

DA POSSIBILIDADE E DOS LIMITES DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL¹

CÁSSIA PASSOS VIEIRA²

RESUMO: Antes da introdução da Lei n.º 12.015/2009, existiam inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade de relativização da presunção de violência, em especial, no que se referia ao menor com idade igual ou inferior a quatorze anos. Com o intuito de sanar essas controvérsias, foi criada a nova figura típica de estupro de vulnerável, a qual passou a regular as condutas previstas no novo crime de estupro quando praticadas contra os menores de quatorze anos. No entanto, essa alteração legislativa não foi suficiente para sanar os questionamentos suscitados pela doutrina e pela jurisprudência acerca da possibilidade de consentimento válido pelo menor de quatorze anos para a prática de ato sexual. Por outro lado, gerou novas interpretações acerca da possibilidade de relativização do conceito de vulnerável e sua limitação, as quais serão analisadas com o intuito de apontar a melhor solução para o tema.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável. Relativização da Vulnerabilidade. Menor de Quatorze Anos. Consentimento.

INTRODUÇÃO

O estudo da nova figura típica de estupro de vulnerável representa inegável importância prática para os operadores do direito no que tange à revogação da presunção de violência. Isso porque a questão acerca da possibilidade de relativização da violência ficta sempre gerou controvérsias, discordando tanto a doutrina como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca de seu caráter relativo (*iuris tantum*) ou absoluto (*iuri et iure*). Com a alteração legislativa operada pela Lei n.º 12.015/2009, houve a revogação da norma penal integrativa que previa a presunção de violência pelo termo *vulnerável* em tipo penal qualificado de estupro. No entanto, tal modificação não sanou as divergências no que se referia à possibilidade ou não do menor de quatorze anos consentir

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora composta pelo orientador, Prof. Alexandre Wunderlich, pelo Prof. Felipe Cardoso Moreira de Oliveira e pelo Prof. Marcos Eduardo F. Eberhardt em 02 de julho de 2012.

² Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da PUCRS. Contato: caca_pv@hotmail.com.

para a prática do ato sexual, em especial, com a redação adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante de tais circunstâncias, o presente estudo visa interpretar os novos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no que tange à possibilidade de relativização da vulnerabilidade. Em um primeiro momento, será realizada breve análise sobre a revogada figura da presunção de violência e sua substituição pelo novo delito de estupro de vulnerável. Posteriormente, serão estudadas as faixas etárias adotadas no Direito Comparado e os conceitos definidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Por último, será proposta uma tentativa de solucionar os questionamentos acerca do caráter relativo ou absoluto conferido ao conceito de vulnerável presente no art. 217-A em conjunto com a nova disciplina proposta pelo Anteprojeto do Código Penal.

1. DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E SUA REVOGAÇÃO PELA LEI N.º 12.015/2009

Anteriormente, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor eram combinados com a figura da presunção de violência quando a vítima tivesse idade igual ou inferior a quatorze anos, fosse alienada ou débil mental ou estivesse, por qualquer outra causa, impedida de oferecer resistência. Presente qualquer dessas hipóteses, a legislação entendia que o consentimento da vítima para a prática do ato sexual era irrelevante. Portanto, não se fazia necessária a demonstração do emprego de violência física ou de coação moral para o ato sexual, pois a vítima não possuiria capacidade para entender o ato sexual e consentir de forma válida.

No entanto, existiam divergências acerca do caráter conferido à violência ficta, em especial, no que se referia aos menores de quatorze anos. Enquanto a doutrina majoritária³ se inclinava a conferir caráter relativo (*iuris tantum*), a jurisprudência⁴ majoritária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça conferia caráter absoluto (*iuris et iure*).

³ Jesus, Damásio E. de. **Direito Penal**: Parte Especial. 3.v. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 141; Mirabete, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Especial. 2. v. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 455; Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 801; Prado, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 721.

⁴ HC 93.263/RS, Rel. Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, STF, Julgado em 19/02/2008; HC 94.818/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, STF, Julgado em 24/06/2008; HC 81.268/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, STF, Julgado em 16/10/2001; RHC 79.788/MG, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, STF, Julgado em 02/05/2000; HC 76.246/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, STF, Julgado em 13/02/1998; HC 77.018/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, STJ, Julgado em 17/04/2008; HC 86.808/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, STJ, Julgado em 11/09/2208; RESP

Entretanto, há que se destacar que, muito embora a doutrina majoritária admitisse a possibilidade de relativização da presunção de violência, a mesma divergia quanto ao seu fundamento. Isso porque existiam posições sustentando o caráter relativo com base na experiência sexual do menor de quatorze anos⁵, enquanto outras sustentavam a possibilidade de relativização com base na sua capacidade de discernimento⁶. Ademais, existiam doutrinadores dispendo acerca da inconstitucionalidade da violência presumida e da necessidade de adoção dos critérios estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁷.

O caráter relativo baseado na experiência da vítima representava o posicionamento de autores clássicos que se encontravam atrelados aos valores morais preconizados pelo Código Penal de 1940. Eram protegidos pelo referido diploma penal a moralidade e os bons costumes, razão pela qual a presunção de violência poderia ser relativizada em face do menor de quatorze anos que fosse, por exemplo, pessoa já prostituída. Esse era o entendimento de PRADO⁸, o qual sustentava o caráter relativo da presunção de violência quando a vítima era “experiente em assuntos sexuais”.

A doutrina moderna, por sua vez, defendia a possibilidade de relativização com base na capacidade de consentimento válido por parte do menor de quatorze anos⁹. Argumentavam, ainda, que essa presunção de violência era uma ficção jurídica, ou seja, uma generalização da incapacidade de compreensão sobre o caráter sexual do ato praticado¹⁰. Por esse motivo, essa doutrina defendia que a aplicação desse conceito aberto deveria ser feita em conjunto com o caso concreto, sendo possível o afastamento da presunção de violência em situações em que a vítima possuísse desenvolvimento psicológico e condições físicas de consentir e de desejar de forma válida o ato sexual¹¹.

Por outro lado, parte da doutrina entendia como inconstitucional a figura da presunção de violência, uma vez que a legislação penal não admite presunções de culpa. Essa era a

912.032/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, STJ, Julgado em 27/03/2008; HC 61.143/RO, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, STJ, Julgado em 28/11/2007.

⁵ Jesus, Damásio E. de. **Direito Penal**: Parte Especial. 3.v. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 141; Prado, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 721.

⁶ Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial. 4. v. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 68; Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 801.

⁷ Gomes, Luiz Flavio. **Presunção de Violência nos Crimes Sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 75-76.

⁸ Prado, Luiz Regis Prado. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3. v. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 252.

⁹ Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 801.

¹⁰ Greco, Alessandra Orcesi Pedro; Rassi, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 101.

¹¹ Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 801.

posição de GOMES¹², o qual pontuava, ainda, a necessidade de substituição do termo “presunção de violência” por “abuso sexual” com a adoção do critério etário preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Do mesmo modo, o autor comungava do entendimento daquela doutrina acerca da necessidade de análise pelo julgador da capacidade de compreensão do menor sobre o ato sexual.

Em sentido contrário, FARIA e COSTA JÚNIOR¹³ defendiam o caráter absoluto da presunção de violência sob o fundamento de que era irrelevante a experiência sexual do menor ou a sua capacidade de discernimento por ter sido escolhida do legislador a faixa etária de quatorze anos. Esse era o entendimento dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, os quais sustentavam a configuração dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor independentemente da existência de consentimento por parte do menor de quatorze anos em razão da *innocentia consilli* preconizada pela Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal. Somente incipiente jurisprudência dos Tribunais Estaduais¹⁴ vinha reconhecendo a possibilidade de relativização da violência ficta, sob o argumento de que a validade do consentimento deveria ser aferida de acordo com o caso concreto.

Portanto, era perceptível a existência de posições conflitantes tanto em âmbito doutrinário quanto em âmbito jurisprudencial, uma vez que divergiam acerca da possibilidade de relativização ou não da presunção de violência em relação ao menor de quatorze anos. Sequer a doutrina majoritária, que sustentava o caráter relativo da violência ficta, encontrava consenso acerca do fundamento utilizado para justificar seu posicionamento. Do mesmo modo, os Tribunais Estaduais vinham adotando entendimento diverso daquele preconizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com o intuito de encerrar essas controvérsias, restou editado o Projeto de Lei n.º 253/2004, o qual se baseou nas considerações feitas pela CPMI sobre a violência e as redes de

¹² Gomes, Luiz Flavio. **Presunção de Violência nos Crimes Sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 75-76.

¹³ Costa Júnior, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005. p. 571; Faria, Bento de. **Código Penal Brasileiro Comentado: Parte Especial**. 6. v. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1959. p. 71-72.

¹⁴ Apelação N.º 1.0878.04.003068-5, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Desembargador Relator: Herculano Rodrigues, Julgado em 04/05/2006; Apelação N.º 3071533/7, Décima Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Relator: Edisson Mesquita de Paula, Julgado em 20/10/2004; Apelação N.º 70029397239, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Desembargador Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 18/06/2009; Apelação Crime N.º 70022547483, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 24/04/2008; Apelação N.º 70016825556, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 18/04/2007.

exploração sexual de crianças e adolescentes¹⁵. A justificativa do projeto deixou clara a motivação da proposição de alteração legislativa ao mencionar que o entendimento de alguns julgados ia de encontro ao caráter absoluto preconizado pela CPMI, razão pela qual a vulnerabilidade dos menores de quatorze anos deixaria de entrar no mérito da “violência e sua presunção”, passando a ser uma “objetividade fática”. Dito isso, a redação conferida ao crime de estupro de vulnerável deixou cristalina a *mens legis* no sentido de solidificar o critério absoluto para determinar a incapacidade do menor de quatorze anos, uma vez que o dispositivo passou a vedar a conduta de “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos”.

Com isso, restou evidenciada a intenção do legislador em conferir caráter absoluto (*iuris et iuri*) ao conceito de pessoa vulnerável, a fim de encerrar as divergências no que se referia à possibilidade de relativização (*iuris tantum*) da presunção de violência¹⁶. No entanto, a alteração legislativa não foi suficiente para encerrar as considerações feitas acerca da possibilidade do menor de quatorze anos consentir de forma válida para o ato sexual, subsistindo questionamentos acerca da possibilidade ou não de relativização da vulnerabilidade. Dessa forma, a discussão acerca do caráter conferido à presunção de violência não restou totalmente solucionada, tendo apenas adquirido nova roupagem sob o termo de vulnerabilidade.

2. DOS DEFENSORES DO CARÁTER *IURIS TANTUM* DA VULNERABILIDADE DO MENOR DE QUATORZE ANOS

Não obstante a alteração legislativa, a doutrina majoritária¹⁷ permaneceu admitindo a possibilidade de relativização do conceito de vulnerável, especialmente no que se refere ao menor de quatorze anos, uma vez que esse poderá possuir maturidade suficiente para desejar a prática de ato sexual saudável¹⁸. Em que pese o legislador tenha mantido o critério etário para a determinação da vulnerabilidade, é perceptível que a nova redação não tem força suficiente para operar um retrocesso em termos de adequação do Direito Penal à realidade vivida pela

¹⁵ BRASIL. Justificação do Projeto de Lei do Senado Federal n.º 253/2004. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/62972.pdf>>.

¹⁶ Estefam, André. **Crimes Sexuais**: Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61.

¹⁷ Nesse sentido, Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial. 4. v. 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 Dinidade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 103; Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 850.

¹⁸ Estefam, André. **Crimes Sexuais**: Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59.

sociedade, na qual os jovens iniciam sua vida sexual de forma mais precoce que na época em que foi promulgado o Diploma Penal Vigente¹⁹. Ademais, a vulnerabilidade representa a suscetibilidade do indivíduo perante as experiências sexuais, razão pela qual a adoção de um critério absoluto não satisfaz o princípio da liberdade sexual, que ficaria atrelado a uma circunstância que nem sempre irá corresponder ao caso concreto.

A discussão acerca da capacidade de compreensão da vítima é fundamental, pois o consentimento válido ilide o caráter criminoso da conduta²⁰. Dito isso, a possibilidade de relativização do conceito de vulnerável deverá ser apreciada em conjunto com o caso concreto, não podendo se tratar de mera aplicação da norma jurídica sem qualquer estudo do desenvolvimento da vítima²¹. Portanto, é possível afirmar que o conceito de vulnerável comporta relativização, uma vez que se funda na capacidade de discernimento da vítima sobre o ato sexual praticado²².

Conforme bem aponta RASSI²³, a vulnerabilidade é conceito polissêmico que se aplica a diferentes situações, ou seja, é protegido pelo direito penal em diferentes contextos. No que tange ao art. 217-A, é perceptível que a vulnerabilidade dos menores de quatorze anos decorreria de sua imaturidade frente aos atos sexuais, razão pela qual não possuiriam capacidade de consentir de forma válida. No entanto, é de 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.

Por isso, essa proteção conferida à infância e à juventude deve ganhar certos temperamentos, uma vez que não poderá prejudicar o livre desenvolvimento da sexualidade dos menores de quatorze anos. Dessa forma, a verificação da capacidade deve ser questão de fato a ser apreciada de acordo com as condições psíquicas e físicas do ofendido, pois, conforme apontado por FAYET²⁴, a impossibilidade de relativização viria negar ao próprio ofendido o seu direito, quando capaz mental e fisicamente de consentir, de dispor de sua própria sexualidade.

¹⁹ Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 850-851.

²⁰ Leal, João José; Leal, Rodrigo José. **Novo Tipo Penal de Estupro Contra Pessoa Vulnerável**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2263, 11 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13480>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

²¹ Alves, Jamil Chaim; Burri, Juliana; Cunha, Patrícia Bastos Monteiro da Cunha; Nucci, Guilherme de Souza; Zimmaro, Rafael Barone; Silva, Raphael Zanon. **Doutrinas Essenciais: Direito Penal**. 6. v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 79.

²² Fayet, Fabio Agne. **O Delito de Estupro**: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 116.

²³ Rassi, João Daniel. A Questão da Vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 19, n.º 92, set./out. 2011. p. 69-70.

²⁴ Fayet, Fabio Agne. **O Delito de Estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 91-93.

No que tange à jurisprudência, a criação da nova figura típica de estupro de vulnerável deu origem a divergências entre a Quinta Turma e a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Enquanto a primeira conferia caráter absoluto²⁵, a segunda aplicava o entendimento de que se tratava de caráter relativo²⁶. Recentemente, no entanto, a jurisprudência da referida Corte Superior veio a ser uniformizada com decisão proferida pela Terceira Seção, a qual recepcionou a possibilidade de relativização da presunção de violência em relação a três menores de quatorze anos que possuíam experiência sexual em razão da situação de prostituição em que viviam²⁷.

Malgrado o teor do julgamento tenha se adequado à doutrina majoritária no que tange à admissibilidade de caráter *iuris tantum* ao conceito de vulnerável, o reconhecimento da relativização da vulnerabilidade com base apenas na existência de experiência sexual da vítima também não se mostra suficiente para afastar o enquadramento do delito como estupro de vulnerável. Isso porque é de notório conhecimento a existência de crianças que são submetidas à prostituição devido à falta de recursos financeiros e de suporte familiar adequado, demonstrando maior vulnerabilidade. Portanto, de bom alvitre referir as ponderações feitas por BARROS²⁸, o qual argumenta que a vulnerabilidade do menor não decorre apenas de sua experiência sexual, mas de sua imaturidade frente ao ato sexual. O referido doutrinador pontua, ainda, que a vítima menor de quatorze anos que se encontra em situação de prostituição estaria enquadrada, inclusive, no conceito de vulnerável trazido pelo art. 218-B do Código Penal, o qual define como favorecimento à prostituição a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de dezoito anos e maior de quatorze anos.

Diante do exposto, imperioso ressaltar que afastar a criminalização do estupro de vulnerável por ser pessoa já prostituída viria de encontro à proteção de ingresso precoce na vida sexual preconizada pelo art. 217-A do Código Penal²⁹. Ademais, não se pode ignorar que a referida alteração legislativa intencionava conferir proteção especial à dignidade sexual do menor, não só em face de abusos sexuais, mas também contra a prostituição infanto-juvenil.

²⁵ HC 200916/MG, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator Jorge Mussi, Julgado em: 08/11/2011; HC 138239/ES, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator Napoleão Maia Filho, Julgado em: 21/06/2011; HC 134863/ES, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator Napoleão Maia Filho, Julgado em: 16/12/2010.

²⁶ Resp. 637361/SC, Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator Geraldo Og Fernandes, Julgamento em 28/06/2010; Resp. 430615/MG, Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Julgado em 27/10/2009, Ag. Rg. no Resp. 1214407/SC, Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, Julgado em 13/09/2011.

²⁷ Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, E.Resp. 1021634/SP, Julgado em: 23/11/2011.

²⁸ Barros, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. Araçatuba: MB, 2010. p. 41-41.

²⁹ Estefam, André. **Crimes Sexuais**: Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 57-58.

Desse modo, é cabível a admissão do caráter relativo do critério etário para definição do vulnerável, desde que baseada na capacidade de compreensão e maturidade acerca da prática do ato sexual, não se vinculando simplesmente à existência de experiência sexual prévia.

3. DOS DEFENSORES DO CARÁTER *IURIS ET IURE* DA VULNERABILIDADE DO MENOR DE QUATORZE ANOS

Conforme já mencionado, o legislador ao eliminar o termo *presunção de violência* pretendia acabar com as divergências surgidas no que se referia ao caráter relativo (*iuris tantum*) conferido à figura da violência presumida, dispondo como absoluta (*iuris et iure*) a vulnerabilidade da vítima menor de quatorze anos. Em que pese a posição majoritária da doutrina acerca da possibilidade de relativização, a alteração legislativa deu origem a novas posições que passaram a defender o caráter absoluto da vulnerabilidade. Para essa corrente³⁰, a redação do dispositivo limitou a discussão acerca do caráter relativo (*iuris tantum*), passando a representar escolha legislativa que não comporta prova em sentido contrário (*iuris et iure*).

Do mesmo modo, ganhou força o argumento de alguns julgados, os quais permaneceram entendendo como absoluta a vulnerabilidade da vítima menor de quatorze anos. Para os adeptos desse critério, a prática de qualquer ato libidinoso com menor de quatorze anos configurará o crime de estupro de vulnerável, sendo irrelevante a existência de consentimento por parte do ofendido. Portanto, é perceptível que os defensores do caráter *iuris et iuri* da *presunção de violência* permaneceram entendendo que o menor de quatorze anos não detém capacidade para compreender o significado do ato sexual.

Esse é o entendimento consolidado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³¹, o qual manteve seu posicionamento conforme se extrai do seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Eros Grau em julgamento de *habeas corpus* impetrado perante a Segunda Turma da Suprema Corte: “A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos é suficiente à configuração do crime de estupro”³². Dessa forma, é possível concluir que essa corrente vem adotando uma interpretação literal do dispositivo, que veda a prática de qualquer

³⁰ 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**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 188-189; Giorgis, José Carlos Teixeira. Crimes Sexuais e a Pessoa Vulnerável. **Regista Magister de Direito Penal e Processo Penal**. n. 34, p. 33, fev./mar. 2010.

³¹ HC 97052/PR, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Ministro Relator Dias Toffoli, Julgado em 16/08/2011; HC 101456/MG, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Ministro Relator Eros Grau, Julgado em 09/03/2010; HC 99993/SP, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Julgado em 24/11/2009.

³² Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, HC 99897/PR, Julgado em: 17/11/2009.

ato sexual com menor de quatorze anos, oportunidade em que subsistiria, nas palavras de MANZINI, citado por HUNGRIA³³, um “dever absoluto de abstenção de relações sexuais com menores” por serem “carnalmente invioláveis”.

Diante do exposto, é oportuno realizar alguns apontamentos acerca da inadequação do caráter absoluto ao conceito de vulnerável. Primeiramente, é preciso compreender que o enrijecimento da vulnerabilidade não estaria protegendo o menor de idade, mas limitando sua liberdade de desenvolvimento. Ademais, conforme apontamento feito por DIAS³⁴, o crime de estupro de vulnerável passaria a ser classificado como crime de perigo abstrato, uma vez que, existindo a capacidade de discernimento para a prática de ato sexual e sua exteriorização válida, não estaria ocorrendo qualquer violação ao bem jurídico da dignidade sexual.

Aliás, o critério adotado pelo legislador não encontra qualquer fundamento no ordenamento jurídico, motivo pelo qual a manutenção da faixa etária de quatorze anos representa mera escolha legislativa para determinar aqueles que não detêm capacidade de compreensão para a prática de atos sexuais³⁵. Há que se ressaltar, ainda, que a aplicação desvinculada da análise do caso concreto, viria a equiparar todos os menores de quatorze anos àqueles que, por enfermidade mental, não detêm capacidade de discernimento³⁶. Por derradeiro, pertinente são os argumentos esboçados por SALVADOR NETTO³⁷, o qual defende que a aplicação literal da lei não satisfaz a hermenêutica jurídica, uma vez que é trabalho do julgador conferir sentido ao conteúdo normativo.

Demonstradas as incongruências com a adoção de critério biológico absoluto, é válido tecer algumas considerações acerca dos patamares adotados pelas legislações estrangeiras para determinar quando o menor não detém a faculdade de compreender o significado do ato sexual.

4. DA CAPACIDADE DE CONSENTIMENTO DO MENOR NO DIREITO COMPARADO

³³ Fragoso, Heleno Cláudio; Hungria, Nelson; Lacerda, Romão Cortes de. **Comentários ao Código Penal**. 8. v. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 226.

³⁴ 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.

³⁵ Rassi, João Daniel. A Questão da Vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 19, n.º 92, set./out. 2011. p. 75.

³⁶ Alves, Jamil Chaim; Burri, Juliana; Cunha, Patrícia Bastos Monteiro da Cunha; Nucci, Guilherme de Souza; Zimmaro, Rafael Barone; Silva, Raphael Zanon. O estupro sob o prisma da Lei 12.015/09. **Doutrinas Essenciais**: Direito Penal. 6. v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 78.

³⁷ Salvador Netto, Alamiro Velludo. **Boletim IBCCRIM**, ano 17, n.º 202, set. 2009. p. 08.

A idade de quatorze anos para definir aqueles que não detêm capacidade de discernimento não foi adotada apenas pelo Código Penal Brasileiro, sendo, também, opção legislativa prevista no Código Penal Português. Conforme dispõe o art. 172 da legislação penal portuguesa³⁸, é vedada a prática de atos sexuais de relevo com menor de quatorze anos. De acordo com BELEZA³⁹, “a prática de actos sexuais com menor, em menor ou por menor prejudica o desenvolvimento global deste, de forma a justificar uma proteção jurídico-penal absoluta”.

Do exposto, é possível concluir que o legislador português também optou por adotar como critério absoluto a idade de quatorze anos com o intuito de proteger os menores do ingresso precoce na vida sexual. No entanto, a faixa etária adotada também é alvo de crítica pela doutrina portuguesa, em razão da sua inadequação frente às “condições sociais hodiernas, nomeadamente de pública e maciça ‘sexualização’ do quotidiano”⁴⁰. Nesse sentido, pontua ANTUNES⁴¹ que o “critério da incriminação deve ser o da necessidade de proteção por referência ao bem jurídico pessoal da liberdade e da autodeterminação sexual”, existindo questionamentos similares àqueles feitos pela doutrina brasileira.

Por outro lado, existem legislações estrangeiras adotando critério inferior àquele de quatorze anos, no caso, as legislações penais Argentina e Espanhola que, em que pese determinem critérios absolutos em seus dispositivos, estabeleceram a faixa etária de treze anos. O Código Penal Argentino⁴² define como abuso sexual a prática de relação sexual com menor de treze anos, referindo que ficará submetido às mesmas penas aquele que praticar ato sexual com menor de dezesseis anos se aproveitando de sua imaturidade sexual. No mesmo sentido, é a redação do Código Penal Espanhol⁴³ que define como abuso sexual a prática de ato sexual com menor de treze anos.

³⁸ “Art. 172.º 1- Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.”. Disponível em: <<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>>.

³⁹ Beleza, Teresa. O Conceito Legal de Violação, Revista do Ministério Público, ano 15, n.º 59, 1994, p. 56 citada por Antunes, Maria João. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, v. 81, p. 65. 2005.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Antunes, Maria João. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 81, p. 64. 2005.

⁴² “Artículo 119. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediante violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.”. Disponível em: <http://www.codigopenalonline.com.ar/codigo_penal_argentino_delito_sexual.html>.

⁴³ “Art. 178º c/c art. 179.º e art. 180.º; 3.ª “Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.”. Disponível em: <<http://abogadospenal.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol---texto-integro-actualizado-2-121244071996.html>>.

É válido destacar, ainda, o Código Penal Uruguaio⁴⁴, o qual reconhece a possibilidade de relativização do critério de idade adotado pelo dispositivo. Como se vê, o diploma define como crime a prática de conjunção carnal com menor de quinze anos, ressalvando, no entanto, que será admitida prova em contrário se a vítima possuir doze anos completos. Muito embora adote patamar superior aqueles anteriormente mencionados, o legislador uruguaio admite como possível a expressão de consentimento válido por menor com idade entre doze e quinze anos, o que, conforme a redação, deve ser comprovado.

De acordo com a análise da legislação penal estrangeira, é possível perceber a arbitrariedade da adoção de critério absoluto, existindo, no entanto, dispositivos que reconhecem a precocidade do desenvolvimento sexual dos jovens e, por isso, descrevem normas relativizando a existência de violação ao bem jurídico protegido. Ademais, existem críticas por parte da doutrina portuguesa acerca do patamar de quatorze anos adotado pelo dispositivo, critério etário idêntico àquele previsto no crime de estupro de vulnerável. Por outro lado, essa faixa etária não é unânime, havendo, conforme demonstrado acima, legislações reconhecendo a possibilidade de consentimento válido por jovens com idade inferior a quatorze anos.

Esboçados os argumentos perfilados pelas duas correntes e analisada a legislação estrangeira a respeito do tema, sustento o caráter relativo (*iuris tantum*) do conceito de vulnerável em relação aos menores de quatorze anos. No entanto, entendo como necessário delimitar até que ponto essa vulnerabilidade do menor de quatorze poderá ser relativizada a fim de que seja mantida a finalidade da norma de proteger aqueles que não detêm discernimento suficiente para compreender as consequências do ato sexual.

5. DA CAPACIDADE DE CONSENTIMENTO DO MENOR DE QUATORZE ANOS E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

De acordo com os apontamentos de ROXIN⁴⁵, a possibilidade de consentimento deve ser aferida por meio de análise da questão de fato, ou seja, de um estudo sobre a capacidade de discernimento da própria vítima. Portanto, a capacidade de consentir não se liga

⁴⁴ “Artículo 272. (Violación) Comete violación el que compele a una persona del mismo o de distinto sexo, con violencias y amenazas a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse. La violencia se presume cuando la conjunción carnal se efectúa : 1. Con persona del mismo o diferente sexo, menor de quince años. No obstante, se admitirá prueba en contrario cuando la víctima tuviere doce años cumplidos.”. Disponível em: <http://www0.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/Cod_Pen.htm>.

⁴⁵ Roxin, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Lyzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. I, p. 538 citado por Greco, Alessandra Orcesi Pedro; Rassi, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 99.

unicamente à idade, razão pela qual seria errônea a adoção de um critério biológico absoluto. Essa é a crítica que vem sendo feita pela doutrina majoritária acerca do patamar de quatorze anos mantido pelo legislador na redação do dispositivo.

Essa corrente doutrinária vem destacando que o Código Penal está em desacordo com os critérios estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁶. Portanto, a necessidade de substituição da faixa etária de quatorze anos para doze anos⁴⁷, conforme a redação do estatuto protetor, já vinha sendo sustentada antes mesmo da alteração legislativa⁴⁸. Sobre a adoção da idade de dozes anos como fundamento para a relativização, é pertinente o apontamento feito pelo Desembargador Marcelo Bandeira Pereira em julgamento de apelação interposta perante a Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Ainda que não assimile esse entendimento, pelo menos encontro nele razão palpável para relativizar. Afinal de contas, é o próprio legislador, ainda que em diploma diverso, que faz a distinção entre a criança e o adolescente”⁴⁹.

Dessa forma, procede a crítica acerca da necessidade de limitação da vulnerabilidade do menor de quatorze anos, porquanto, muito embora seja considerada arbitrária a adoção de um critério biológico, é inegável que existem pessoas que, devido à tenra idade, carecem de discernimento para compreender as consequências de suas atitudes. Esse é o motivo pelo qual se tem defendido a necessidade de relativização da vulnerabilidade em relação àqueles definidos como adolescentes pela norma estatutária. Nesse sentido, argumentam GRECO e RASSI⁵⁰ que a vulnerabilidade é “questão de fato que deverá ser apreciada em conjunto com o caso concreto quando o adolescente detém idade entre doze e quatorze anos”.

Com isso, mostra-se pertinente a adoção da faixa etária adotada pelo estatuto protetor, uma vez que o mesmo, ao definir como adolescentes os maiores de doze anos, estaria

⁴⁶ Estefam, André. **Crimes Sexuais**: Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59; Greco, Alessandra Orcesi Pedro; Rassi, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 103; Leal, João José; Leal, Rodrigo José. **Novo Tipo Penal de Estupro Contra Pessoa Vulnerável**. In: Jus Navegandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13480/novo-tipo-penal-de-estupro-contra-pessoa-vulneravel>>. Elaborado em: 09/2009. Acessado em: 15/03/2012; Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 851.

⁴⁷ “Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoitos anos de idade.”. (BRASIL. Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>).

⁴⁸ Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 852.

⁴⁹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sétima Câmara Criminal, Relator Desembargador: Marcelo Bandeira Pereira, Apelação N.º 70022547483, Julgado em 24/04/2008.

⁵⁰ Greco, Alessandra Orcesi Pedro; Rassi, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 103.

conferindo capacidade relativa de discernimento àqueles que já atingiram a adolescência⁵¹. Essa interpretação encontra fundamento, ainda, no fato da norma estatutária definir que os adolescentes detêm capacidade de compreensão suficiente sobre as consequências de seus atos, podendo, inclusive, ficarem submetidos à imposição de sanções disciplinares⁵². Dito isso, é possível concluir que o referido diploma legal, por ter um viés protetivo do bem estar da criança e do adolescente, detém melhores condições de determinar o patamar em que o discernimento do menor padece de validade.

Ademais, a possibilidade do maior de doze anos sofrer a imposição de medidas socioeducativas reforça o argumento acerca da impropriedade da adoção da idade de quatorze anos, inclusive, quando se mostra possível a configuração de *estupro bilateral*. Essa nomenclatura é utilizada por FAYET⁵³ ao referir a hipótese de menores de quatorze anos que, ao praticarem atos sexuais, estariam simultaneamente enquadrados na figura típica de estupro de vulnerável, sendo ambos os autores e as vítimas do mesmo delito.

Essa situação demonstra a incongruência existente no sistema jurídico, uma vez que os jovens, apesar de terem discernimento suficiente para sofrerem a imposição de medidas socioeducativas em razão da prática de ato infracional, não teriam capacidade para consentir de forma válida com a prática do ato sexual. Portanto, o sistema jurídico estaria reconhecendo a capacidade relativa dos maiores de doze anos de compreenderem o caráter ilícito das condutas e, ao mesmo tempo, a sua insciência absoluta acerca das consequências de manterem relações sexuais.

Do mesmo modo, há que se reconhecer a irrelevância jurídica do caso da menor de treze anos que mantém relações sexuais consensuais com seu namorado de dezoito anos. A situação, de acordo com o apontado por SALVADOR NETTO⁵⁴, beira a insignificância, uma vez que o ato decorreu do livre consentimento de ambas as partes e, atingida a idade de quatorze anos, o fato passaria a ser atípico. Seria um apego ao moralismo exacerbado defender que a prática de ato sexual com menor de treze anos fere o seu direito à proteção de ingresso precoce na vida sexual, já que a escolha partiria da própria menor.

⁵¹ “Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoitos anos de idade.”. (BRASIL. Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>).

⁵² Gomes, Luiz Flávio. **Presunção de Violência nos Crimes Sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 91.

⁵³ Fayet, Fabio Agne. **O Delito de Estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 104.

⁵⁴ Salvador Netto, Alamiro Velludo. **Boletim IBCCRIM**, ano 17, n.º 202, set. 2009. p. 09.

É necessário diferenciar, no entanto, a situação da infante que vem a praticar atos sexuais a pedido de seu genitor que, utilizando de sua função de garante, constrange moralmente a menor a satisfazer sua lascívia. Nessa situação, a infante, menor ou maior de doze anos, seria vulnerável perante o agente em razão do temor reverencial ou do medo de desagradar o pai, possuindo, portanto, consentimento viciado (§1.º, art. 217-A). Assim, é pertinente destacar o apontamento feito por RASSI⁵⁵, o qual ressalva que, com a adoção da idade de doze anos, não ficarão desprotegidos frente às relações sexuais os menores com idade entre doze anos e quatorze anos, uma vez que o julgador deverá diferenciar a situação em que houve abuso sexual da hipótese em que há livre consentimento.

De acordo com os apontamentos de LEITE⁵⁶, há abuso sexual quando existe uma circunstância de desigualdade entre o agente e o menor. Essa situação caracterizaria hipótese de consentimento viciado, uma vez que o agente estaria obtendo a prática de ato sexual com menor de idade por meio de troca de dinheiro, presentes ou, ainda, valendo-se de sua superioridade ou da inocência do infante. Dito isso, é dever do intérprete determinar se houve a expressão de consentimento válido e se esse não se encontrava viciado devido à circunstância que tornaria o menor vulnerável, não em razão de sua idade, mas devido ao emprego de meio persuasivo.

Demonstrada a necessidade de análise do caso concreto e da incongruência da idade de quatorze anos adotada pelo Código Penal quando confrontado com o Estatuto da Criança e do Adolescente, entendo como pertinente a adoção do critério de criança e adolescente na legislação penal. Essa tendência ganha força com a nova redação conferida ao crime de estupro de vulnerável pelo Anteprojeto do Código Penal.

6. DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PELO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL

O debate acerca do critério etário a ser adotado pelo Código Penal ganha destaque, ainda, com a regulamentação trazida pelo Anteprojeto do Código Penal. Como se vê, a proposta legislativa define como estupro de vulnerável “manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos”. Dessa forma, caso venha a ser introduzida a referida redação, é possível antever uma modificação do posicionamento doutrinário acerca

⁵⁵ Rassi, João Daniel. A Questão da Vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 19, n.º 92, set./out. 2011. p. 75-76.

⁵⁶ Leite, Inês Ferreira. **Pedofilia**. Lisboa: Almedina, 2004. p. 41 citada por Rassi, João Daniel. A Questão da Vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 19, n.º 92, set./out. 2011. p. 77.

da vulnerabilidade, uma vez que a relativização vem sendo sustentada em relação à vítima adolescente, ou seja, àquela que tem idade igual ou superior a doze anos completos.

Essa proposição legislativa demonstra a consistência das críticas que vem sendo feitas pela doutrina acerca da necessidade de adoção dos critérios estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Não é possível saber ao certo se as divergências serão sanadas de forma unânime, mas é possível compreender que a insatisfação da doutrina majoritária restará sanada com a adoção do critério etário de doze anos. Ademais, o Diploma Penal passaria a guardar coerência com o ordenamento jurídico, restando afastada, portanto, a possibilidade de configuração da estranha figura do *estupro bilateral*.

Há que se ressaltar, ainda, que os menores com mais de doze anos não restarão desprotegidos frente à prática de atos sexuais abusivos, uma vez que o dispositivo permanecerá possibilitando a análise do caso concreto. Como se vê, o §1.º do art. 186 do Anteprojeto do Código Penal determina que “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”. O dispositivo ao fazer referência àquele que “não possui o necessário discernimento” sem realizar qualquer menção específica à idade da vítima permite o reconhecimento da situação de vulnerabilidade do maior de doze anos, desde que demonstrada a ausência de discernimento do mesmo para a prática do ato sexual.

Por derradeiro, é possível concluir que a análise da vulnerabilidade permanecerá sendo questão de fato, devendo o intérprete analisar as circunstâncias do fato a fim de constatar se o consentimento dado pelo menor se encontrava ausente de vícios. De acordo com os apontamentos feitos, a valorização do conteúdo normativo de acordo com o caso concreto é dever do intérprete. Dessa forma, é possível compreender que a nova figura típica de estupro de vulnerável prevista pela proposição legislativa representaria avanço no que tange à adequação da norma penal ao desenvolvimento da sexualidade dos jovens na sociedade moderna.

CONCLUSÃO

De acordo com o analisado, é perceptível que a tentativa de conferir caráter absoluto ao conceito de vulnerável não obteve êxito, uma vez que a doutrina e a jurisprudência majoritárias permaneceram admitindo a possibilidade de relativização. Cabe anotar, ainda, que o entendimento doutrinário abandonou o critério meramente etário, passando a apontar a

vulnerabilidade fundada na capacidade de discernimento suficiente da vítima menor de quatorze anos para compreender o caráter ilícito da conduta. A fragilidade da adoção de um critério biológico absoluto restou demonstrada quando cotejadas com as faixas etárias adotadas em âmbito de legislações estrangeiras, restando evidente a ausência de unanimidade acerca da idade em que o menor passa a possuir capacidade de compreender as consequências de seus atos sexuais.

De qualquer forma, salutar a imposição de limitação da possibilidade de relativização, sugerindo-se a utilização de critérios estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, já que se mostra a alternativa de maior coerência em termos de uniformização do sistema jurídico. Portanto, é incontroverso que a vulnerabilidade consubstanciada no art. 217-A do Código Penal detém caráter relativo, porém a mesma deve ser limitada apenas aos que possuem idade entre doze e quatorze anos, na medida em que inegavelmente a criança não possui discernimento para consentir na prática de ato sexual. Por fim, vale destacar que cabe ao intérprete analisar no caso em concreto se a vítima era vulnerável conforme os vetores acima apontados, o que será extraído das circunstâncias da prática do ato sexual e do próprio consentimento do menor.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jamil Chaim; Burri, Juliana; Cunha, Patrícia Bastos Monteiro da Cunha; Nucci, Guilherme de Souza; Zimmaro, Rafael Barone; Silva, Raphael Zanon. **O estupro sob o prisma da Lei 12.015/09. Doutrinas Essenciais: Direito Penal.** 6. v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ANTUNES, Maria João. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 81, 2005.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes Contra a Dignidade Sexual.** Araçatuba: MB, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial.** 4. v. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial.** 4. v. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

BRASIL. Justificação do Projeto de Lei do Senado Federal n.º 253/2004. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/62972.pdf>>.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>.

BRASIL. Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1.º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5.º da Constituição Federal e revoga a Lei n.º 2.252, de 1.º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005.

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

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

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**: Comentários à Lei 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

FAYET, Fabio Agne. **O Delito de Estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 104.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; Hungria, Nelson; Lacerda, Romão Cortes de. **Comentários ao Código Penal**. 8. v. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 226.

GENTIL, Plínio; Marcão Renato. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**: Comentários ao Título VI do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Crimes Sexuais e a Pessoa Vulnerável. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, n. 34, p. 20-34, fev./mar. 2010.

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.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: Parte Especial. 3.v. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LEAL, João José; Leal, Rodrigo José. **Novo Tipo Penal de Estupro Contra Pessoa Vulnerável**. In: Jus Naveandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13480/novo-tipo-penal-de-estupro-contrapessoa-vulneravel>>. Elaborado em: 09/2009. Acessado em: 15/03/2012

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. 2. v. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RASSI, João Daniel. A Questão da Vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 19, n.º 92, set./out. 2011.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Boletim IBCCRIM**, ano 17, n.º 202, set. 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, jurisprudência disponível em <<http://www.stj.gov.br>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, jurisprudência disponível em <<http://www.stf.jus.br>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, jurisprudência disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, jurisprudência disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, jurisprudência disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>.