos⁴², em posicionamento que tutela a moral

³² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 147.

³³ KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. In: **Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: ICC/Revan, v. 1, n. 2, 1996, p. 280.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt 116.649-5/PR**. 1988. Relator: Min. Octavio Gallotti (Primeira Turma). Julgado em 9 de setembro de 1988; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 93.263/RS**. 2008. Relator: Min. Carmen Lúcia. Primeira Turma. Julgado em 19 fev. 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 94.818/MG**. 2008. Rel. Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgado em 24 jun. 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 81.268/DF**. 2001. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Julgado em 16 out. 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 79.788/MG**. 2000. Rel. Min. Nelson Jobim. Segunda Turma. Julgado em 2 mai. 2000; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 76.246/MG**. 1998. Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma. Julgado em 13 fev. 1998; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 77.018/SC**. 2008. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgado em 17 abr. 2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 86.808/DF**. 2008. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Quinta Turma. Julgado em 11 set. 2008.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt 108.267-4/PR**. 1989. Relator: Min. Sydney Sanches Primeira Turma. Julgado em 21 mar. 1989.

³⁶ NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal**. v. 3, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 129-130.

³⁷ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 3. São Paulo: RT, 2001, p. 252.

³⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 3.v. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 141.

³⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. v. 2. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 450-451.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 771-772.

⁴¹ HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. v. 8, 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959, p. 240.

⁴² JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. v. 3. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 133; PRADO, Luiz Régis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina: jurisprudência selecionada: leitura indicada. São Paulo: RT, 2002. p. 757; PRADO, Luiz Régis Prado. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V. 3. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 252.

sexual como se a honestidade fosse elementar do crime, evidenciando um entendimento atrelado aos valores preconizados pelo Código Penal de 1940 em sua redação original.

Outra fração da doutrina⁴³ entendia pela possibilidade de relativizar a presunção de violência com base na capacidade de discernimento da menor, defendendo, assim, ser viável atribuir validade ao seu consentimento⁴⁴.

Defensora dessa corrente, Maria Lúcia Karam⁴⁵ bem aponta que a intervenção do sistema penal deve limitar-se a proteger a pessoa sem atentar contra sua liberdade, de forma que permita a cada indivíduo o livre exercício de sua sexualidade; caso contrário, corre-se o risco de a norma funcionar como inibidora da sexualidade daqueles que supostamente diz resguardar. A autora observa:

Supor que um adolescente, com doze ou treze anos, é incapaz de consentir na manutenção de relações sexuais, de escolher como viver sua sexualidade, significa negar-lhe o direito à liberdade de que inegavelmente é titular, para tratá-lo como se coisa fosse, submetido a concepções morais dominantes na sociedade ou adotadas por seus pais ou responsáveis, concepções que, por mais acertadas que possam parecer a alguns ou à maioria, podem não ser as correspondentes às suas opções pessoais.⁴⁶

Em que pese concordemos com a corrente doutrinária que defendia a necessidade de relativização da presunção de violência, discordamos do argumento trazido por Guilherme de Souza Nucci de que só se admite o caráter relativo da presunção em hipóteses excepcionais, como por exemplo no caso da menor de 13 anos, prostituída, que já teve inúmeros contatos sexuais, com ciência da comunidade e de seus pais, e, por isso, não pode ser considerada incapaz de dar seu consentimento. Por essa razão, o autor defende que não seria razoável punir o agente por estupro caso mantivesse relação sexual com a jovem. A nosso ver, o argumento revela-se preconceituoso no momento em que afasta o caráter absoluto pelo simples fato de ser a jovem prostituta, e não por entender possível atribuir validade ao seu consentimento. Nucci considera, em suma, “a presunção absoluta para a maioria dos casos, especialmente para as pessoas menores de 12 anos; relativa para as situações excepcionais, voltadas aos adolescentes, pessoas maiores de 12 anos”. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 771-772).

⁴³ PRADO, Luiz Régis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina, jurisprudência selecionada, leitura indicada. São Paulo: RT, 2002, p. 757; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 69; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 771-772.

⁴⁴ Quanto à capacidade de consentir, consistente na renúncia à proteção penal de bens jurídicos disponíveis, Juarez Cirino dos Santos assinala que “[...] depende da capacidade concreta de compreensão ou de juízo do titular do bem jurídico afetado, determinável como questão de fato independente da idade do portador do bem jurídico. [...] Não obstante, como parecem sugerir os crimes sexuais, a idade é o primeiro indicador de capacidade de consentimento destipificante ou justificante em Direito Penal. [...] A capacidade de consentimento deve existir como capacidade concreta de compreensão do significado e da extensão do ato consentido, ou seja, da natureza e das consequências da renúncia ao bem jurídico respectivo.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005, p. 189-193).

⁴⁵ KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. In: **Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: ICC/Revan, v. 1, n. 2, 1996, p. 281-282.

⁴⁶ KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. In: **Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: ICC/Revan, v. 1, n. 2, 1996, p. 282.

Faz-se necessário questionar o tratamento que a lei penal confere às questões relacionadas à sexualidade, criticando-se o controle exercido sobre a sexualidade feminina, expresso pelos dispositivos legais de caráter discriminatório que promoviam a vitimização exclusiva da mulher⁴⁷, colocando-a como ser inferior que pode ser levada pela sua inexperiência em assuntos sexuais:

Os defasados dispositivos contidos na Parte Especial do Código Penal Brasileiro, concernentes a estas questões, claramente derivam da ideologia patriarcal, que, fundada nas relações específicas de dominação, estabelecidas no plano individual pela subordinação entre gêneros, se expressa, fundamentalmente, no controle da sexualidade feminina, através de seu aprisionamento na função reprodutora. [...] Não se esgota, assim, o controle sobre a sexualidade feminina, em suas formas mais visíveis, mais óbvias, expressas em dispositivos legais que, além de trabalharem com a vitimização exclusiva da mulher, desta apresentam uma visão discriminatória, supondo-a um ser inferior, não plenamente capaz de discernimento, [...] se consagra a ideia de que, tratando-se de pessoa do sexo feminino, a prática de atos sexuais pode ser fruto de engano, [...] com qualquer idade – se não virgens e ingênuas adolescentes, pelo menos honestas -, induzidas por alguma espécie de fraude, certamente, de difícil exemplificação, mesmo ao nível do imaginário.⁴⁸

Márcio Bártoli⁴⁹ sustentou que a conquista da liberdade e autodeterminação sexual é processo dinâmico que pode, em determinados casos, perfazer-se antes de qualquer limiar etário fixado pela legislação. Para ele, demonstra manifesta impropriedade o fato de uma pessoa adquirir capacidade para decidir validamente sobre sua vida sexual ao atingir uma determinada idade, mas estar proibida, pela lei, de fazê-lo até a véspera de completar tal idade. Essa rigidez vai contra a lógica e o bom senso, eis que incabível a passagem brusca da total privação de liberdade sexual para o pleno exercício dessa liberdade.

Para Luiz Flávio Gomes, depois de sancionado o Estatuto da Criança e do Adolescente (que considerou adolescente a pessoa entre doze a dezoito anos⁵⁰), é inadmissível a tese da ficção jurídica fundada na incapacidade da menor de consentir validamente. Indagou o autor se a adolescente de treze anos tem ou não tem capacidade para compreender o sentido ético do ato sexual: na valoração do Código Penal, de 1940, não; mas pelo ECA, numa valoração

⁴⁷ Considerando que até o advento da Lei nº 12.015/2009 apenas a mulher poderia ser vítima de estupro.

⁴⁸ KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. In: Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: ICC/Revan, v. 1, n. 2, 1996, p. 279.

⁴⁹ BÁRTOLI, Márcio. A Capacidade de Autodeterminação Sexual da Vítima como Causa de Relativização da Presunção de Violência. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 678, abr.1992. p. 411.

⁵⁰ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. (BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016).

de 1990, sim. Para Maria Lúcia Karam⁵¹ o ECA também deixou clara a distinção entre criança e adolescente, reconhecendo que o este último tem, sim, capacidade de compreensão de seus atos, ainda que não seja o mesmo grau de capacidade de um adulto.

No que toca à jurisprudência, a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal considerou relativa a presunção e violência foi no ano de 1996, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus 73.662-9/MG⁵², de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em ação penal proposta pelo pai da ofendida, demonstrando a “utilização da reação punitiva como satisfação a conservadoras contrariedades paternas com um mais avançado comportamento de seus filhos”.⁵³

Na opinião de Karam, o julgamento marcou posicionamento notável e exemplar do Poder Judiciário, tanto pela lição que dá no plano da interpretação, adequando o texto legal ao caso concreto, quanto pelo rompimento com concepções ultrapassadas, refletidas entre os dispositivos contidos na Parte Especial do Código Penal Brasileiro, em vigência desde 1940, “defasados da natural evolução social que deu origem a uma nova moral dominante neste campo da sexualidade”.⁵⁴

No Superior Tribunal de Justiça as Turmas divergiam em suas decisões. Enquanto a Quinta Turma entendia pelo caráter absoluto da presunção de violência⁵⁵, a Sexta Turma assentava, ainda que de forma majoritária, o entendimento contrário: pela necessidade de relativização do instituto⁵⁶, não obstante alguns acórdãos proferidos pela Turma adotassem a presunção *juris et de jure*⁵⁷.

⁵¹ KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. In: **Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: ICC/Revan, v. 1, n. 2, 1996, p. 282.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 73662/MG**. 1996. Relator: Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. Julgado em 21 de maio de 1996.

⁵³ KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. In: **Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: ICC/Revan, v. 1, n. 2, 1996, p. 282.

⁵⁴ KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. In: **Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: ICC/Revan, v. 1, n. 2, 1996, p. 278.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 173471/PR**. Relator: Min. Jorge Scartezini. Quinta Turma. Julgado em 17 de agosto de 1999; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 17642/GO**. Relator: Min. Félix Fischer. Quinta Turma. Julgado em 04 de setembro de 2001; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 213291/SP**. Relator: Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgado em 09 de abril de 2002; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 30873/MG**. Relatora: Min. Laurita Vaz Quinta Turma. Julgado em 17 de agosto de 2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 332138/MG**. Relator: Min. Feliz Fischer. Quinta Turma. Julgado em 08 de março de 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 61143/RO**. Relatora: Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgado em 28 de novembro de 2007; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 969183/SC**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgado em 10 de junho de 2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 86.808/DF**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Quinta Turma. Julgado em 11 de setembro de 2008.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 283995/TO**. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. Julgado em 05 de junho de 2001; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 195279/PR**. Relator: Min. Luiz Vicente Chernicchiaro. Sexta Turma. Julgado em 18 de abril de 2002; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 206658/SC**. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. Julgado em 18 de abril de 2002; BRASIL.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵⁸ também já se posicionou pela necessidade de relativização da presunção de violência, justificada pela obrigação de buscar a interpretação que mais se aproxima dos princípios norteadores do Direito Penal, atentando-se à necessária ofensividade que a conduta deve oferecer ao bem jurídico tutelado para que o agente mereça, de fato, a reprimenda estatal.

Destarte, era perceptível a existência de posições divergentes tanto em âmbito jurisprudencial quanto em âmbito doutrinário no que concerne à (im)possibilidade de relativização ou da presunção de violência em relação ao menor de quatorze anos. Nem mesmo a doutrina majoritária, que defendia o caráter *juris tantum* da violência ficta, conseguia convergir quanto ao fundamento utilizado para justificar seu posicionamento.

3. A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA DE ESTUPRO NA LEI Nº 12.015/90

Com o intuito de encerrar as controvérsias quanto à natureza da presunção de violência, restou editado o Projeto de Lei n.º 253/2004, o qual deu origem à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que instituiu a figura da vítima vulnerável, como se verá a seguir.

3.1 DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA AO CONCEITO DE VÍTIMA VULNERÁVEL

A crescente violência sexual contra crianças e adolescentes deu ensejo à instauração de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI – visando a investigar situações de violência e redes de exploração sexual de jovens e crianças no Brasil.

Tal CPMI encerrou oficialmente seus trabalhos em agosto de 2004, trazendo relatos sobre a exploração sexual no Brasil e culminando no Projeto de Lei nº 253/2004, cuja justificativa deixou clara a motivação da proposição de alteração legislativa ao referir que o

Superior Tribunal de Justiça. **REsp 283995/TO**. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. Julgado em 05 de junho de 2001; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 542324/BA**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Sexta Turma. Julgado em 09 de dezembro de 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 705429/GO**. Relator: Min. Nilson Naves. Sexta Turma. Julgado em 21 de junho de 2007.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 327510/SP**. Relator: Min. Vicent Leal. Sexta Turma. Julgado em 13 de dezembro de 2002; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 324161/SC**. Relator: Min. Fernando Golçalves. Sexta Turma. Julgado em 04 de fevereiro de 2003; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 649638/GO**. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. Julgado em 27 de setembro de 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 762798/GO**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Sexta Turma. Julgado em 15 de dezembro de 2005.

⁵⁸ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime Nº 70019940857. 2007**. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Sétima Câmara Criminal. Julgado em 11 de novembro de 2007.

entendimento de parte da jurisprudência dissente do caráter absoluto preconizado pela CPMI.
59

Originou-se, assim, a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que alterou substancialmente o Título VI da Parte Especial do Código Penal, outrora denominado “dos crimes contra os costumes” - terminologia considerada ultrapassada e inadequada pela doutrina⁶⁰ - para “dos crimes contra a dignidade sexual”, modificando consideravelmente o objeto resguardado pela norma penal. O fundamento utilizado foi de que a “concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes”.⁶¹

Com o advento da nova lei, a norma passou a tutelar a dignidade sexual, priorizando a liberdade sexual, que pode ser entendida como o direito de dispor do próprio corpo de acordo com sua eleição.⁶² Para Vera Regina Pereira de Andrade, tal reforma, assim como a que foi promovida pela Lei nº 11.106/2005 – que retirou da lei penal a expressão patriarcal mulher “honesta” – representa um processo de superação da cultura e da estrutura patriarcal, evidenciado por meio de “transformações de gênero e sexuais havidas em nossas sociedades patriarcais” cuja finalidade é a de “superar tratamentos discriminatórios e inferiorizadores da mulher, potencializando novas decisões no sistema de Justiça Penal”.⁶³

Além disso, as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor foram fundidas em um único tipo penal, admitindo-se, também, a violência sexual contra pessoa que não seja do

⁵⁹ BRASIL. **Justificação do Projeto de Lei do Senado Federal nº 253/2004**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id2893.htm>> Acesso em: 09 mai. 2016).

⁶⁰ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 139.

Antes da alteração, era evidente a aproximação (ou até mesmo a confusão) existente entre o Direito e a Moral. Na crítica de Maria Lúcia Karam, “Quando se criam verdadeiros crimes de desobediência à moralidade, erigindo-se uma moral pública sexual – qualquer que seja esta – à categoria de bem jurídico, o que acaba por se estabelecer é a imposição de uma determinada concepção moral dominante, que, embora possa até ser compartilhada pela maioria dos membros da sociedade, pode não ser aceita por indivíduos ou grupos sociais, cujo direito à diferença há de ser garantido, sempre que não atingidos direitos alheios. Em campos como este, dizendo respeito às convicções íntimas e à consciência individual, a intervenção do Estado não se autoriza, não se podendo confundir Direito e Moral, como tampouco crime e pecado.” (KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. In: **Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: ICC/Revan, v. 1, n. 2, 1996, p. 281).

⁶¹ BRASIL. **Justificação do Projeto de Lei do Senado Federal nº 253/2004**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id2893.htm>> Acesso em: 09 mai. 2016.

⁶² PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2005, p. 759.

⁶³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 126.

sexo feminino.⁶⁴ Para isso, a Lei nº 12.015/2009 deu nova redação ao artigo 213⁶⁵ do Código vigente, operando-se a revogação do crime de atentado violento ao pudor.

Destaca-se, finalmente, a inserção do artigo 217-A sob a denominação de “estupro de vulnerável”, com o propósito de eliminar a dúvida quanto à qualidade da presunção de violência. Trata-se de um tipo penal específico para tutelar o direito das pessoas vulneráveis, ou seja, “aqueles que, em face de alguma condição pessoal (transitória ou perene), não dispõem de forças ou de compreensão para resistir a um ataque contra sua dignidade sexual”.⁶⁶

Em face do novo crime, à primeira vista, a presunção de violência passou a ser absoluta, e não mais relativa. Pela forma como estabeleceu a redação do artigo 217-A, o legislador instituiu que no campo da sexualidade, o indivíduo menor de catorze anos é considerado frágil e hipossuficiente, sendo incapaz, portanto, de proferir consentimento válido para a consumação do ato. Para Bitencourt⁶⁷, tratou-se de uma tentativa de inibir a jurisprudência que admitia a relativização da presunção de violência.

No entanto, a nova legislação não foi capaz de afastar a controvérsia sobre o tema, haja vista que persiste a possibilidade de se tratar da vulnerabilidade como sendo absoluta ou relativa, mormente considerando-se a constante mudança na realidade social dos adolescentes. Isso porque toda lei está sujeita à interpretação pelo julgador a fim de ser mais bem adequada ao caso concreto.

3.2 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A Lei nº 12.015/2009 inseriu o artigo 217-A no Código Penal, sob a denominação de Estupro de Vulnerável, com a seguinte redação:

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.

⁶⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 141.

⁶⁵ Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 mai. 2016).

⁶⁶ ESTEFAN, André. **Crimes Sexuais: comentários à Lei 12.015/2009**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 4, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95.

§ 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.

Quanto ao bem jurídico tutelado pela norma no delito de estupro, tem-se que, sob a égide da lei anterior, tratava-se exclusivamente da liberdade sexual da mulher – ou de qualquer pessoa no caso do atentado violento ao pudor - não maior de catorze anos, ou alienada ou débil mental, ou, ainda, que não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência, conforme o revogado artigo 224 do Código Penal; ou seja, era o direito de dispor do próprio corpo da maneira que lhe coubesse. No entanto, a tutela penal incidia também na ordem das famílias e dos bons costumes, como indicava o próprio Título VI da Parte Especial do Código Penal (dos crimes contra os costumes).

Após a alteração legislativa, a liberdade sexual foi trazida por uma parte da doutrina como sendo o bem jurídico digno de tutela no campo dos crimes sexuais, por ser livre de qualquer conotação moral.⁶⁸ Tal identificação tem resguarda no princípio da intervenção mínima, pois apenas a existência de um dano ao bem jurídico tutelado pela norma concede legitimidade para o Estado intervir, não se configurando danos as meras imoralidades de conduta nem o fato de a conduta afastar-se do comportamento predominantemente aceito pela sociedade.⁶⁹

Há quem entenda, no entanto, que os vulneráveis são desprovidos de liberdade sexual, não podendo ser este o bem jurídico tutelado pela norma. Nesse caso, o bem jurídico protegido seria a dignidade sexual do menor.⁷⁰

Quanto ao elemento objetivo do tipo, tem-se que a conduta vedada pelo *caput* do artigo 217-A do Código Penal consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de catorze anos. Por conjunção carnal entende-se a cópula vagínica, e

⁶⁸ PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. **Crimes sexuais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 47; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 63; PRADO, Luiz Régis. **Comentários ao código penal: jurisprudências, conexões lógicas com os vários ramos do direito**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 824.

⁶⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 62.

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 4, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 93. SANCHEZ TOMAS, Jose M. Los abusos sexuales em el código penal de 1995: em especial sobre o menor de doce años y abusando de transtorno mental. Cuadernos de política criminal. Madrid: Edersa, 1997, v. 61, p. 108-110. Apud GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 66.

por ato libidinoso entende-se toda conduta praticada pelo sujeito ativo do delito que consubstancie manifestação sexual diversa da conjunção carnal, a exemplo do sexo oral ou coito anal. Os verbos típicos “ter” e “praticar” repelem a ideia de violência sempre associada ao estupro simples.⁷¹ O fundamento da incriminação por estupro de vulnerável está, portanto, na incapacidade presumida da vítima de se autodeterminar e consentir no que concerne ao exercício de sua sexualidade.⁷²

Já o tipo subjetivo é exclusivamente doloso, não se admitindo a forma culposa do delito, eis que não prevista pela lei. Salienta-se que o dolo é constituído pela decisão da ação, ou seja, a consciência do que se quer (elemento intelectual) e pela decisão de querer realizá-lo (elemento volitivo).⁷³ O agente deve ter a plena consciência, no momento da ação, daquilo que quer realizar – conjunção carnal ou outro ato libidinoso – bem como que deseja realizá-lo com pessoa vulnerável. Se o autor do delito não tiver ciência de que a ação ocorreu com qualquer das pessoas abrangidas pela regra do artigo 217-A do Código Penal, ocorrerá erro de tipo.⁷⁴

Trata-se, ainda, de crime comum quanto ao sujeito ativo, que pode ser qualquer pessoa, de ambos os sexos, desde que maior de dezoito anos. O sujeito passivo, por sua vez, também pode ser pessoa do sexo feminino ou masculino, desde que ostente a condição especial de vulnerabilidade que o tipo penal exige, caracterizando-se o delito como crime próprio no ponto. São possíveis, ainda, a coautoria e a participação em sentido estrito, inclusive com vítimas de mesmo sexo do autor ou partícipe.⁷⁵

Consuma-se o delito de estupro com a introdução do pênis na vagina, mesmo que parcialmente e ainda que sem rompimento do hímen, quando existente, ou com a efetiva concretização do ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Quanto à modalidade tentada do delito, Bitencourt refere que, a despeito de ser admissível, a doutrina entende como difícil a sua verificação. Para ele, caracteriza-se a modalidade tentada do estupro de vulnerável quando, iniciando a execução, o agente for interrompido pela reação eficaz da vítima ou pela intervenção de um terceiro, ainda que não tenha realizado nenhum contato íntimo com a vítima até o momento.⁷⁶

⁷¹ PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. **Crimes sexuais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 48.

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 4, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 96.

⁷³ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Traduzido por Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 119.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 4, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 98.

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 4, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94; PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. **Crimes sexuais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 47.

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 4, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101.

O delito poderá, ainda, ser qualificado, se da conduta resulta lesão corporal grave ou morte, a título culposo, consoante os parágrafos 3º e 4º do artigo 217-A do Código Penal, respectivamente. Trata-se de delito qualificado pelo resultado, no qual há dolo na conduta antecedente e culpa na consequente.⁷⁷

Destaca-se, também, que o artigo 4º da Lei 12.015/2009 alterou os incisos V e VI do artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 para que sejam considerados, agora, crimes hediondos o delito de estupro e a nova figura do estupro de vulnerável, tanto na forma simples quanto na qualificada.

Por fim, no que toca à ação penal, tem-se que antes da alteração legislativa o delito era processado mediante ação penal privada⁷⁸ na figura da violência presumida, iniciada mediante queixa. Hoje, a ação é de legitimidade do Ministério Público, por meio de ação penal pública incondicionada.

4. A (IM)POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL DO MAIOR DE 12 E MENOR DE 14 ANOS

Conforme explanado, ao eliminar a expressão “presunção de violência” o legislador pretendeu encerrar, de forma definitiva, a discussão acerca do caráter relativo conferido a essa estrutura, caracterizando como absoluta a vulnerabilidade da vítima menor de catorze anos. No entanto, além de não ser capaz de sustar a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tem, a alteração legislativa acarretou o surgimento de novas posições defensoras do caráter *iures et iure*.

Sustentando a ideia de que o conceito de vulnerabilidade permanece absoluto, essa corrente⁷⁹ argumenta ter sido uma escolha legislativa redigir o novo tipo penal de tal maneira que limitasse a discussão acerca da natureza relativa da vulnerabilidade. Em razão disso,

⁷⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 687.

⁷⁸ Existiam exceções à aplicação da ação penal privada: a) quando a conduta fosse praticada com abuso do poder familiar ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (hipótese de ação penal pública incondicionada); b) quando resultasse lesão corporal grave ou morte (seria ação penal pública incondicionada, por se tratar de crime complexo e por aplicação da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal; c) se a ofendida ou seus pais não pudessem custear as despesas do processo penal sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (hipótese de ação penal pública condicionada à representação). (LOPES JÚNIOR, Aury. A problemática em torno da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual – Lei 12.015/2009. **Boletim IBCCrim**. v. 17, n. 207, fev. 2010, p. 4).

⁷⁹ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO Júnior, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 705; GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. **Crimes Contra a Dignidade Sexual: comentários ao Título VI do Código Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 195; GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. v. 3, 13. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016, p. 85; PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 1045-1046.

defendem que basta a ocorrência da prática de qualquer ato libidinoso ou de conjunção carnal com a pessoa não maior de catorze anos para que reste configurado o tipo penal do estupro de vulnerável, sendo irrelevante e desprovido de qualquer validade o eventual consentimento proferido por parte do ofendido.

É esse o posicionamento adotado pela jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal⁸⁰, que manteve o entendimento preconizado antes da alteração legislativa de 2009. Os julgados realizam uma interpretação literal do dispositivo, entendendo que os menores de catorze anos têm um dever absoluto de abstenção de relações sexuais, por serem “carnalmente invioláveis”⁸¹.

É pertinente tecer algumas considerações no tocante à inadequação do conceito absoluto de vulnerabilidade. De acordo com o argumento esboçado por Dias⁸², ao se adotar a natureza *iure et iure*, o delito de estupro de vulnerável seria classificado como crime de perigo abstrato⁸³, já que ausente qualquer violação ao bem jurídico da dignidade sexual frente à possível capacidade de discernimento para a prática do ato e sua exteriorização válida.

Observa-se, ainda, a utilização desse critério de forma absoluta, desvinculada do caso concreto, vai contra a hermenêutica jurídica, eis que é trabalho do julgador/aplicador da norma conferir sentido ao conteúdo da mesma. Transmite-se, ainda, a ideia de que a proibição da conduta deixa de derivar da existência de violência e passa a se conectar à própria essência de um bem jurídico de contorno moral. Ao que parece, a preocupação do sistema penal não é proteger o livre exercício da sexualidade, mas sim proteger uma moral sexual dominante de cunho patriarcal, por meio da manutenção de estruturas moralistas que não funcionam como aliadas no fortalecimento da autonomia sexual (principalmente) feminina.⁸⁴

Ao reafirmar que o menor de catorze anos não pode, em hipótese alguma, relacionar-se sexualmente, o legislador impõe que a instância penal é mais eficiente do que a própria instância familiar e educativa. No entanto, entendemos que não cabe ao Estado assumir essa

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 97052/PR**. 2011. Relator: Ministro Relator Dias Toffoli. Primeira Turma. Julgado em 16 de agosto de 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 101456/MG**. 2010. Relator: Ministro Relator Eros Grau. Segunda Turma. Julgado em 09 de março de 2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 99993/SP**. 2009. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Julgado em 24 de novembro de 2009.

⁸¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. **Comentários ao Código Penal**. v. 8, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 236.

⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Comentário Conimbricense do Código Penal**: Parte Especial: Artigos 131.º a 201.º. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1999. p. 542-543.

⁸³ Sobre o delito de perigo abstrato: ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 407; D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 103.

⁸⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 155-156.

pauta meramente paternalista, mas sim prezar pela autodeterminação e pela liberdade sexual do indivíduo em conformidade com sua real capacidade de discernimento.⁸⁵

Entretanto, é imperioso reconhecer que a nova redação do tipo penal não tem força para proceder a um retrocesso em termos de adequação do Direito Penal à realidade social. São inegáveis as modificações nos padrões de comportamento sexual dos adolescentes, as quais influem diretamente no alcance de uma maturidade sexual precoce por parte dos mesmos. Esse amadurecimento prematuro pelo qual passam os adolescentes, com o consequente despertar antecipado do desejo sexual, pode até mesmo parecer inadequado ou prejudicial na ótica do legislador. No entanto, é fato que esse despertar existe e deve ser respeitado.⁸⁶ Em razão disso é que parte da doutrina⁸⁷ permaneceu aceitando a possibilidade de relativização do conceito de vulnerabilidade.

Essa corrente entende que negar, sem qualquer restrição, a capacidade de autodeterminação sexual do adolescente entre doze e catorze anos mostra-se inadequado ao atual momento histórico-cultural experimentado pela sociedade e representa um meio de cercear a liberdade do jovem. Por esse motivo é que o ato sexual espontâneo e consentido realizado pelo adolescente entre doze e catorze anos não deve ser objeto de repressão penal, ainda que o legislador entenda não ser recomendável tal prática.⁸⁸

Roxin⁸⁹ posiciona-se contra o legislador por considerar que a capacidade de consentir é matéria de fato, ou seja, dependente de um estudo sobre a capacidade de discernimento da vítima, suas condições físicas e psíquicas. Tal capacidade não se liga unicamente à idade, motivo pelo qual é errônea a adoção de um critério biológico absoluto. Ademais, o risco em se presumir a violência, à medida que se toma por absoluta a vulnerabilidade sexual da vítima, é justamente que se está desobrigando o órgão acusador de prová-la. Desse modo, verifica-se um distanciamento com Direito Penal da culpa, o qual é incompatível com presunções fáticas.

⁸⁵ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Estupro bilateral: um exemplo limite. **Boletim IBCCRIM**: São Paulo, v. 17, n. 202, set. 2009, p. 9.

⁸⁶ KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. In: **Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: ICC/Revan, v. 1, n. 2, 1996, p. 284.

⁸⁷ Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial. v. 4, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96; ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais: Comentários à Lei n. 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59; FAYET, Fabio Agne. **O Delito de Estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 104; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dinigdade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 103; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 850.

⁸⁸ KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. In: **Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: ICC/Revan, v. 1, n. 2, p. 283-284.

⁸⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 538.

Para aceitar que o consentimento eficaz exclui a tipicidade da conduta, Roxin⁹⁰ baseia-se na teoria liberal do bem jurídico, a qual preconiza que os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento do indivíduo no contexto social. Corolário dessa opção é aceitar que o conceito de bem jurídico liga-se diretamente à ideia de autodeterminação da personalidade. Destarte, não há ofensa se não houve lesão ao desenvolvimento do portador do bem jurídico, de modo que a norma seria ineficaz e configuraria uma intervenção excessiva na liberdade do indivíduo. Por esse motivo, a proteção conferida à criança e ao adolescente deve ganhar certos temperamentos, uma vez que não poderá prejudicar o livre desenvolvimento da sexualidade desses menores, mesmo que com a intenção de protegê-los.

Por sua vez, Natscheradetz observa que a proteção ao menor não tem a pretensão de interiorizar certos valores morais preconizados pela sociedade, mas tão somente de protegê-los contra certos estímulos até que sejam capazes de decidirem por si acerca de sua sexualidade. O autor reconhece não haver uma fase exata para medir a maturidade do menor, portanto aceita que seja estabelecido um limite geral etário. Ressalva, porém, que algumas relações entre jovens podem não ser qualificadas como abuso ou exploração sexual, devendo ser excluídas da esfera de atuação penal.⁹¹

Acertadamente observa Karam⁹² que nos reais abusos sexuais praticados contra crianças e adolescentes – que não se confundem com o relacionamento sexual espontâneo e consentido – geralmente se configura um verdadeiro, e não presumido, emprego de violência ou grave ameaça. Dificilmente o maior rigor penal irá evitar ou solucionar esses casos; pelo contrário, a intervenção do sistema penal muitas vezes acaba por deteriorar ainda mais a vida familiar, à medida que relega a segundo plano a assistência às vítimas do delito e demonstra sempre a pretensão de resolver as situações de abuso por meio da reação punitiva.

Mostra-se aceitável, sob esse ponto de vista, que a vulnerabilidade abandone a lógica jurídica absoluta e alcance dimensão especificada, de avaliação pontual em cada caso concreto. É de se perceber que o caso da jovem de treze anos que se relaciona sexualmente com o namorado de dezoito anos representa muito mais uma situação de indiferença penal do que de repressão adstrita ao crime hediondo.⁹³

⁹⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 517.

⁹¹ NATSCHERADETZ, Karl. O direito penal sexual: conteúdos e limites. Coimbra: Almedina, 1985, p. 153-154. Apud GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 64.

⁹² KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. In: **Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: ICC/Revan, v. 1, n. 2, 1996, p. 282-283.

⁹³ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Estupro bilateral: um exemplo limite. **Boletim IBCCRIM**: São Paulo, v. 17, n. 202, set. 2009, p. 9.

Ressalva-se que discordamos da doutrina⁹⁴ que confere caráter relativo à vulnerabilidade sexual do adolescente entre doze e catorze anos com base exclusivamente na experiência sexual da vítima. Isso porque a vulnerabilidade do menor não decorre unicamente de sua experiência sexual, mas sim de sua imaturidade frente ao ato sexual e de sua condição de proferir consentimento válido. A nosso ver, o fato de se afastar o crime pelo simples fato de ser a vítima prostituída vai totalmente de encontro à proteção de ingresso precoce na vida sexual, hipótese justamente preconizada pelo artigo 217-A do Código Penal. Não se pode ignorar que a alteração promovida pela Lei nº 12.015/2009 intencionava justamente conferir especial proteção à dignidade sexual do menor em face da prostituição infanto-juvenil e de abusos sexuais.

Nesse sentido, mostra-se cabível admitir a natureza *juris tantum* do critério etário a fim de definir a vítima vulnerável, desde que baseada na capacidade de compreensão e na maturidade da vítima para consentir com o ato sexual, mas jamais se vinculando unicamente à existência de experiência sexual anterior.

5. O CONCEITO DE ADOLESCÊNCIA SEGUNDO O ECA E A OMS

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, trata-se de legislação específica para tutelar os direitos as medidas protetivas conferidas aos menores de idade. Em seu artigo 2º, o diploma distingue a criança do adolescente, determinando que se considera criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.⁹⁵

Para além da finalidade de garantir o princípio da proteção integral às crianças e adolescentes – igualmente no que tange à sua dignidade sexual - o Estatuto permite a sujeição destes últimos a medidas disciplinares aplicadas quando cometedores de ações equiparadas a crimes ou contravenções penais. Conclui-se, pela leitura do diploma, que pessoas entre doze e dezoito anos possuem capacidade de reconhecer o que é definido pela norma como um comportamento delitivo, sendo passíveis de sanção pelas condutas delituosas que vierem a cometer, ainda que de forma mais branda (por meio das medidas socioeducativas). E, se assim

⁹⁴ É o posicionamento defendido por Nucci quando argumenta que só se admite o caráter relativo da presunção em hipóteses excepcionais, como, por exemplo, no caso da menor de 13 anos, prostituída, que já teve inúmeros contatos sexuais, com ciência da comunidade e de seus pais, e, por isso, não pode ser considerada incapaz de dar seu consentimento. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 771-772).

⁹⁵ BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

o é, por que o adolescente não seria também capaz de discernir acerca da sua liberdade sexual?

Percebe-se a incongruência existente no ordenamento jurídico, eis que o legislador, ainda que em diplomas diferentes, reconhece a maturidade do adolescente entre doze e catorze anos para sofrer medida socioeducativa em caso de prática de ato infracional e, simultaneamente, não admite que ele possua capacidade de discernimento para decidir realizar o ato sexual por vontade própria. Destarte, o nosso sistema reconhece a capacidade dos maiores de doze anos para compreenderem o caráter ilícito de suas condutas e, ao mesmo tempo, a sua insciência absoluta no tocante às consequências de manter relação sexual.

Quanto ao menor de doze anos não restam dúvidas: ele é criança e, portanto, não há maturidade para consentir para a relação sexual, legitimando-se a intervenção penal do Estado. Entretanto, a pessoa com mais de doze e menos de catorze anos já é um adolescente e sua vulnerabilidade merece ser discutida. Em outras palavras, considera-se necessário admitir a validade do consentimento desse jovem para o ato sexual. Isso porque o Estatuto, justamente por adotar um viés protetivo do bem estar da criança e do adolescente, apresenta melhores condições de determinar o patamar etário em que o discernimento do menor suporta validade.

Ressalta-se, ainda, que maior é a discrepância da faixa etária adotada pelo Código Penal em relação ao conceito fixado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), no qual adolescente é a pessoa entre dez e dezenove anos.⁹⁶

Por essas razões é que a doutrina⁹⁷ defensora do caráter *juris tantum* da vulnerabilidade sexual continua destacando que redação do artigo 217-A do Código Penal está em desacordo com o critério etário estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal corrente ganha força com a redação atribuída ao crime de estupro de vulnerável pelo Anteprojeto do Código Penal, conforme será visto a seguir.

⁹⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Adolescent health**. c2016. Disponível em: <http://www.who.int/topics/adolescent_health/en/>. Acesso em 15 mai. 2016.

⁹⁷ KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. In: **Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, v. 1, n. 2, 1996, p. 282; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 103; ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais: Comentários à Lei n. 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59; LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Estupro Comum e a Figura do Estupro de Pessoa Vulnerável: Novo Tipo Penal Unificado. **Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 32, nov. 2009. p. 66; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 870-871.

6. A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA NO CRIME DE ESTUPRO E O PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL (PLS Nº 236/2012)

As críticas feitas pela doutrina acerca da necessidade de adoção do critério etário estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente refletiram na regulamentação trazida pelo Anteprojeto do Código Penal. A proposta da nova legislação define o estupro de vulnerável e o molestamento sexual de vulnerável nos artigos 186 e 188, respectivamente:

Art. 186. Manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos:

Pena – prisão, de oito a doze anos.

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

Art. 188. Constranger alguém que tenha até doze anos à prática de ato libidinoso diverso do estupro vaginal, anal ou oral:

Pena – prisão, de quatro a oito anos.

Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem pratica a conduta abusando de pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou de quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento.⁹⁸

Caso introduzida a nova redação para o delito em análise, é provável que a insatisfação da doutrina majoritária em relação ao critério etário de doze anos reste sanada, pois o Código Penal estaria em conformidade com o parâmetro de adolescente estabelecido pelo Estatuto protetor.

Destarte, a proposta de nova redação permanece possibilitando a análise do caso concreto ao fazer referência àquele que “não possui o necessário discernimento”, sem fazer qualquer menção específica à idade da vítima. Desse modo, admite-se o reconhecimento da situação de vulnerabilidade do maior de doze anos sempre que demonstrada a sua ausência de discernimento para a prática da relação sexual.

A nova figura do estupro de vulnerável prevista no Anteprojeto representaria grande avanço no tocante à adequação da norma penal ao desenvolvimento da sexualidade dos jovens na sociedade moderna. Pela nova redação, a análise da vulnerabilidade será questão de fato,

⁹⁸ BRASIL. Senado Federal. **Relatório final dos trabalhos da Comissão de juristas**. 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

cabendo ao intérprete a função de constatar se o consentimento dado pelo maior de doze anos encontra-se ausente de vícios.

7. CONCLUSÃO

No decorrer do artigo, verificaram-se os fundamentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para defender o caráter absoluto ou relativo da vulnerabilidade sexual do menor de catorze anos, que antes da alteração promovida pela Lei nº 12.015/2009 era tratada pelo instituto da presunção de violência. Restou clara a tentativa do legislador, ao redigir o artigo 217-A do Código Penal, de encerrar definitivamente a divergência quanto ao ponto, atribuindo caráter absoluto à vulnerabilidade sexual do menor. No entanto, é possível concluir que o legislador não obteve êxito, uma vez que parte da doutrina e da jurisprudência permaneceu aceitando a possibilidade de sua relativização.

Compreende-se que tanto criança quanto o adolescente menor de 14 anos encontram-se em processo de formação no plano biológico, psicológico e até mesmo moral. Ainda que grandiosa, desse modo, a intenção do legislador ao penalizar de forma mais rigorosa os delitos sexuais praticados contra esses indivíduos, não se pode deixar de defender a necessidade de relativização da vulnerabilidade sexual do maior de doze e menor de catorze anos. Caso contrário, estaríamos consagrando a responsabilidade objetiva no nosso ordenamento jurídico, permitindo a culpabilidade antecipada do acusado. Nesse prisma, parece-nos que o sistema penal não é eficaz em proteger o livre exercício da sexualidade do jovem⁹⁹, nem mesmo permite que ele tenha domínio do próprio corpo. Isso porque, ao invés de garantir a liberdade sexual, o sistema proíbe, sob qualquer circunstância, que o menor de catorze anos pratique ato sexual.

Conclui-se, ainda, pela fragilidade da adoção de um critério biológico absoluto principalmente ao comparar a faixa etária estabelecida pelo artigo 217-A do diploma criminal com o conceito de adolescente trazido pelo Estatuto protetor e pela OMS, restando evidente divergência quanto à idade em que o menor adquire capacidade de compreender as consequências de seus atos sexuais. Necessário, portanto, analisar cada caso concreto.

⁹⁹ Nesse sentido, Vera Regina Pereira de Andrade aponta que “O sistema penal é ineficaz para proteger o livre exercício da sexualidade feminina e o domínio do próprio corpo. Se assim fosse, todas as vítimas seriam consideradas iguais perante a lei e o assento seria antes no fato crime e na violência do que na conjunção carnal. E elas teriam do sistema o reconhecimento e a solidariedade para com a sua dor. Não é casual que ocorra o inverso.” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 155).

Ao que parece, o legislador não conseguiu acompanhar a evolução comportamental da sociedade. Frisa-se que não se busca a exclusão do adolescente da classe vulnerável, mas sugere-se a utilização do critério de adolescente estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, limitando-se o caráter relativo da vulnerabilidade sexual aos que possuem idade entre doze e quatorze anos, defendendo que, inegavelmente, a criança não detém o discernimento necessário para consentir na prática sexual. Nessa linha, destaca-se o fundamental papel do intérprete em analisar as circunstâncias em que praticado o ato sexual, para concluir se é possível atribuir validade ao consentimento do menor.

Conclui-se, ainda, que o erro de tipo não deve ser a única hipótese admitida para que o fato não seja considerado típico, e nem a simples experiência sexual da vítima deve ser o único motivo a ensejar a relativização da vulnerabilidade sexual. O principal fator a ser levado em conta é o consentimento do menor. Restando comprovado que ele detém grau de conscientização para permitir, de forma válida, a prática sexual, imperioso que seja afastada a tipificação do estupro de vulnerável, excluindo-se da apreciação do judiciário a hipótese, por exemplo, da pessoa menor de catorze anos que mantém relação sexual saudável e consentida com o(a) namorado(a) maior de dezoito anos.

Por fim, faz-se fundamental que se encontre um equilíbrio entre a intervenção do Estado e a liberdade civil, para que seja garantido a cada indivíduo tanto a proteção necessária quanto à liberdade possível.¹⁰⁰ Desse modo, concordamos que simples atentados contra a moral não são suficientes a ensejar a aplicação da norma penal. Quando o fato não diminui a liberdade nem prejudica a segurança de alguém, não lesiona bem jurídico algum.¹⁰¹

Por todo o exposto, optou-se por se aliar ao entendimento de parte da doutrina que defende a vulnerabilidade relativa, evitando-se a responsabilidade penal objetiva pelo delito do estupro de vulnerável. Dessa maneira, não se deixa de ser efetivada a tutela dos direitos fundamentais de menores, mas sim, preservam-se de forma igual os direitos fundamentais do acusado.

A solução seria, portanto, adotar a nova redação proposta para o delito pelo Anteprojeto do Código Penal, na qual a análise da vulnerabilidade será matéria de fato, podendo o julgador atribuir validade ao consentimento proferido pelo adolescente maior de doze anos. Apenas assim restaria afastado o caráter paternalista do Estado, privilegiando-se a

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função no Direito Penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 17.

¹⁰¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função no Direito Penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 21.

autodeterminação e a liberdade sexual do jovem em conformidade com sua efetiva capacidade de discernimento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BÁRTOLI, Márcio. A Capacidade de Autodeterminação Sexual da Vítima como Causa de Relativização da Presunção de Violência. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 678, abr.1992. p. 411.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Tratado de direito penal*. v. 4, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de direito penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO Júnior, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Artigos 131.º a 201.º*. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

ESTEFAM, André. *Crimes Sexuais: comentários à Lei n. 12.015/2009*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro Comentado: Parte Especial*. v. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1959.

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

FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Comentários ao Código Penal*. v. 8, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GENTIL, Plínio; MARCÃO, Renato. Crimes Contra a Dignidade Sexual: comentários ao Título VI do Código Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes contra a dignidade sexual. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte especial. v. 3. 9. ed. Niterói: Impetus, 2012.

_____. Curso de direito penal: parte especial. v. 3, 13. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. Comentários ao Código Penal. v. 8, 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. v. 3. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

KARAM, Maria Lúcia. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. In: Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, v. 1, n. 2, p. 277-284, 1996.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Estupro Comum e a Figura do Estupro de Pessoa Vulnerável: Novo Tipo Penal Unificado. Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal. v. 8, n. 32. nov. 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. A problemática em torno da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual – Lei 12.015/2009. Boletim IBCCrim. v. 17, n. 207, fev. 2010.

MESTIERI, João. Do delito de estupro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. v. 2. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Estupro bilateral: um exemplo limite. Boletim IBCCRIM: São Paulo, v. 17, n. 202, p. 8-9, set. 2009.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. v. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Manual de direito penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Manual de Direito Penal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Manual de direito penal. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Adolescent health. c2016. Disponível em: <http://www.who.int/topics/adolescent_health/en/>.

PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil: evolução histórica. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Manual de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 234). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. Crimes sexuais. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

PRADO, Luiz Regis. Comentários ao código penal: doutrina: jurisprudência selecionada: leitura indicada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Curso de direito penal brasileiro. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função no Direito Penal. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Derecho Penal: parte general. Tomo I. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. 4. ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005.

WELZEL, Hans. Direito penal. Traduzido por Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.