



Septiembre 2017 - ISSN: 1988-7833

MENOR VULNERÁVEL!? CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

VULNERABLE MINOR !? CONSIDERATIONS ABOUT THE RAPE OF VULNERABLE

Gabriel Nunes Do Rêgo*

Volgane Oliveira Carvalho**

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Gabriel Nunes Do Rêgo y Volgane Oliveira Carvalho, (2017): "Menor vulnerável!? considerações acerca do estupro de vulnerável", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julio-septiembre 2017). En línea:
<http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/menor-vulneravel-consideracoes.html>

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o crime do estupro de vulnerável pela perspectiva da presunção de vulnerabilidade dos menores de catorze anos, para tanto, será apresentado um histórico do delito desde a Antiguidade até a atualidade, bem como sua análise esquemática. Adiante passa-se ao exame da violência como figura essencial para a caracterização do crime e sua desnecessidade, quando se tratar de vítima vulnerável. Por fim, a partir da apreciação conjunta de normas, jurisprudência e doutrina busca-se descobrir se existe possibilidade de excluir a tipicidade da ação, afastando a conduta do indivíduo.

Palavras-chave: Menor vulnerável. Estupro de Vulnerável. Presunção de vulnerabilidade.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the crime of rape of vulnerable by the perspective of the presumption of vulnerability of children under fourteen, for which a history of the crime will be presented from antiquity to the present, as well as its schematic analysis. Ahead is the examination of violence as an essential figure for the characterization of crime and its unnecessary, when it is a vulnerable victim. Finally, from the joint assessment of norms, jurisprudence and doctrine, it is sought to find out if there is a possibility of excluding the typicality of the action, removing the conduct of the individual.

Keywords: Vulnerable minor. Rape of vulnerable. Presumption of vulnerability.

INTRODUÇÃO

Partindo da ideia de que a função precípua do direito é regulamentar as relações entre os indivíduos, tendo como objetivo estabelecer a paz social, utiliza-se a ideia do intérprete do direito,

** Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor do Curso de Direito do Instituto Camillo Filho.

cuja função é aplicar a norma a determinados casos concretos e em determinadas situações. A mecanicidade que, muitas vezes, gira em torno da aplicação da norma é responsável por vacilações na interpretação, controvérsias na prática, consequentemente, provocando falhas jurídicas e prejudicando o andamento da justiça na maioria das situações.

A convivência em sociedade só se torna possível se houver a convergência de funcionalidades de cada indivíduo. A convivência de maneira pacífica é alcançada quando é voltada para a construção de um ideal em comum no intuito de preservar a cultura de determinado agrupamento de indivíduos. As leis são instituídas em sociedade com essa finalidade, a fim de direcionar as atitudes dos seres humanos a ponto de se obter o melhor de cada um, portanto, idealizadas para construírem regras positivas de conduta que devem se estender a todos.

A partir dessa noção, surgem várias interpretações para o crime de estupro de vulnerável, especialmente, no que tange ao reconhecimento da condição de vulnerabilidade da vítima. A ênfase da análise do presente trabalho se dá no fator progressivo, uma vez que é nítido o descompasso entre a sociedade atual e aquela da época da criação do Código Penal.

Durante esse intervalo, mudaram um pouco as ideias referentes a proteção da liberdade sexual, assim como os limites nos crimes sexuais. Pela concepção de que a palavra vulnerável não poder ser resumida em um conceito totalmente fechado é que surgem as discussões referentes à possibilidade de determinado indivíduo ser considerado ou não vulnerável, em virtude da subjetividade de análises feitas em cada caso concreto com o propósito de incriminar um sujeito ou não.

A liberdade sexual defendida pelo Código Penal, em síntese, seria a liberdade de um indivíduo, ou seja, seu consentimento nas relações sexuais com outros indivíduos. Para o entendimento dessa concepção de liberdade, necessária a compreensão da evolução histórica longa e acidentada de sua proteção, com foco no menor de 14 anos e no doente mental. Em vista disso, vislumbra-se a ideia de que a presente pesquisa não busca apreciar de forma estanque o tema, uma vez que a lei visa a acompanhar a realidade social buscando a simetria com a mente humana.

1 O ESTUPRO E SEUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O crime de estupro ao longo do tempo foi ganhando contornos diferenciados que permitiram um estudo detalhado sobre suas consequências no mundo jurídico, sob diferentes vertentes. Sendo assim, necessária uma visão diacrônica a respeito do tratamento que era dado ao estupro e como se originou a figura do vulnerável contemplado pelo Código Penal.

1.1 ANTIGUIDADE ORIENTAL

Desde os tempos mais antigos, as ideias dos crimes relacionados à liberdade sexual os quais eram consideradas como os mais graves e que possuíam as penas mais rígidas por causa de seu alto grau de reprovabilidade perante a sociedade. Como um dos antecedentes mais remotos na

história da humanidade, temos o Código de Hamurabi, que foi criado na Mesopotâmia, em torno do século XVIII a.C., tendo como referência a Lei de Talião, pois existiam regras e punições para cada que fosse descumprida.

Segundo o referido código, o estupro era uma conduta destinada apenas àquelas mulheres virgens comprometidas com outro homem, mas que não convivesse com o ele. Dentre as várias punições que eram destinadas à mulher, tinha-se o afogamento, caso ela fosse encontrada com outro homem, assim como punia-se com a pena de morte o estupro de mulher já prometida. Com o andar dos anos, foram-se afastando a ideia de penas corporais como mutilações ou mortes e aderindo-se a penas mais humanitárias (KERSTEN, 2007).

A ideia de um mundo jurídico do povo hebreu se vincula à Torah, ou o chamado Pentateuco, pois, dentro desse sistema, existem quase todas as prescrições que regem o direito na sociedade.

Na legislação mosaica, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados. Contudo, se o homem encontrasse essa donzela nos campos e com ela praticasse o mesmo ato, usando de violência física, somente aquele era apedrejado. Se a violência física fosse empregada para manter relação sexual com uma donzela virgem o homem ficava obrigado a casar-se com ela, sem jamais poder repudiá-la e, ainda, a efetuar o pagamento de 50 ciclos de prata ao seu pai. (PRADO, 2001)

1.2 O DIREITO ROMANO

Para a cultura dos povos romanos, a palavra *stuprum* deu origem ao termo estupro, que buscava atingir todas as atividades de cunho sexual e atos com libido que viessem a ser praticados em relação á ambos os sexos. Nota-se, aqui, um certo avanço com relação à vítima do crime de estupro, porque houve a inserção da figura masculina como sujeito passivo do crime, fato considerado inovador para o ordenamento jurídico. Como ideia geral, para os que se submetiam ao direito romano, associavam o estupro à desonra e à vergonha própria.

Evoluindo-se das fases de vingança, por meio do talião e da composição, bem como da vingança divina na época da realeza, Direito e Religião separam-se. Dividem-se os delitos em *crimina pública* (segurança da cidade, *parricidium*), ou crimes *majestatis*, e *delicta privata* (infrações consideradas menos graves, reprimidas por particulares). Seguiu-se a eles a criação dos *crimina extraordinária* (entre as outras duas categorias). Finalmente, a pena torna-se, em regra, pública. As sanções são mitigadas, e é praticamente abolida a pena de morte, substituída pelo exílio e pela deportação *interdictio aquae et igni*). Contribuiu o Direito Romano decisivamente para a evolução do Direito Penal com a criação de princípios penais sobre o erro, culpa (leve e lata), dolo (*bonus e malus*), imputabilidade, coação irresistível, agravantes, atenuantes, legítima defesa etc. (MIRABETE, 2006, p. 1)

Durante esse período percebe-se a forte influência que trouxe o direito romano com relação aos princípios da legislação penal da época, e, cada, vez mais atenuando o caráter repressivo das punições.

1.3 O DIREITO CANÔNICO

O Direito Canônico era chamado como o Direito da Igreja, já que esta exercia sua forte influência na sociedade. Ele surge pela passagem entre a época do Direito Romano e o Direito Moderno. Naquela época, a ideia era estender-se o Direito Romano semeando o Cristianismo em diferentes nações.

Para essa cultura, analisa-se a mente do criminoso, ou seja, toda a carga subjetiva da conduta do agente, pois a ideia era fazer emergir a noção do remorso por parte do agente e acender a concepção do arrependimento. Com relação ao estupro, apenas a mulher virgem era considerada como sujeito passivo desse delito, descartando a ideia da mulher não virgem. Para a caracterização do possível crime, era exigência a ideia de violência, a penetração forçada feita pelo criminoso. Fazendo um breve comparativo, as Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) idealizavam a pena de morte para a mulher virgem e para a mulher que já mantivera relações sexuais (SILVA, 2015).

O Código Criminal de 1830, no que tangia à proteção da honra do indivíduo, englobava o ato sexual com mulher virgem, com idade inferior a 17 anos, pelo que reza o artigo 219 desse dispositivo. Mencionava também a relação sexual ocorrida mediante violência ou ameaça, com qualquer mulher fiel (art. 222) e segundo o próprio Código, o estupro possuía a pena mais alarmante, caso ocorresse mediante violência ou ameaça no qual era apenado com prisão de 3 a 12 anos, cumulado com o dote da ofendida. Caso a vítima fosse prostituta existia a possibilidade de diminuição da pena (SIQUEIRA, 1951).

Apesar de a igreja ter exercido um forte papel na sociedade, há registros históricos de penas cruéis contra humanos. Sendo que as maiores atrocidades aconteciam na execução da pena à vista de todos em praça pública, pois fazia parte das tradições da época, como forma de humilhação pública.

[...] forçoso reconhecer que a legislação penal dessa época se caracteriza pela grande crueldade na execução das penas, com objetivo apenas de vingança social e intimidação. Tem-se um direito de desigualdades, cheio de privilégios, heterogêneo, caótico; constituído sobre um conglomerado incontrolável de ordenações, leis arcaicas, editos reais e costumes; arbitrário e excessivamente rigoroso. (PRADO, 2002, p. 57-58)

Aqui, deve-se frisar o caráter cruel que possuíam algumas penas durante a legislação penal daquela época. A fase humanitária da pena viria a ser alcançada tempos mais tarde.

1.4 DIREITO ISLÂMICO

Atualmente as sociedades regradas pelo islamismo tem uma das maiores porcentagens de estupros do mundo. A cultura muçulmana do estupro se inicia no ano de 1624, quando o profeta Maomé criou uma ideia como forma de prêmio aos que seguiam seus ensinamentos, a possibilidade de violar as mulheres já compromissadas, além de garantir os troféus de guerra. Visto de um modo bem critico com relação à sociedade antes era um adultério, mas depois disso servia como forma de

incentivar os que iam para a guerra. Nesse contexto surge uma figura para proteger a face da mulher: a burca islâmica.

Alguns chegaram a afirmar que a ideia da burca servia como se fosse apenas uma forma de acessório feminino, mas o Corão explica para qual finalidade ela foi criada. Em síntese, a ideia principal da burca era distinguir aquelas mulheres que já eram comprometidas aos seus esposos, daquelas que eram escravas capturadas em tempos de guerra, sendo que as primeiras eram vistas como sendo propriedade de seus maridos e as outras eram consideradas do povo, por não possuírem dono. O significado para um muçulmano, é que com a burca somente o marido poderá tocá-la, enquanto que a falta da burca implica em dizer que qualquer um poderia violentá-la.

Existia dentre os muçulmanos a crença da provocação por parte da mulher, ou seja, quando não protegida pela ou adepta da burca, implicaria dizer que aquela mulher poderia ser estuprada sem problema algum. Acrescente-se, ainda, o fato de que se elas não quisessem usar a burca porque lhes tornavam menos femininas e se consideram como assombrações vagando pelas ruas com sua ausência de individualidade, então elas eram terminantemente culpadas por serem violentadas.

Fazendo um breve paralelo com as ideias do povo ocidental, seria crime porque atentaria contra a honra dos indivíduos, sendo um direito protegido constitucionalmente. Para o islamismo, só é crime por ser um ato sexual que ocorre fora da relação conjugal. Em vários países islâmicos, inclusive, caso alguém queira acusar alguém de estupro pode se referir tanto ao sujeito ativo, como ao sujeito passivo.

O islamismo não vê o crime de estupro como um atentado contra a figura da mulher, mas sim contra o pai e o marido, pois parte-se da ideia de que ela é propriedade do pai enquanto não casada, mas, assim que está compromissada ele entrega essa responsabilidade ao futuro marido.

Durante muito tempo, a jurisprudência islâmica colocava nas mulheres a responsabilidade por serem consideradas como o fruto do pecado dos homens. O raciocínio linear do Islã diz que se um homem viola um ser do sexo feminino, parte da ideia de que ela o tentou. A ideia de nascer mulher já cristaliza a ideia de que ela tenta provocar o homem naturalmente. A burca buscou retirar um pouco a ideia do feminismo das mulheres para sua proteção, mas acabou incitando uma acusação às mulheres. As mulheres passaram a cobrir seus corpos não mais para sua proteção, mas para proteger a figura do homem.

2 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

2.1 VIOLÊNCIA NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Com o advento da Lei nº 12.015/2009 afastou-se a figura da violência ficta, e passou-se a considerar apenas a vulnerabilidade da vítima. Se for constatada a violência real, que possa decorrer lesão corporal grave ou morte, aumenta-se a pena, que antes era de 10 a 20 anos para o mínimo de 12 e o máximo de 30 anos para essa, ambas de reclusão.

São pessoas vulneráveis, os menores de 14 anos, lembrando que essa vulnerabilidade encerra-se no dia do 14º aniversário. Integram o rol, também, aqueles que não têm o necessário discernimento para a prática do ato sexual, por enfermidade mental ou deficiência mental e quem por qualquer outro motivo não pode oferecer resistência tais como: portadores de necessidades especiais, drogaditos e ébrios.

Nesse sentido, vulnerável é quem, de forma absoluta, não tem discernimento suficiente para consentir validamente com a realização de atos sexuais. Mesmo que consintam com o ato sexual, esse consentimento deverá ser considerado inválido. Ademais, nos casos onde não pode oferecer resistência ao ato sexual forçado, o estupro se tipifica com a ausência de consentimento e não apenas pela impossibilidade de resistência.

O fato de haver o crime mesmo que a vítima tenha concordado com a prática do ato sexual causa alguns embaraços, por configurar hipótese de responsabilidade penal objetiva, aquela a vontade do agente é indiferente. Assim, a simples prática da ação tipificada é suficiente para configuração do delito. Nesse caso, não interessa a verificação do verdadeiro desejo do agente.

A pena mínima cominada ao crime de estupro de vulnerável é de 8 anos de reclusão (CP, art. 217-A), a ser cumprida inicialmente em regime fechado (CP, art. 33, § 2ª, a). Não bastando a pena alta, os condenados por estupro são estigmatizados em presídios e penitenciárias, tornando-se, de modo recorrente, vítimas de violência sexual e física.

2.2 O MENOR DE 14 ANOS E O FALSO VULNERÁVEL

O crime de estupro de vulnerável é tratado sob dois pontos de vista uma vez que considera-se como vulnerável não só o deficiente mental mais aqueles indivíduos que ainda não alcançaram os 14 anos. Existem ainda muitas discussões acerca do tema que ganha repercussão mundial vez que é um assunto que por ter uma temática pesada gera inúmeras possibilidades de análise por parte de estudiosos.

Grande parte da doutrina gravita sob a ideia de que a presunção por parte do menor de 14 anos é terminantemente absoluta, ou seja, quem, em tese, mantiver conjunção carnal ou praticar ato libidinoso contra menor de 14 anos necessariamente o fez com o uso da violência. Um ponto a ser pensado está na ideia de que é importante o aprofundamento do debate acerca da relativização da violência praticada (CAPEZ, 2010).

Um ponto novo a ser considerado neste debate diz respeito à experiência sexual vivida pelo menor de idade. Até alguns anos atrás, a vida sexual era vista como algo reservado à idade adulta. Hodiernamente, esta premissa está ultrapassada, considerando-se, a precocidade da iniciação sexual dos jovens. Não pode ser desconsiderado o quantitativo de pessoas que teve relações sexuais antes de atingir a maioridade. Isso cria um ambiente social permissivo, que aceita e, por vezes, estimula tais experiências (NOGUEIRA, 2013).

De outro lado, deve-se observar que muitos jovens que iniciaram a sua vida sexual mais cedo, anos mais tarde consideram como um mal passo nas suas vidas. Uma explicação aceitável

para isso decorre das modificações corporais pelas quais os jovens são submetidos no período de transição da infância para a adolescência.

O ambiente cultural tem papel de destaque na precocidade sexual, pois crianças e adolescentes estão, cada vez mais, expostos a um ambiente de acentuada sexualidade. Forte exemplo disso pode ser encontrado na música, especialmente no funk. Esse ritmo investe com força em letras e coreografias que banalizam o sexo e promovem a desvalorização do gênero feminino. As músicas referem-se comumente às mulheres como animais e frutas de modo demasiado pejorativo e as coreografias simulam o ato sexual. O esquete é completado pela indumentária típica dos adeptos marcadas por roupas curtas e justas, que estimulam ainda mais a sexualidade (ANDRADE, 2010).

Nesse cenário, coloca-se em xeque a visão cristalizada de que os menores de 14 anos não têm plena consciência das consequências dos seus atos merecendo, por isso, receber tutela estatal permanente. O tempo, a sociedade e legislação demonstram que essa premissa é frágil e não possui grande sustento hodiernamente.

É inegável o fato de que não se pode tomar isso como regra, mas se deve admitir o fato de que a sociedade sofreu uma importante alteração de costumes, que influiu na personalidade dos indivíduos. Obviamente, não se pretende atribuir pleno discernimento aos deficientes mentais, deixando-os desprotegidos, a questão diz respeito ao menor de 14 anos, que possui desenvolvimento psicológico e corporal bem superior ao imberbe da década de 1940.

A ideia do falso vulnerável se traduz, justamente, na constatação de que não só a mentalidade, mas o corpo do jovem influencia no momento de iniciar a vida sexual. Muitos encaram isso como forma de amenizar a culpa do sujeito ativo, mas essa deve ser uma ideia que mereça um pouco de atenção, até como uma forma de não se cometer injustiças na análise dos casos concretos.

Embora seja praticamente unânime nos tribunais o entendimento de que o consentimento não atinge o tipo penal, não se pode aderir cegamente a ideia de responsabilidade objetiva em um tipo penal que se acha completamente impregnado de subjetivismos e influências de ordem cultural, moral e religiosa.

2.3 PEDOFILIA *VERSUS* ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Outra questão importante diz respeito à relação existente entre o estupro de vulnerável e a pedofilia. Antes de tecer comentários sobre a pedofilia, necessário se fazer uma breve alusão aos chamados desvios da sexualidade, que constituem em perturbações da sexualidade que podem ser recorrentes ou acontecerem em episódios, que se acendem através de fantasias ou de comportamentos e que são sentidas pela pessoa como sexualmente estimulantes.

Percebe-se que esses tipos de comportamentos mais específicos são o exibicionismo (exposição das partes íntimas); a ideia de fetiches (uso de objetos); o *frotteurismo* (tocar em uma pessoa que não concorda com esse toque); a pedofilia (foco em crianças); masoquismo sexual (ser alvo de tortura ou sofrimento); o sadismo sexual (incitar dor); o e o *voyeurismo* (se excitar em ver ato sexual).

A pedofilia caracteriza-se pela ocorrência de práticas sexuais entre um indivíduo maior de 16 anos com uma criança no período da pré-puberdade. Os estudos de psicanálise encaram o tema abordado como uma ideia de doença sexual (NOBRE, 2009).

É mister ressaltar que não se trata de uma doença, mas de uma parafilia, ou seja, um distúrbio psíquico que se caracteriza pela obsessão por práticas sexuais não aceitas pela sociedade, como o exibicionismo e o sadomasoquismo. Muitas vezes, o pedófilo apresenta uma sexualidade muito pouco explorada e teme pela resistência de um parceiro em iguais condições. Sexualmente reprimido, escolhe como parceiro uma pessoa considerada vulnerável.

Assim, a pedofilia se classifica como desvio de sexualidade, caracterizado pela atração por crianças ou adolescentes sexualmente em maturidade, que, para os portadores dessa síndrome, funcionam como válvula de escape, o erotismo resultante da prática de obscenidades ou de atos libidinosos, sendo considerada uma regressão do indivíduo adulto a curiosidade sexual e a atividade de exploração de uma criança.

Essa intensa ansiedade promotora de incapacidade de assumir uma relação heterossexual normal, afasta o pedófilo do parceiro sexual adulto, pois o desejo está na ideia de se relacionar sexualmente com um menor. A pedofilia tanto pode se manifestar por relações heterossexuais quanto homossexuais dependendo no caso concreto do sexo da vítima.

Quando se verifica o perfil do pedófilo, revela-se como traço comum o sentimento de inferioridade e reduzida autoestima, são pessoas caladas e afastadas, com imaturidade emocional, possuem dificuldade na relação com pessoas de sua mesma idade e maduras, podendo apresentar sinais de raiva e bipolaridade ou outros transtornos mentais associados. A psicologia forense mostra como causas da pedofilia fatores ambientais sociais e psicológicos, bem como a possibilidade de algum tipo de moléstia na infância.

É relevante que se faça uma avaliação rígida daqueles que se encontram classificados como pedófilos pela sociedade, já que, do ponto de vista psiquiátrico-forense, a pedofilia é considerada uma perturbação da saúde mental e considerado semi-imputável nos moldes do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 26 [...] Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 2017a)

Os peritos legais devem analisar se a pedofilia está relacionada ao alcoolismo, demência ou psicose, nestes casos estaremos diante de um esquema de inimputabilidade previsto no art. 26, *caput*, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 2017a)

Nesse caso do artigo 26, pode-se inferir que só será isento de pena se a condição de desenvolvimento cerebral não permitir ao sujeito ativo perceber a ilicitude de sua conduta.

2.4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA LEGISLAÇÃO PENAL

Dentro da temática do crime de estupro, alguns aspectos podem agravar a pena do crime ou atenuá-la, mas tudo isso dependerá do caso concreto e das circunstâncias subjetivas e objetivas a que ele se submete.

2.4.1. Qualificação pelo Resultado Lesões Graves (artigo 217-A, § 3º)

O crime do estupro de vulnerável é considerado uma das mais relevantes inovações trazidas pela Lei nº 12.015/2009. Com a concepção do art. 217-A, foi abolida a presunção de violência nos crimes sexuais, mediante a revogação do art. 224 do Código Penal.

Assim, o estupro de vulnerável será qualificado sempre que a conduta do agente resultar lesão corporal de natureza grave, ocasião em que a pena aplicada será de reclusão de 10 a 20 anos, conforme previsão contemplada no § 3º do artigo 217-A. Aqui, entende-se como conduta, a violência física ou a grave ameaça (GUIMARÃES, 2011, p.29).

Segundo Guilherme Nucci (2009, p. 827), a incidência da qualificadora pode acontecer em duas situações. Na primeira hipótese, se houver lesão grave consumada e estupro consumado, haverá estupro consumado qualificado pelo resultado lesão grave. No segundo caso, se houver lesão grave consumada e tentativa de estupro, também ocorrerá o estupro consumado qualificado pelo resultado lesão grave, aplicando-se a mesma solução do latrocínio (Súmula 610 do STF).

O §3º do art. 217-A traz a qualificadora de lesão corporal grave, aumentando os patamares mínimo e máximo da pena do estupro de vulnerável de 8 a 15 anos, para 10 a 20 anos, quando da conduta resultar lesão corporal grave. Nota-se que a norma, ao referir a lesão corporal grave, está dispondo tanto o previsto no § 1º do art. 129, como no § 2º:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. Lesão corporal de natureza grave § 1º Se resulta: I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto: Pena - reclusão, de um a cinco anos. Lesão corporal de natureza gravíssima § 2º Se resulta: I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto: Pena - reclusão, de dois a oito anos. (BRASIL, 2017a)

Com esse entendimento, deve ser analisado se na conduta do sujeito, voltada à lesão da dignidade sexual do vulnerável, no intento de praticar um determinado ato libidinoso, provocar a debilidade permanente de membro ou a perda do membro, como por exemplo, em função da atecnia nas amarras utilizadas para a prática de atos libidinosos, o sujeito terá sua pena aumentada para o mínimo de dez e máximo do artigo.

2.4.2 Qualificação através do Resultado Morte (artigo 217-A, § 4º)

É devido à redação do § 4º do art. 217-A, que se deve relacionar como qualificadora a morte resultante da conduta do agente em estuprar vulnerável. Se o método empregado para obter o ato libidinoso causar a morte do sujeito passivo, a pena deverá ser determinada entre o mínimo de doze anos e o máximo de trinta anos, como reza o artigo.

Seguindo Sbartellotto (2012, p.13), quanto ao resultado morte, diversamente, sustenta-se que deverá decorrer da conduta do estuprador. Isso porque a pena do estupro de vulnerável, na sua forma simples é de 8 a 15 anos de reclusão. O homicídio doloso simples possui pena de 6 a 20 anos de reclusão. Ora, se somarmos aludidas penas, teremos 14 a 35 anos de reclusão. Em contrapartida, o legislador apenas impôs uma sanção de 12 a 30 anos para o resultado morte (§ 4º), muito desproporcional com relação à eventual soma das penas, notadamente quanto ao mínimo. Logo assim, o estupro de vulnerável com resultado morte deve ser considerado crime unicamente preterdoloso, sob pena de haver a não convergência com todo o sistema vigente, em se tratando de delitos classificados pelo mesmo resultado.

Em termos penais, a competência para julgar o crime de estupro que resultou na morte da vítima será do juiz singular, tendo em mente, não ser o estupro um crime doloso contra a vida.

2.4.3 O artigo 234-A do Código Penal

A pena será aumentada em metade, se o crime resultar gravidez (CP, art. 234-A, III). Esse aumento de pena se deve pelo fato de o crime ofender a dignidade sexual e ainda resultar em uma gravidez indesejada.

Aumento de um sexto até metade da pena caso o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador (CP, art. 234-A, IV). Esse aumento de pena incide quando o sujeito, agindo com dolo direto ou eventual, contamina a vítima por meio do contato sexual. O caso de exasperação exige o efetivo contágio, diferentemente dos crimes de perigo (CP, arts. 130 e 131) que se consumam sem dependência da transmissão da doença.

Segundo preceitua o artigo 226 do Código Penal: “Aumenta-se de quarta parte, se o crime é cometido em concurso de duas ou mais pessoas” (CP, art. 226, I).

Esse aumento de pena tem fundamento na maior facilidade obtida pelo agente no emprego dos meios de execução do delito. Através desse artigo se deduz que “a coparticipação de duas ou mais pessoas no proceder dirigido à violação da dignidade sexual, sem dúvida, facilita a subjugação da vítima.” E, de acordo com o artigo 226, II:

Artigo 226, Inciso II - Aumenta-se de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor (aquele que ministra educação individualizada) ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela. (BRASIL, 2017a)

A pena maior se justifica em razão de o agente ter algum grau de parentesco, de relação próxima, de ser empregador, ou exercer por qualquer outro título autoridade sobre a vítima.

3 A IDEIA DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL DO ARTIGO 217-A

A presunção absoluta de vulnerabilidade, não admite que a condição de fragilidade seja afastada em nenhuma hipótese, sendo irrelevante as especificidades do caso concreto. A jurisprudência oferece exemplos que convergem neste sentido:

A configuração do tipo estupro de vulnerável prescinde da elementar violência de fato ou presumida, bastando que o agente mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de catorze anos, como se vê da redação do art. 217-A, nos termos da Lei n.º 12.015/2009. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010)
706012 GO 2005/0149051-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 23/02/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/03/2010). (BRASIL, 2010, *online*, p.01)

A presunção de violência traz abre dúvidas acerca da sua natureza e isso acaba resultando na criação de diferentes teorias explicativas sobre o tema, tais como a absoluta, a relativa, a mista e a constitucionalista. Para os que defendem a teoria absoluta, a presunção era não poderia jamais ser afastada, ou seja, aquele que praticar ato libidinoso ou relação sexual com menor já será considerado responsável pelo crime.

Os afiliados à teoria relativa, admitem certa abertura, por exemplo reconhecendo a inocorrência de presunção direta sempre que a menor de 14 anos já fosse experiente em assunto sexual e demonstrasse ser promíscua. A teoria mista, em seu fundamento, mantinha a ideia de que com relação aos menores de 12 anos era realmente absoluta, mas caso se voltasse a adolescentes, poderia admitir a produção de provas.

Por fim, a teoria constitucionalista reflete a ideia de que o Direito Penal se baseia na ideia de culpabilidade, considerando como inconstitucional qualquer lei penal que não aceite a responsabilidade subjetiva, e que não admitisse provas capazes de afastar a culpabilidade do agente. Esta última teoria aproxima-se da ideia de presunção relativa, vez que admite a produção de provas que afastem a responsabilidade do agente.

Atualmente, as discussões sobre o estupro de vulnerável, seguem as mesmas ideias da presunção de violência, pois para os fins de estupro, o legislador apenas contemplou as remotas hipóteses que eram atribuídas pela lei como presunção de violência, mas, hoje em dia, é minoritária a doutrina que confere caráter relativo à questão acerca da vulnerabilidade.

3.1 O ERRO INEVITÁVEL POR PARTE DO AGENTE

Erro de tipo traduz a ideia de que o sujeito tem de estar agindo através dos preceitos normativos, baseando-se na falsa percepção da realidade. Ele recai sobre elementares ou circunstâncias da figura típica do verbo. Caso em que não existe discussão com relação ao erro de ignorância ou sobre a ilicitude do fato, pois nesse caso, o sujeito desconhece a ideia de que não é crime, não se aplicando ao sujeito ativo nessa situação. Sobre o tipo penal, é necessário que o indivíduo não consiga distinguir a realidade, ou seja, embora ele realize o verbo do tipo, age

acreditando estar na presença de um maior de idade seja homem ou mulher, nesse caso retirando a intenção de praticar o crime. Essa situação resta acobertada pelo artigo 20, do Código Penal:

Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. Discriminantes putativas §1º. É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo. (BRASIL, 2017a)

É aceita por alguns doutrinadores a ideia de que para o agente incorrer em erro de tipo é necessário que ele tenha conhecimento da elementar do tipo - a circunstância da vítima possuir menos de 14 anos no momento do crime, pois, para incidir nesse delito, o dolo é figura essencial.

De outra forma, poderá o autor do crime alegar o erro de tipo, e com base na análise dos fatos e circunstâncias concretos poderá resultar na atipicidade do fato ou até na desclassificação para outro crime, quando o legislador entender, com base nas provas apresentadas no caso concreto, que não se trata de estupro de vulnerável, sendo, no caso, correta a aplicação da figura genérica do estupro presente no art. 213 do Código Penal.

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, devido à sua compleição física, bem como pelo modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas etc., quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um motel, onde com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, mantendo em vista a ausência de violência física ou grave ameaça. (GRECO, 2016, p. 212)

Rogério Greco admite a possibilidade de considerar-se o fato atípico se o agente agiu acobertado pelo erro, por falta de ameaça e violência. Diante do exposto, quando o agente não tivesse como saber a idade da vítima, presume-se a ausência da elementar menor de 14 anos e, consequentemente, estaria afastado o delito se não houvesse, de outro modo, a presença da violência ou grave ameaça. No mesmo sentido:

O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça – artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea “a”, do Código Penal (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1996).

Também é Válido mencionar que, se o ato sexual ocorrer, sem violência ou grave ameaça, no dia em que a vítima faz a passagem para seus 14 anos, o fato será atípico, pois exige a Lei que o sujeito passivo, no caso, seja menor de catorze anos. Outros exemplos se encontram também presentes nos julgados do Superior Tribunal de Justiça:

1. Colhe-se dos autos que o paciente, aproveitando-se de sua condição de padrasto, manteve sucessivas conjunções carnavais com a vítima, à época menor de 14 anos de idade, sem que a genitora da ofendida tomasse conhecimento, sendo agredida e obrigada a tomar pílulas anticoncepcionais. Todavia, as constantes relações sexuais resultaram na gravidez da vítima. 2. Não se ignora a nova orientação da Sexta Turma desta Corte no sentido de que a presunção de violência, prevista no art. 224, a, do Código Penal, deve ser relativizada quando se tratar de vítima menor de quatorze e maior de doze anos de idade. 3. No caso vertente, o acórdão impugnado não esclarece devidamente as circunstâncias em que a vítima foi levada a manter as relações sexuais, inexistindo, portanto, o enfrentamento da controvérsia nos termos delineados na presente impetração. 4. De qualquer forma, pela leitura da sentença condenatória, o que se afigura é um caso típico de subjugação da vítima em razão da sua idade e inexperiência, hipótese bem distinta daquelas em que esta Corte tem relativizado a presunção de violência, as quais, não raro, versam sobre situações em que autor e vítima já vinham mantendo livremente vínculo amoroso. 5. Ordem denegada. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011)

A questão da relativização não se constitui como uma realidade muito distante pois baseia-se na ideia de amenizar a literalidade da lei nos casos concretos.

3.2 DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, é o instrumento que protege os seres humanos que ainda estão em crescimento, tendo como objetivo geral, ter uma vida saudável. Segundo o art. 2º do referido diploma, vislumbra-se a definição de criança e adolescentes como aqueles que possuem até 12 anos de idade incompletos e os que possuem entre 12 e 18 anos são os chamados adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ainda não concorda a ponto de enojar, em seu art. 5º, as mais variadas formas de atentado contra os direitos dos menores de idade, assim mencionado: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos”. (BRASIL, 2017b)

Segundo disposto na Lei nº 12.015/99, ao legislar que o estupro de vulnerável é aquele praticado contra menor de catorze anos, colide com a ideia abordada no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme acima descrito, que dizia que o sujeito passivo tinha que ser criança, criando a possibilidade de aumentar os efeitos aos indivíduos com doze anos completos ou mais, que consideram-se como adolescentes.

Com relação ao Estatuto, é válido lembrar que muitos comentários são voltados também sob a visão do que seria um ato libidinoso. Sem muitos contornos precisos e seguros é muito conflitante na doutrina estabelecer o alcance desses atos, pois para um adulto possam parecer simples, mas que podem afetar negativamente a mente de um jovem, estimulando involuntariamente a mente de algumas crianças ao sexo de maneira precoce.

A ideia central do legislador, num primeiro momento, parece congruente com o ordenamento jurídico vigente, pois criaria a ideia de expandir a proteção não somente as crianças, mas também para uma parte dos adolescentes. Mas em desencontro, ao tipificar desta forma, o legislador estaria associando que qualquer caso que se amolde ao tipo legal, definidamente, será tido como desrespeito ao dispositivo penal e, por conseguinte, passível de suas penas, considerando as especificidades de cada situação como regra. Segundo as alterações no normativo legal (Lei nº 12.015/99 - que modificou o Código Penal):

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (BRASIL, 2017a)

Através de uma breve leitura do *caput* do artigo e seu parágrafo primeiro pode-se concluir que, mesmo aquele com doze anos ou mais, dotado do fator vontade e entendimento dos atos sexuais e seus resultados, não lhes é permitido prática sexual, uma vez que faria recair sobre o parceiro sexual as punições previstas na lei penal. Nesse diapasão não parece muito correto equalizar uma pessoa com doze anos ou mais, ciente de suas faculdades, a um indivíduo que sofre de enfermidade ou doença mental, que não tenha condições de expressar seu consentimento, ou se tem não é considerado válido á luz da legislação penal.

Ainda sobre um estudo detalhado do diploma que tem como ideia central a proteção dos jovens e adolescentes, no art. 103 tem-se a ideia do ato infracional, como discorre “a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (BRASIL, 2017b) e completa, no art. 104, do referido código que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas que tem previsão nessa Lei” (BRASIL, 2017b).

Nesse intróito, o art. 106 discute à possibilidade de restrição de liberdade do adolescente (indivíduo com doze anos ou mais e menor de dezoito anos), bem como, o art. 112 elenca as medidas de educação com possibilidade de virem a ser aplicáveis aos mesmos. Como saída esperada, pode-se extrair que a lei atribui capacidade ao adolescente para entender que determinado ato é ilícito (ato infracional), inclusive destacando possibilidades de inserção de medidas educadoras.

É notável certa incongruência no fato de o legislador conceder capacidade ao adolescente para ser punido pelos seus atos e retirar sua capacidade de decidir acerca dos atos sexuais que queira realizar, sob o pretexto de ser taxado de vulnerável.

Ressalta-se, também, que nos ditames da sociedade contemporânea, com a prioridade em resguardar as garantias e liberdades dos indivíduos, a informação é abundante e está sendo divulgada para todos os indivíduos, seja através no que outras pessoas escrevem (artigos, comentários), ou o que é veiculado na televisão, e principalmente aquilo que é acessado através da internet.

Por todo o explanado, a saída mais plausível não seria restringir a capacidade do indivíduo poder optar em manter relações íntimas e sexuais com um parceiro que eles confiam, com base apenas no critério etário. É considerada mais aceita a ideia de que, mesmo com apenas 12 anos, por

exemplo, se um indivíduo conhece seu corpo e com ele sente vontade em realizar atos sexuais, não deve repreender seus desejos. A educação sexual está presente em vários lugares nos dias atuais, implicando dizer que desde pequenas, as crianças e adolescentes de nossa sociedade estão aprendendo o contexto das práticas sexuais, seja com o objetivo de almejar a reprodução humana, ou mesmo apenas para satisfazer seus apetites quando lhes é despertado a vontade.

3.3 DA RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA

Com o caminhar da sociedade, o ordenamento jurídico vai paulatinamente seguindo-a, adequando-se também aos comportamentos e ao modo de agir dos indivíduos (princípio da adequação social). Assim, alguns temas, por sua própria natureza, necessitam de uma tutela maior por parte do Estado, já outros não são alvo do Direito Penal, e é o norte seguindo pelo legislador na sua tarefa repressora.

No entanto, essa interferência do Estado na vida das pessoas deve ocorrer na exata medida da necessidade, é o que prevê o princípio da intervenção mínima, segundo o qual o Direito Penal por ter a natureza repressiva seria a última via a ser utilizada no intuito de discutir as situações quando envolverem os menores de 14 anos, mas maiores de 12, concordarem em experimentar e vivenciar a prática de atos sexuais e libidinosos.

Com base nessa pequena introdução, volta-se a atenção para o artigo 13, do Código Penal, do qual advém um princípio de extrema importância para o tema do estupro:

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

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (BRASIL, 2017a)

Correlacionando-se o tema com o princípio da culpabilidade, que em sua acepção prevalece à máxima *nullum crimen sine culpa* (não há crime sem culpabilidade) e atribui a subjetividade da responsabilidade penal, de uma vastidão imensa a gama de renomados autores que entendem ser necessário a avaliação social, bem como, uma interpretação sistêmica na aplicação do Direito em linhas gerais em cada caso concreto de formas isoladas.

Para analisar a situação, deve-se essa associação a vários campos do Direito, aplicando-se o conhecimento abstraido nos campos jurídicos, sociológicos, filosóficos, com foco na concretude dos casos do cotidiano. A responsabilidade objetiva repousa na ideia de que a presunção absoluta da vulnerabilidade determina que o agente seja considerado culpado, sem que lhe seja dada a oportunidade de produção de prova em seu favor, ofendendo princípios constitucionais e por

consequente a constituição, criando um cerceamento do direito de defesa do indivíduo e aplicando a responsabilidade objetiva.

Segundo a visão de Luiz Regis Prado (2006, p.246), mesmo que haja a discussão sobre a presunção de violência no referido crime, não seria correto aceitá-la como fonte de certeza criminal, pois pode ocorrer de não se dar a devida valoração à prova, podendo ocorrer até a própria dispensa da dela.

Para Magalhães Noronha (1999, p. 224), a presunção de violência absoluta seria uma questão impossível, porque se puníssemos sempre o agente que tivesse contato carnal com um menor, estaríamos vinculando diretamente a responsabilidade objetiva, o que caracterizaria um verdadeiro retrocesso social.

Antes de vigorar a Lei nº 12.015/2009, a doutrina dominante concedia uma valoração relativa, e não absoluta, à presunção. Era o posicionamento de Celso Delmanto, Magalhães Noronha, Luiz Regis Prado, Damásio de Jesus, Marcio Bartoli, dentre vários. Júlio Mirabete leciona:

Não se caracteriza o crime, quando a menor de 14 anos se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despudorada e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento. Por outro lado persiste o crime ainda quando menor não é mais virgem, é leviana, é fácil e namoradeira ou apresenta liberdade de costumes. (MIRABETE, 2006, p. 478)

O entendimento dos Tribunais é de acompanhar a maioria dos doutrinadores, que vinham se posicionando pela relatividade da presunção de violência do então revogado art. 224, alínea a, do CP. Neste sentir, clara é a posição do Supremo Tribunal Federal:

O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1996).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela inconstitucionalidade do art. 224 do CP por não considerar a responsabilidade subjetiva por parte do agente; sendo impossível atribuir responsabilidade objetiva:

O direito penal moderno é direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se a conduta delituosa. Conduta e fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O direito penal da culpa e inconciliável com presunções de fato, que se recrudescem a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem, corolário do imperativo da justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e princípio da personalidade (sentido atual da doutrina) a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. (BRASIL,

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1994). (Sexta Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Resp 46.424, D.J.U. 08.08.1994)

Diante de um enorme contexto surgido pelo crime, surge a Lei nº 12.015/2009 para tentar regulamentar, de maneira mais equilibrada, tanto a situação do vulnerável, quanto a situação do sujeito ativo do crime. Criou-se o tipo penal estupro de vulnerável, que, em seu contexto, contemplou a conjunção carnal e o ato libidinoso e aumentou a sua pena para reclusão, de oito a quinze anos, resolvendo o problema da incidência do aumento de pena, uma vez que, o crime em discussão se tornou um crime destacado e ganhou autonomia em relação ao crime de estupro, mas as controvérsias continuam no sentido de solucionar qual a natureza jurídica da vulnerabilidade.

Os debates seguem os mesmos trilhos da presunção de violência, pois, em linhas gerais, o conceito de vulnerável para a questão do estupro, o legislador apenas estatuiu as velhas hipóteses que a lei considerava casos de presunção de violência, vencendo em tese a vertente que defende a vulnerabilidade relativa. É possível notar no julgamento do Recurso Especial nº 46.424 que Direito Penal moderno prefere a responsabilidade subjetiva, ou seja, foge-se fortemente da presunção de culpabilidade.

Assim, a leitura do artigo 217-A do Código Penal de ser feita seguindo os seguintes parâmetros: para que ocorra efetivamente o crime o sujeito ativo deverá além de manter conjunção carnal ou realizar qualquer ato libidinoso possuir plena consciência de que o sujeito passivo é menor de 14 anos ou possui enfermidade ou deficiência mental que lhe retiram o discernimento para a prática do ato ou não pode oferecer resistência.

Para dar mais sustentáculo à ideia de relativização com relação ao vulnerável, não seria viável a presunção absoluta pois, além de não ser possível produzirem-se provas em contrário, pois qualquer pessoa, em qualquer situação que praticar relação sexual com menor de 14 anos será taxada como diretamente autora do crime, considera-se que essa questão não levaria em consideração os casos concretos e suas nuances e seria aplicada a literalidade legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através das considerações feitas neste trabalho, os casos de abuso sexual de crianças, enfermos ou pessoas com deficiência, mostram-se escritas no Código Penal Brasileiro que tratam dos crimes de violência sexual. Desde o início da sua vida, a criança depende do meio social, não somente para sobreviver, mas também para desenvolver suas varias capacidades. Exposto isso, a presença de tais circunstâncias é considerada satisfatória para suscitar o caráter de “vulnerabilidade” a que elas estão suscetíveis. A vulnerabilidade é uma questão muito relevante na esfera sexual, pois não se deve descartar a realidade de que a redes de pedofilia tem se espalhado pela sociedade como uma doença grave que se propaga. Deste modo, foi de suma importância à intenção do legislador de penalizar, com máximo vigor, os delitos sexuais atentados contra vulneráveis, até mesmo considerando-os como um crime hediondo. Porém, mesmo com a modificação advinda pela

Lei nº 12.015/09, o crime de estupro de vulnerável permanece despertando debate no que concerne à presunção de violência.

Quanto a questão do menor vulnerável, é *mister* mencionar, ainda, que, nos dias atuais, vários menores de 14 anos mantêm relações sexuais de maneira frequente e com o consentimento entre os dois. Por essa difusão de ideias, a relativização da vulnerabilidade iria ser visualizada como forma de analisar de maneira mais isolada as condutas, e não acarretar a impossibilidade de defesa do acusado. Diante do exposto, as alterações realizadas pela Lei nº 12.015/09, ainda é visto como tema de bastantes discussões seja por parte da jurisprudência ou dos doutrinadores.

Através dessas considerações, deixo claro que não é de hoje a polêmica sobre esse assunto, mas foi com a passagem dos anos que foi tomando proporções enormes ultrapassando a esfera penal. O espírito desta pesquisa é tentar a conciliação ainda que de uma maneira remota entre o desenvolvimento das crianças e adolescentes em relação as suas porções físicas e psicológicas e a vulnerabilidade desses frente a conduta do sujeito ativo, passando a se considerar a hediondez desses crimes.

Em primeiro plano ainda, deve-se ter em mente ainda que não se pode inclinar o pensamento apenas na presunção absoluta para todos os casos que a sociedade impõe, pois esta consagrado o princípio da igualdade na Constituição Federal, atribuindo tratamento uniforme aos que se encontram em nível de igualdade, e tratamento desigual àqueles tidos como desiguais na medida que eles se desigualem, os quais se enquadram aqueles que por determinado motivo não podem exercer seus direitos e garantias de forma igualitária aos demais cidadãos da sociedade.

O que se pretende expor é a revelação de incongruência com o pensamento social atual aos que consideram todos os adolescentes no patamar de vulneráveis, uma vez que muitos já ultrapassaram o estado de inocência, perfazendo muitos atos de quem tem uma vida sexual.

Em toda a sua formação o direito nunca foi considerado exato e perfeito e por isso tem a finalidade de atuar de forma dinâmica, em conjunto com os diversos ramos. No que toca o que está positivado seja no Código penal ou na Constituição, não se objetiva apontar uma teoria correta, mas a correção dos indivíduos com a teoria adotada, reservando um caráter de personalidade á cada caso concreto, com seus caminhos distintos, de acordo com “a voz da própria sociedade”.

A ideia de que o avanço da sociedade é progressivo e que a moral construída entre nós está ganhando novos contornos, é visível quando se menciona em defender a questão jurídica da aplicação da presunção de vulnerabilidade para todos os casos, estar-se-ia vinculando, em nosso ordenamento, à ideia da responsabilidade objetiva, conforme explanado, fato este que fere os preceitos previstos na Constituição Federal.

Por todo o exposto, resume-se a ideia de inclinação em acompanhar a nuvem doutrinária, assim como alguns enunciados do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, valendo-se da vulnerabilidade relativa ainda que não expressa na lei, ou seja, aquela que admite que o sujeito ativo possa se defender com a produção de provas, podendo a solução ser diferente em cada caso concreto, alcançado uma tentativa de melhor julgamento e satisfação do ideal de justiça.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Renato de. **Funk: O lixo da “cultura” brasileira**. Disponível em: <<https://renatim.wordpress.com/2010/05/15/funk-o-lixo-da-cultura-brasileira>> Acesso em: 27 de maio de 2016.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 jul 2017a.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 23 jul 2017b.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Embargos de Declaração. Penal. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Delito perpetrado antes da vigência da Lei nº 12.015/2009. Ausência de contradição. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 706.012-GO. Wilmar Vieira Lemes X Ministério Público do Estado de Goiás. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data do julgamento: 23/09/2010.

_____. _____. Habeas Corpus. Estupro. Violência presumida. Padrasto. Consentimento da vítima. Circunstância não comprovada nos autos. Habeas Corpus 97.832-SP. J. A. de O. J. X Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Ministro Og Fernandes. Data do julgamento: 23/08/2011.

_____. _____. REsp. Estupro. Presunção de violência presumida. Recurso Especial 46.464-RO. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Data do julgamento: 14/06/1994.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Embargos Declaratórios. Objeto. Acórdão Inexistente. Interpostos os declaratórios antes mesmo da formalização do provimento judicial - sentença ou acórdão - impõe-se, diante da falta de objeto, o não-conhecimento. Habeas Corpus 73.662-MG. Ministério Público Federal X Márcio Luiz de Carvalho. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 11/06/1996.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Pedro. Qual a Natureza da Ação Penal nos Crimes de Estupro de Vulnerável?. **Ebeji conhecimento jurídico**. Belém, fev. 2015. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/qual-a-natureza-da-acao-penal-nos-crimes-de-estupro-de-vulneravel/>>. Acesso: em 20 maio 2016.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005. DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA – 1959. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dosdireitos-da-crianca.html>> Acesso em: 06 maio 2016.

DUPRET, Cristiane. **Manual de Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2009. Adendo.

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

GRAÇA, Camilla Barroso. Estupro de vulnerável e a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos. **Jurisway**, Belo Horizonte, out. 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4902> Acesso em: 20 de maio de 2016.

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

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, 13. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2016. v. 3.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. 3.

HUNGIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 3.

KERSTEN, Vinicius Mendez. O Código de Hamurabi através de uma visão humanitária. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, jun 2007. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4113>. Acesso em: 20 maio 2016.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 12ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 2.

NOBRE, Kenia Cristina Oliveira. Estupro de vulnerável. **Via Jus**. Disponível em:

<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2853&idAreaSel=4&seeArt=yes>> Acesso em: 26 maio 2016.

NOGUEIRA, Daniela. **Sexualidade precoce atinge 28,7% dos adolescentes de 13 a 15 anos**.

Disponível em: <<http://www.correiodeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/sexualidade-precoce-atinge-287-dos-adolescentes-de-13-a-15-anos>>. Acesso em: 27 maio 2016.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. 24.ed. São Paulo. Saraiva, 1999.v.3.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial. 6.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Adriano Aparecido de. **Pedofilia**: a distinção entre o abusador preferencial e o oportuno. Governador Valadares: Univale, 2009. Disponível em:

<<http://www.pergamum.univale.br/pergamum/tcc/Pedofiliaadistincaoentreabusadorpreferencialeoportununo.pdf>> Acesso em: 28 maio 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: Parte especial: arts. 184 a 288. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.3.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial. 4. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.3.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial. 4. ed. Rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÁ, Rodrigo Moraes. Estupro de vulnerável: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, v. 1, n. 1, dez. 2013. Disponível em:

<<http://semanaacademica.org.br/artigo/estupro-de-vulneravel-uma-analise-doutrinaria-sob-otica-da-vulnerabilidade-do-menor>>. Acesso em: 20 maio 2016.

SILVA, Antônio Julião da. O Direito Penal e sua execução no Brasil colonial: A influência portuguesa e o papel do clero. **Empório do direito**, out. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-direito-penal-e-sua-execucao-no-brasil-colonial-a-influencia-portuguesa-e-o-papel-do-clero-por-antonio-juliao-da-silva>> Acesso em: 25 maio 2016.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal 3**: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951. t. 1.