

A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SUA FLEXIBILIZAÇÃO À LUZ DO CASO CONCRETO

THE PRESUMPTION OF VIOLENCE IN THE CRIME OF VULNERABLE RAPE AND ITS FLEXIBILITY IN LIGHT OF THE CONCRETE CASE

Jeciel Gomes da Silva²⁴
Marcos Divino Ferreira dos Santos²⁵

RESUMO

Esta monografia busca explicar a real necessidade de haver a adequação e a interpretação do art. 217-A do Código Penal Brasileiro, ou seja, se deve ser considerado estupro qualquer caso de relação sexual com menor de 14 anos. Tal questão é vista à luz do caso concreto, tendo em vista a constante evolução da sociedade, as modificações socioculturais e dos valores éticos morais, evidenciando que a lei não deve ser aplicada irrestritamente. Assim, passa-se a analisar a presunção de violência e sua flexibilização, em especial, aos adolescentes com idade de 12 e 13 anos. Expõe-se a conceituação, a tipicidade penal formal e material, o bem jurídico tutelado, os sujeitos ativo e passivo, a evolução na legislação, a fim de esclarecer o delito de estupro e estupro de vulnerável e sua aplicação jurídica. São abordados, ainda, os princípios hermenêuticos penais, as relações sexuais entre adolescentes, bem como, diversos pensamentos doutrinários e julgados, com o fito de verificar se pode haver a exclusão da tipicidade da conduta. Finaliza-se demonstrar que pode haver a possibilidade de consentimento e entendimento por parte da pessoa em estado de vulnerabilidade e o afastamento da presunção de violência. Assim, sendo, a presunção seria relativa para aqueles com idade de 12 e 13 anos; já para aqueles menores de 12 anos a presunção seria absoluta.

Palavras-chave: Direito Penal. Estupro de vulnerável. Presunção de violência.

ABSTRACT

This monograph seeks to explain the real need for the adequacy and interpretation of art. 217- A of the Brazilian Penal Code, that is, if any case of sexual intercourse with a child under 14 years of age must be considered rape. This issue is seen in the light of the concrete case, in view of the constant evolution of society, sociocultural changes and ethical-moral values, showing that the law should not be applied unrestrictedly. Thus, it begins to analyze the presumption of violence and its flexibility, especially for adolescents aged 12 and 13 years. It exposes the conceptualization, the formal and material criminal typicality, the protected legal asset, the active and passive subjects, the evolution in the legislation, in order to clarify the offense of rape and rape of the vulnerable and its legal application. The penal hermeneutic principles, sexual relations between adolescents, as well as various doctrinal and judgmental thoughts are also addressed, with the aim of verifying whether the typical behavior can be excluded. It ends up demonstrating that there may be the possibility of consent and understanding on the part of the person in a state of vulnerability and the removal of the presumption of violence. Therefore, the presumption would be relative to those aged between 12 and 13 years; for those under 12, the presumption would be absolute.

Keywords: Criminal Law. Vulnerable rape. Presumption of violence.

²⁴ Bacharelado 10º período de Direito – Faculdade Quirinópolis, E-mail: jecielgomes.timao@hotmail.com

²⁵ (Orientador) Docente da Faculdade de Quirinópolis-GO, E-mail: marcos.santos@faqui.edu.br

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei n. 12.105, de agosto de 2009, a conceituação do delito de estupro adquiriu uma nova roupagem, bem como foi criado o art. 217-A no Código Penal Brasileiro, o qual trata acerca do tipo penal estupro de vulnerável. O crime de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal Pátrio, passou a ter como sujeito ativo e passivo, tanto o homem quanto a mulher, passando, ainda, a englobar não apenas a conjunção carnal, mas, também, a prática de qualquer ato libidinoso. Desta forma, verifica-se que o delito de atentado violento ao pudor está inserido no conceito de estupro.

Com a inclusão do art. 217-A, sob a nomeação de estupro de vulnerável, que antes da supracitada lei era apenas uma qualificadora do delito de estupro, o conceito de vulnerável ganhou maior abrangência, sendo considerada pessoa vulnerável o menor de 14 anos, aquele que por enfermidade ou deficiência mental não tiver o necessário discernimento para a prática do ato sexual, e aqueles que, por qualquer outro motivo, não possam oferecer resistência, independentemente de gênero. Ao analisar, objetivamente, o art. 217-A observa-se que o legislador eliminou do texto normativo a necessidade de mencionar a violência ou grave ameaça para a configuração do tipo penal, de maneira que, aquele que tiver conjunção carnal ou praticar (ou permitir) outro ato libidinoso com pessoa vulnerável será enquadrado no crime de estupro de vulnerável. Assim, ao avaliar, literalmente, a norma não é possível ponderar a possibilidade de presunção de violência relativa.

No delito em análise, cujo bem jurídico tutelado é a dignidade sexual, a lei presume ausência de capacidade para o consentimento do ato, todavia, é necessária uma ponderação casuística, analisando se determinada conduta de fato ofende o bem juridicamente protegido. Enquanto o crime de estupro simples é configurado pela violência e/ou grave ameaça, necessário se faz que exista uma ou outra com o fito de invalidar a resistência do ofendido à prática do ato sexual, o bem jurídico protegido em tal conduta é a liberdade sexual, dessa forma o consentimento do ofendido para ato sexual exime a tipicidade de tipificação penal.

Há certa discussão quanto à presunção de violência nos crimes sexuais contra vulnerável se absoluta ou relativa. Aquela ocorre quando da interpretação literal do texto normativo e não cabe flexibilização à luz do caso concreto, já nesta há flexibilização à luz do caso concreto e possibilidade de prova em contrário. Tal presunção requer, também

uma flexibilização da presunção de violência. Há, portanto, divergências por parte da doutrina, como, também, pela jurisprudência.

A fim de esclarecer quanto à presunção de violência e a possibilidade de consentimento por parte da pessoa em estado de vulnerabilidade, aborda-se, ainda, no capítulo I e II, os princípios hermenêuticos penais, tais quais: princípio da ofensividade, princípio da insignificância, da intervenção mínima, da adequação social e o princípio da dignidade da pessoa humana. Bem como, no capítulo II, acerca das relações sexuais entre adolescentes, o amadurecimento precoce e a exposição aos meios de comunicação. Diante de tais divergências de entendimentos, o trabalho aqui em fomento busca, por meio de diplomas normativos, orientações doutrinárias e jurisprudências, bem como notícias vinculadas acerca do tema, esclarecer questões acerca do crime de estupro e estupro de vulnerável, com maior destaque à discussão quanto à presunção de violência à luz do caso concreto, assim como a real necessidade de haver a adequação e a interpretação do art. 217-A do Código Penal Brasileiro.

A presente pesquisa científica teve como método exploratório bibliográfico e qualitativo, consulta em monografias publicadas na internet, artigos científicos, legislação atualizada sobre o tema, bem como pesquisa no Código Penal.

1 TIPICIDADE PENAL

Antes de adentrar ao estudo dos crimes de estupro e estupro de vulnerável, faz-se necessário tratar acerca da tipicidade penal do crime em fomento. Nos dizeres de Nucci (2016, p. 228), tipicidade penal é “a adequação do fato ao tipo penal, ou seja, em outras palavras, é o fenômeno representado pela confluência dos tipos concreto (fato do mundo real) e abstrato (fato do mundo normativo)”. Para que haja tal adequação, é importante destacar que a tipicidade é

formada por elementos que devem ser, cuidadosamente, analisados pelo aplicador do direito a fim de verificar se o mesmo está ou não contida naquele fato. A conduta, o nexa causal e o resultado devem estar inseridos na tipicidade penal. A conduta pode ser omissiva, comissiva, dolosa ou culposa, já o nexa causal é a ligação entre a conduta e o provável resultado praticado pelo agente, enquanto o resultado seria a mudança substancial a qual o agente externou à vítima.

Nos casos de crime de estupro de vulnerável, a conduta é comissiva, pois “constranger” sugere uma ação, e há hipóteses em que a conduta poderá ser comissiva

por omissão, ou seja, omissivo próprio, ocorre quando há aplicação do art. 13, § 2º, do Código Penal Brasileiro. O nexos causal são as circunstâncias vinculadas à conduta que ensejou uma relação entre o agente e a pessoa vulnerável, ou seja, é a ligação entre a conduta e o resultado produzido pelo agente, enquanto o resultado é a consumação da conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso com pessoa em estado de vulnerabilidade. Importante destacar que há, ainda, a tipicidade por extensão, que segundo Nucci (2016, p. 228-229):

[...] é aplicada conjunta do tipo penal incriminador, previsto na Parte Especial do Código Penal, com uma norma de extensão, prevista na Parte Geral, tendo por finalidade construir a tipicidade de determinado delito. É o que se dá com a tentativa. Não há, na Parte Especial, como regra, a descrição de crime tentado. Para a construção da tipicidade da tentativa é imprescindível a união entre o tipo incriminador com a norma prevista no art. 14, II, do Código Penal. Assim, a tentativa de roubo tem a seguinte tipicidade: art. 157, caput, combinado com art. 14, II, do Código Penal.

Ainda neste sentido, fica patente que a tipicidade por extensão é, tão somente, a junção do tipo penal incriminador e do art. 14, inciso II do Código Penal Brasileiro, vale salientar que o crime de estupro, tanto na sua forma simples quanto no estupro de vulnerável, é admitida a forma tentada, tendo em vista se tratar de um crime plurissubsistente (BITENCOURT, 2012a).

Podem ocorrer casos em que há a exclusão da tipicidade, como explica Leal e Leal (2013), “[...] a inexistência de violência real ou grave ameaça, pode eliminar a tipicidade da conduta de manter relação sexual ou qualquer ato libidinoso com menor de catorze anos de idade. [...]”. Tendo em vista que a liberdade sexual é atendida como um bem jurídico disponível, a concordância da vítima elimina a tipicidade da conduta. Ante ao exposto, verifica-se que a tipicidade penal é a adequação da conduta ao tipo, no crime em análise será a adequação da conduta (conjunção carnal ou outro ato libidinoso) ao tipo (estupro, previsto no art. 213 do Código Penal Brasileiro, ou estupro de vulnerável, disposto no art. 217-A do Código Penal Pátrio). A tipicidade divide-se em tipicidade formal e material, sendo a primeira subdivida em formal objetiva e subjetiva.

1.1 Tipicidade Formal

Tipicidade formal é a adequação do fato à norma jurídica, à subsunção, ou seja, a previsão no texto normativo de que a conduta cometida pelo agente é prevista pelo

ordenamento jurídico vigente. Contudo, mesmo depois de tal adequação, necessário faz-se avaliar o

conteúdo, a matéria da lesão, tendo em vista que algumas condutas não são criminalizadas, pois são socialmente adequadas. Verifica-se que no texto do art. 217-A do Código Penal Brasileiro, que dispõe que estupro de vulnerável é “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” (BRASIL, 2013b), não há o que se falar em violência ou grave ameaça para que exista tipicidade formal no crime de estupro, desta maneira, basta, somente, que haja a conjunção carnal ou a prática de qualquer ato libidinoso com pessoa vulnerável, ainda que seja de forma consentida pela vítima.

A tipicidade formal divide-se em formal objetiva e formal subjetiva, aquela verifica a tipicidade independentemente da vontade do agente, dando ênfase na conduta por ela própria e sua correlação com o tipo penal, já essa, é quando a conduta praticada fere um bem juridicamente tutelado pelo sistema penal. Em análise no crime em fomento, fica patente que a tipicidade formal objetiva nada mais é que a adequação do fato concreto ao tipo formalmente regido em lei, enquanto a tipicidade formal subjetiva faz referência ao dolo ou culpa, salientando-se que o estupro é um crime doloso, não cabendo previsão legal para a modalidade culposa.

Revista Científica da Faculdade Quirinópolis

1.2 Tipicidade Material

A tipicidade material é quando a conduta praticada pelo agente, por ser típica, fere ou lesa ou expõe a perigo um bem juridicamente tutelado. Para que se configure tal tipicidade é imprescindível que determinados critérios sejam analisados, pois há excludentes para a tipicidade material, quais são: o princípio da ofensividade, segundo o qual é indispensável avaliar a real ameaça ao bem jurídico protegido; o princípio da insignificância, que diz que é necessário que haja lesão significativa para que justifique a aplicação de normas penais e a propositura da ação pertinente; e o princípio da adequação social, ou seja, é imprescindível verificar se a conduta praticada pelo agente possui forte adequação social.

Nesse diapasão, afirma Pezzotti (2014, s.p) que: “o juízo de tipicidade não se deve dar apenas com base na mera análise formal da conduta e de sua adequação ao tipo legal, mas, também, através da indagação do alcance proibitivo da norma.”

Desta forma, para a análise da tipicidade material, nos crimes de estupro e estupro de vulnerável, é importante verificar se a conjunção carnal ou outro ato libidinoso lesou o bem jurídico tutelado, se a lesão foi significante e se não houve forte apelo à adequação social, a fim de que o legislador possa saber quais condutas devem ser tipificadas como crime e quais precisam ser deixadas fora da abrangência do Direito Penal.

1.3 Bem Jurídico

Bem jurídico pode ser entendido como um interesse, pessoal ou social, e por ser um interesse dotado de valor, material ou imaterial, passa a ser juridicamente protegido, desta forma é toda e qualquer coisa que pode ser objeto de uma relação jurídica. No âmbito do Direito Penal, possui valores específicos, valores esses consagrados pela sociedade, tendo em vista sua importância, servindo de base material para que haja a tipificação de tipos penais. (NUCCI, 2016). Há elementos que complementam o bem jurídico, razão pela qual são formados os tipos penais incrimadores, são eles: a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade.

A partir do advento da Lei nº 12.015/2009, pode-se afirmar que o bem jurídico tutelado, nos crimes de estupro, é a liberdade sexual, quer seja mulher quer seja homem (BITENCOURT, 2012a).

Assim segundo Greco (2016, p. 12), os bens jurídicos protegidos são a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual. No concernente aos crimes de estupro de vulnerável, verifica-se que o bem jurídico tutelado não é a liberdade sexual, haja vista a vedação da prática sexual com pessoas menor de 14 anos ou qualquer um que não possua o necessário

discernimento para a prática do ato, mas sim a dignidade sexual, segundo entendimento de Bitencourt (2012a, p. 95-96): “O bem jurídico protegido, no crime de estupro de vulnerável, é a dignidade sexual do menor de quatorze anos e do enfermo ou do deficiente mental, que tenha dificuldade em discernir a prática do ato sexual”

Em contrapartida, há doutrinadores que entendem que o bem jurídico protegido no crime de estupro de vulnerável é a liberdade sexual, englobando a dignidade da pessoa humana, bem como o desenvolvimento sexual. Ora, a dignidade da pessoa humana, assim como a dignidade sexual, em quaisquer modalidades de crimes sexuais, é ferida de forma severa. Nesse posicionamento, entende Greco (2016, p. 73):

Em virtude da nova redação constante do Título VI do Código Penal, podemos apontar como bens juridicamente protegidos pelo art. 217-A tanto a liberdade sexual quanto a dignidade sexual. Da mesma forma, como constava originalmente no projeto que, após algumas modificações, se converteu na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, podemos apontar o desenvolvimento sexual também como bem juridicamente tutelado pelo tipo penal em estudo.

Ante ao exposto, fica evidenciado que a dignidade sexual é o bem jurídico protegido, tanto no crime de estupro de vulnerável, quanto no estupro em sua forma simples, contudo, a liberdade sexual está inserida, apenas, como bem jurídico tutelado nos casos de estupro simples, pois no estupro de pessoas vulnerável não há o que se falar em liberdade sexual.

1.4 Princípio da Ofensividade

O princípio da ofensividade, também conhecido por princípio da lesividade, surgiu em meio ao período iluminista, com o fito de desfazer a confusão existente entre a moral e o direito. Conforme doutrina Greco (2016, p. 3):

O princípio da lesividade, cuja origem se atribui ao período iluminista, que por intermédio do movimento de secularização procurou desfazer a confusão que havia entre o direito e a moral, possui, no escólio de Nilo Batista, quatro principais funções, a saber: a) proibir a incriminação de uma atitude interna; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetam qualquer bem jurídico.

Tal princípio trata que para que haja a tipificação de qualquer crime, faz-se necessário que a conduta praticada pelo agente represente ofensa ao bem jurídico tutelado, desta forma é imprescindível que exista perigo concreto ao bem. Assim, a intervenção do Estado, apenas, é justificável quando houver efetiva lesão a um interesse socialmente relevante. Ainda neste entendimento, defendendo que há a constitucionalidade do princípio da ofensividade, assim como existem condutas que o senso comum não considerada imoral, mas são tidos por inofensivas, desta forma não configurando lesão ao bem juridicamente protegido, corrobora Masson apud Francesco Palazzo (2013).

Fica patente que o supracitado princípio busca o não enquadramento da conduta praticada pelo agente, em que inexistente a configuração de perigo abstrato, deste modo, não há, de fato, lesão ou ofensa ao bem jurídico protegido. Segundo Capez e Padro (2014, p. 17), “subsiste a possibilidade de tipificação dos crimes de perigo abstrato em nosso

ordenamento legal, como legítima estratégia de defesa do bem jurídico contra agressões em seu estágio ainda embrionário”.

Verifica-se que o princípio da ofensividade possui uma base constitucional, ainda que implícita, conforme reza o art. 98, inciso I da Constituição Federal de 1988, bem como está fundamentado no Código Penal Pátrio, em seu art. 13, que dispõe que “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” (BRASIL, 2013b).

Assim, fica explícito que infrações penais de menor potencial ofensivo possuem tratamento diferenciado, tendo em vista o princípio da lesividade, assim como o resultado do cometimento de crime, somente é imputável a quem lhe deu causa, gerando desvalor do

resultado, assim, pode-se dizer que, não havendo ofensa, nem prejuízo ao bem jurídico tutelado e nem resultado jurídico, não há o que se falar em delito (BITENCOURT, 2014b). O princípio da lesividade desempenha duas funções ante o Direito Penal, um político criminal e outra interpretativa. A primeira está ligada a elaboração das normas que disciplinam o Direito Penal, mais precisamente o momento que antecede a elaboração, com o fito de prevenir e informar. Já a segunda função, é o momento em que ocorre a aplicação, de acordo com o caso concreto, da norma penal elaborada. Na seara do crime de estupro de vulnerável há relevante questionamento se nas relações sexuais consentidas haveria ofensa ao bem jurídico tutelado, no caso a dignidade sexual (GENTIL, 2014).

Importante destacar que o princípio em análise age com a finalidade de delimitar o Direito Penal, tendo em vista levar em consideração que um indivíduo só deve ser punido pelo Estado quando a sua conduta violar a proteção de outrem, da sociedade ou de bens juridicamente protegidos, sendo desnecessário que o ordenamento jurídico aprecie ações irrelevantes ao âmbito penal. Ainda nesta seara, importante tratar acerca da espiritualização dos bens jurídicos, que segundo a doutrina é a efetiva proteção dos bens jurídicos, bens esses que o ordenamento jurídico tem que dar a devida proteção, desta forma há a materialização dos bens jurídicos, pois somente pode haver a tipificação de um delito quando os bens são lesionados ou expostos a perigo concreto (GENTIL, 2014).

A espiritualização dos bens jurídicos tem por objetivo arguir condutas que sejam perigosas, causando assim danos à sociedade. Lembrando-se que, de fato, não se protege o bem jurídico em se, mas as suas funções, que são o alvo da proteção por parte do ordenamento jurídico (MASSON, 2013). Por todo o exposto, levando em consideração que o princípio da ofensividade visa coibir a intervenção estatal nos casos em que não há perigo concreto e/ou lesão ao bem jurídico tutelado, evita-se, assim, afastar condenações criminais em que há a adequação da conduta ao texto normativo sem que haja verdadeira ofensa ao bem protegido pelo direito. Desta maneira, fica patente que em relações sexuais consentidas, envolvendo pessoa vulnerável, não há ofensa ao bem jurídico protegido, devem a norma adequar-se a cada caso concreto.

2 ESTUPRO – TIPO PENAL

Tipo penal é a descrição de uma conduta como antagônica ao ordenamento jurídico, ou seja, é a norma que define um crime, cujo preceito secundário consigna previsão de uma sanção (pena). Formalmente, a tipicidade penal é composta pelo verbo do tipo e pelos elementos

descritivos e normativos. Entende-se por verbo a ação ou omissão praticada pelo agente, já os elementos descritivos são aqueles que se fazem referência à materialidade ou a infração penal. Os elementos normativos são aqueles que para serem observados é necessário que haja um juízo de valor além da interpretação meramente positiva, envolvendo também valores sociais, históricos, culturais, dentre outros.

O delito de estupro, conforme dispõe o art. 213 do Código Penal Brasileiro, é definido como “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”, (BRASIL, 2013b).

No crime em análise, o verbo é a ação de constranger alguém à conjunção carnal ou praticar (permitir a prática) outro ato libidinoso, o elemento descritivo é a violência ou grave ameaça, e por ser um crime material, necessita-se, ainda, da constituição/configuração da conjunção carnal e/ou outro ato libidinoso. Verifica-se que o estupro é um crime que engloba mais de uma ação, em outros termos, é um crime único de condutas alternativas, pois abrange tanto a conjunção carnal como a prática de outro ato libidinoso, segundo doutrina Nucci (2015, p. 901-904):

[...] Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso é a figura do art. 213. É constituída de verbos em associação: a) constranger alguém a ter conjunção carnal; b) constranger alguém a praticar outro ato libidinoso; c) constranger alguém a permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. São três possibilidades de realização do estupro, de forma alternativa, ou seja, o agente pode realizar uma das condutas ou as três, desde que contra a mesma vítima, no mesmo local e horário, constituindo um só delito. [...].

A classificação doutrinária é: comum, material, de dano, de forma livre, comissivo, instantâneo, unissubjetivo e plurissubsistente. Assim, conforme assevera Bitencourt (2012, p. 56):

Trata-se de crime comum (não exige qualquer qualidade ou condição especial do sujeito ativo, que agora tanto pode ser homem ou mulher, indistintamente); material (crime que causa transformação no mundo exterior, deixando vestígios); doloso (não há previsão de modalidade culposa); de forma livre (pode ser praticada por qualquer forma ou meio eleito pelo sujeito ativo); comissivo (o verbo nuclear implica a prática de uma ação); instantâneo (a consumação não se alonga no tempo, configurando-se em momento determinado); unissubjetivo (pode ser cometido por uma única pessoa); plurissubsistente (a conduta pode ser desdobrada em vários atos, dependendo do caso).

Salienta-se que, conforme pontuado anteriormente, no crime de estupro há a possibilidade da forma tentada, como leciona Gonçalves (2015, p. 519) “é possível quando o agente empregar a violência ou grave ameaça e não conseguir realizar qualquer ato sexual com

a vítima por circunstâncias alheias à sua vontade”, importante destacar, ainda, que os processos que visam apurar tal infração penal devem tramitar em segredo de justiça, tendo em vista preservar a identidade da vítima e sua integridade moral.

2.1 Evolução na Legislação

Com o advento da Lei 12.015/2009, o conceito de estupro ganhou uma nova roupagem, antes da criação da supracitada lei, no art. 213, estupro era “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos” (Brasil, 2013a), após a reforma de 2009, o crime de estupro passou a ter o seguinte conceito (BRASIL, 2013c):

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.
§ 1 Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de

18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2 Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Ao analisarmos o art. 213, antes e depois da reforma, ficam patentes certas modificações, dando-lhe uma maior modernidade e adequação à realidade atual, bem como há o reconhecimento da omissão do texto anterior, que limitava estupro a abuso da mulher. Dentre as principais mudanças, destacam-se alteração o sujeito ativo e passivo, a conduta englobada e as qualificadoras.

No tocante ao sujeito ativo, antes apenas o homem configurava como sujeito ativo, dessa forma, o estupro só poderia ser cometido contra mulheres, após a Lei n. 12.015/2009, o sujeito ativo passou a ser tanto homem como mulher, assim como a sujeito passivo. Nos dizeres de Vieira Segundo (2014, p. 105) “o crime que antes era bипróprio (exigindo assim condição especial do sujeito ativo que somente poderia ser homem, e do sujeito passivo que somente era a mulher) passou a ser crime comum, podendo ser praticado por homem ou mulher”. Nesse mesmo sentido corrobora Bitencourt (2012, p. 46-47):

A partir da Lei n. 12.015 simplificou-se essa questão, e o crime de estupro passou a ser um crime comum, podendo ser praticado ou sofrido, indistintamente, por homem ou mulher. Sempre defendemos, por outro lado, que prostituta podia ser vítima do crime de estupro [...] e que o marido também podia ser sujeito ativo de estupro contra a própria mulher (parceira). [...] [...] Sujeito passivo, antes do advento da Lei n. 12.015, era somente a mulher, virgem ou não, recatada ou não, inclusive cônjuge ou companheira. [...] Mudou apenas no aspecto de que o homem, em qualquer circunstância, quando violentado, também é sujeito passivo do crime de estupro, a exemplo do que ocorria com o antigo crime de atentado violento ao pudor. Em outros termos, o crime de estupro pode ocorrer em relação hetero ou Homossexual (homem com homem e mulher com mulher).

Ressalte-se que, com a nova redação do art. 213 do Código Penal Pátrio, ocorreu a unificação do conceito de estupro e atentado violento ao pudor, fazendo com que não mais houvesse o concurso material entre a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, e qualquer outro ato libidinoso, no caso do crime praticado contra a mesma vítima, no mesmo lugar e hora. Conforme dito anteriormente, passou a ser um crime único de condutas alternativas. Importante destacar que, a revogação do art. 214 (atentado violento ao pudor) não funcionou como forma de *abolitio criminis*, havendo apenas um *novatio legis*, acarretando assim a junção de dois crimes numa única figura delitiva. (CAPEZ, 2015).

Corroborando para tal posicionamento doutrina Nucci (2014, p. 23): “A unificação do atentado violento ao pudor e do estupro continuará propiciando o confronto com a contravenção penal do art. 61 (importunação ofensiva ao pudor).” Observa-se que na redação anterior à Lei n. 12.015/2009, as qualificadoras pelo resultado, lesão corporal e morte, que estavam no art. 223, foram colocadas nos parágrafos dos arts. 213 e 217-A, a qualificadora pelo resultado morte teve a pena máxima elevada de 25 para 30 anos, conforme dispõe o § 2º do art. 213, a qualificadora do estupro de vulnerável passou a ter penas mais severas, reclusão de 10 a 20 anos nos casos de lesão grave, e reclusão de 12 a 30 anos nos casos de morte da vítima, conforme reza o art. 217-A, § 3º e § 4º. Lembrando que, nas qualificadoras hoje presentes no art. 217-A, tanto a violência quanto a grave ameaça podem ocasionar o resultado lesão corporal ou morte.

Todavia, ante a tais inovações no novo conceito de estupro, trazido pelo art. 213 do Código Penal Brasileiro, após o advento da Lei n. 12.105/2009, alguns quesitos permaneceram inalteráveis, tais quais: a pena para a modalidade simples de estupro; em quaisquer de suas modalidades, o estupro ainda é um crime hediondo; o conceito de violência ou grave ameaça; objeto material; o bem jurídico tutelado; e o elemento subjetivo. Verifica-se que a pena para os crimes de estupro na sua modalidade simples não se alterou, permanecendo de 06 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão, diferentemente das penas nas formas qualificadas. Antes mesmo do advento da Lei n. 12.105/2009, a Lei 8.072/1990, deixou explícito que o crime de estupro, quer seja na forma simples quer seja nas formas qualificadas, é crime hediondo. (NUCCI, 2014).

O emprego de violência ou grave ameaça para que haja a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso ou permitir que com alguém se pratique outro ato libidinoso, permaneceu de forma explícita antes e após da reforma de 2009. O objeto material, ou seja, a pessoa que sofre o constrangimento, assim como o elemento subjetivo (dolo), não pode ser modificada,

haja vista a configuração do próprio delito e não haver a previsão legal de modalidade culposa. No tocante ao bem jurídico tutelado, continuar a ser a liberdade sexual, conforme doutrina (BITENCOURT, 2012). Vale salientar, ainda, que o novo conceito de estupro trazido pelo art. 213, a partir da reforma de 2009, é mais benéfico ao réu, devendo retroagir, desta forma aqueles que foram condenados, antes da criação da Lei 12.015, pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, em concurso material, devem ser beneficiados.

2.2 Estupro no Art. 217-A

A partir da criação da Lei 12.015/2009, o delito de estupro de vulnerável ganhou um artigo próprio, deixando de ser uma qualificadora do crime de estupro (BRASIL, 2013b). Observa-se que a redação do revogado art. 224, em seu caput, é bem explícita quanto à presunção de violência, por sua vez as alíneas tratam em que circunstâncias o indivíduo é considerado vulnerável, que são: menor de 14 anos, pessoa débil mental e aquele que não puder oferecer resistências, em tais hipóteses o agente tinha que ter ciência da vulnerabilidade. Com o advento da supracitada lei, houve a criação do art. 217-A, sob a nomenclatura “estupro de vulnerável”, o título do Capítulo II foi alterado, deixando de ser “da sedução e da corrupção de menores” e passando a ser “dos crimes sexuais contra vulneráveis”. (BRASIL, 2013b).

Analisando o art. 217-A, verifica-se que o caput traz a ação nuclear que é ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. As circunstâncias em que o indivíduo é considerado vulnerável adquiriram uma abrangência mais moderna e atual, passando a englobar indivíduos com enfermidade ou deficiência mental, bem como aqueles que não possuem necessário discernimento para a prática do ato ou, ainda, aqueles que, por alguma razão, não puderem oferecer resistência. (GONÇALVES, 2015).

No tocante ao sujeito ativo, pode ser qualquer pessoa, tanto o homem quanto mulher, o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa vulnerável, independentemente de gênero. Conforme tratado no capítulo anterior, o bem jurídico tutelado nos crimes sexuais contra vulneráveis é a dignidade sexual, pois a liberdade sexual não pode ser enquadrada com bem jurídico protegido, haja vista não haver plena disponibilidade para usufruir de tal liberdade. Admite-se a forma tentada, embora, seja de difícil constatação e comprovação.

As qualificadoras estão previstas nos §§ 3º e 4º, do art. 217-A (BRASIL, 2013b), quando nos casos em que da conduta resultar lesão corporal grave a pena é de 10 a 20 anos de reclusão, quando nos casos em que da conduta resultar morte a pena é de 12 a 30 anos de reclusão, em ambas qualificadoras o resultado pode ocorrer com dolo na conduta antecedente,

a violência sexual, e dolo ou culpa no resultado qualificador, a lesão corporal ou morte, segundo doutrina Nucci (2015, p. 915-916). Salienta-se que, tanto na forma simples quanto na qualificada, o delito de estupro de vulnerável é considerado crime

hediondo, segundo reza o art. 1º, inciso VI, da Lei n. 8.072/1990, com as alterações trazidas pela Lei n. 12.015/2009. A classificação doutrinária do delito em estudo é: crime comum, material, doloso, de forma livre, comissivo, instantâneo, unissubjetivo e plurissubsistente.

O art. 224 do Código Penal Pátrio, atualmente revogado, trazia de forma explícita, em seu caput, a presunção de violência, contudo, o art. 217-A não faz menção a tal presunção. Em análise formal ao art. 217-A (NUCCI, 2016).

Observa-se que, diferentemente do art. 213, que define como estupro constranger alguém a ter conjunção carnal ou à prática de outro ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça, o art. 217-A define como estupro de vulnerável, tão-somente, ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa em estado de vulnerabilidade, abstendo-se da violência. Conforme entendimento de Gentil (2014) “a partir da interpretação literal da norma, não é

mesmo possível considerar a possibilidade de uma presunção de violência relativa”. Importante destacar que, erro de tipo e erro de proibição não se confundem com presunção relativa de violência, aquele é quando o agente tem falsa percepção da realidade, induzindo-o ao erro, afetando assim a elementar do tipo penal, desta forma excluindo o dolo da conduta, já o erro de proibição é aquele que incide sobre a ilicitude de uma conduta. Segundo doutrina Nucci (2015).

Nos delitos cometidos, com emprego de violência ou grave ameaça, contra vítima no dia em que completa 14 anos, o crime praticado é tipificado no art. 213 do Código Penal Brasileiro (estupro simples), pois a vítima não mais se enquadra como vulnerável. Conforme assevera Vieira Segundo (2014, p. 107-108):

Caso o crime seja cometido mediante violência ou grave ameaça contra a vítima no dia do seu décimo quarto aniversário, o crime será igualmente o do art. 213, visto que o art. 217-A trata do estupro de vulnerável e mesmo que a vítima seja 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, não se pode falar em estupro de vulnerável, [...].

Vale salientar que, o art. 217-A foi criado com a intenção de tratar de forma mais severa e rigorosa o delito de estupro de vulnerável, a exemplo do crime de pedofilia, tal intenção foi bastante clara, tendo em vista que as penas para o estupro simples não foram

modificadas com a reforma de 2009, ao contrário das penas nos casos de estupro de pessoas vulneráveis.

2.3 Relação Sexual entre adolescentes

Na atualidade há certo amadurecimento precoce no que concerne à iniciação sexual na adolescência, quer seja por mera curiosidade quer seja por “prova de amor” ao parceiro (a), ou, ainda, por pressão da sociedade ou pressão pessoal, irrelevante é, a esse estudo, os motivos que ocasionam as crianças e adolescentes a iniciar a sua vida sexual. Muitos são os meios de comunicação disponíveis hoje, estamos em uma geração onde há um turbilhão de conhecimentos, televisão e internet, além de uma infinidade de maneiras de propagar informações, principalmente de teor sexual, esclarecendo e incentivando os adolescentes sobre uma vida sexualmente ativa (PARISOTTO, 2011).

Ano após ano fica patente que cada vez mais cedo os jovens estão iniciando a sua vida sexual, tanto meninos quanto meninas, sendo que aqueles estão tendo relações sexuais mais cedo do que as meninas. O aumento do interesse sexual acontece a partir do aparecimento dos caracteres sexuais secundários, tal interesse é influência das alterações hormonais, e se dá no período da adolescência, bem como por meio do contexto psicossocial. Segundo estudos desenvolvidos pela Universidade de São Paulo (USP), os adolescentes têm a sua primeira relação sexual, cada vez mais cedo, na faixa entre os 13 e os 17 anos, conforme assevera Gomes (2014, s.p): “Adolescentes iniciam sua atividade sexual na faixa entre os 13 e os 17 anos de idade.”

No lugar de recriminar ou punir aqueles adolescentes e crianças que, por vontade própria, têm a vida sexualmente ativa, a sociedade, família e escola, deveriam dar mais orientação a fim de propiciar maior segurança aos jovens, conforme assevera, com muita sensatez, Quadros (2010, s.p), “os jovens necessitam de orientação para desfrutar a sexualidade com segurança e de forma saudável. Quanto mais informações, melhor será a vivência dessa sexualidade, sem culpas e com prevenção”. Importante salientar que, o que é tratado nesse tópico é a iniciação a vida sexual de forma voluntária, relações sexuais consentidas, onde o adolescente tem plena ciência (entendimento) da prática do ato sexual (conjunção carnal ou outro ato libidinoso).

2.4 Princípios Hermenêuticos Penais

2.4.1 Princípio da Insignificância

Consolidado no Direito Penal pelo doutrinador Claus Roxin, o princípio da insignificância, também denominado de princípio da bagatela, tem por escopo afastar da apreciação do Direito Penal aquelas condutas em que a lesão ou ameaça ao bem jurídico tutelado é irrelevante, por melhor dizer insignificante. Conforme nos relata Greco (2012, p. 5): “O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal.”

Há requisitos de ordem objetiva que devem ser observados, a fim de que haja a configuração do princípio da insignificância, conforme relata Capez e Prado (2014, p.12):

[...] Consoante a jurisprudência a respeito do aludido princípio, deve-se considerar os seguintes aspectos objetivos: a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência e periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada [...].

Verifica-se que tal princípio está diretamente ligado a tipicidade material, tendo em vista que é a adequação se o fato é materialmente típico. Desta maneira o princípio da insignificância afasta a tipicidade penal, pois, analisa o caráter material da conduta. Assim, a falta de tipicidade material exclui a tipicidade conglobante, excluindo, também, a tipicidade penal. Lembrando que, para que haja o fato típico faz-se necessário existir a conduta, o resultado, o nexos causal e a tipicidade (formal e material), elementos estudados no capítulo anterior. Desta feita, se não há tipicidade não há o que se falar em fato típico, assim, não há delito (GRECO, 2016).

No concernente ao caráter da insignificância, a aplicação é subjetiva, haja vista que nem todos os tipos penais comportam do aludido princípio, bem como a aplicação deve ser adequada a cada caso concreto, levando em consideração, além dos requisitos objetivos, as condições pessoais da vítima. Nesse sentido, aduz Bitencourt que “a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida”, (BITENCOURT, 2012, p. 59).

Referente à adequação do aludido princípio aos casos em que a relação sexual, envolvendo pessoa vulnerável, é consentida, faz-se necessário verificar se os requisitos objetivos foram devidamente preenchidos, nestes casos observa-se que não houve ofensividade da conduta do agente, há a ausência de periculosidade social da ação, não há o grau de reprovabilidade do comportamento na conduta praticada pelo agente, bem como, inexistente inexpressividade da lesão do bem juridicamente tutelado, tendo em vista a relação sexual ter

sido realizada mediante o consentimento do vulnerável, desta forma, não há o emprego de violência ou grave ameaça.

Ante o exposto, como relata Masson (2013, p. 26), “o princípio da insignificância tem aplicação a qualquer espécie de delito que com ele seja compatível, ainda que excepcionalmente, e não apenas aos crimes contra o patrimônio”. Assim, o princípio da insignificância pode ser aplicado nos casos em que a relação sexual, com pessoa vulnerável, é consentida, pois, exclui a tipicidade material do delito de estupro de vulnerável. Desta maneira, não há a configuração do tipo penal tipificado no art. 217-A do Código Penal Brasileiro.

2.4.2 Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima, também conhecido por alguns doutrinadores por princípio da necessidade ou *ultima ratio*, surgiu em 1789, em meio ao Iluminismo, a partir da Revolução Francesa, com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que trata, em seu art. 8º, que a lei apenas deve prever as penas estritamente necessárias (JESUS, 2013).

Há limites estabelecidos ao árbitro judicial, por meio do princípio da legalidade, bem como, existem limites estipulados para que Estado não crie tipos penais abusivos, com penas desumanas e injustas, o princípio da intervenção mínima é essa limitação, agindo com o fito de limitar o legislador no que concerne ao conteúdo das normas penais incriminadoras (tipos penais), defendendo que para que haja a criminalização de uma conduta é imprescindível que exista a precaução de ataques contra bens jurídicos importantes. Tendo por principais destinatários o legislador e o intérprete do Direito (GRECO, 2013).

O Direito Penal apenas atua quando os demais ramos do Direito são ineficazes em resguardar os bens jurídicos de maior importância, tanto para o indivíduo como para a

sociedade, bem como, quando tais bens são expostos a um dano com significativa ofensividade, haja vista que as penas privativas de liberdade e as restritivas de direitos apenas se justificam quando é estritamente indispensável para amparar o indivíduo, a sociedade e os bens juridicamente protegidos (BITENCOURT, 2012).

Observa-se que, o aludido princípio tem por ponto de partida a característica da fragmentariedade do Direito Penal. Desta forma, pode-se dizer que o princípio da fragmentariedade está inserido no princípio da intervenção mínima (MASSON, 2013). Face ao exposto, evidencia-se que apenas deverão ser levadas ao Direito Penal aquelas ofensas aos bens jurídicos de maior relevância, em que os outros ramos do Direito não foram capazes de tutelar.

2.4.3 Princípio da Adequação Social

Segundo o princípio da adequação social aquelas condutas que são consideradas pela sociedade como lícitas, não confrontando o sentimento social, não podem ser consideradas criminosas. Desta maneira, o Direito Penal apenas se detém a tipificar condutas que possuam relevância social. Conforme descreve Capez e Prado (2014, p. 11) “determinadas formas de atividade permitida não podem ser incriminadas, uma vez que se tornaram consagradas pelo uso histórico, isto é, costumeiro, aceitando-se como socialmente adequadas”.

Verifica-se que a partir da interpretação do aludido princípio há de se levar em conta se a conduta é socialmente adequada, assim, não se pode falar em tipicidade penal, conseqüentemente, não há como se configurar o delito. Importante lembrar que somente existe exclusão da tipicidade de uma conduta por meio da adequação social se estiver ausente o conteúdo típico da ação tida por injusta. Nesse sentido aduz Bitencourt (2012, p. 56): “[...] o que se pretende por meio do pensamento da adequação social é identificar quando um comportamento perigoso é adequado para a produção de um determinado resultado típico, delimitando, assim, a tipicidade da conduta.”

A doutrina majoritária entende que se faz necessário analisar os conhecimentos do autor do fato para fazer um juízo de valor no que concerne a relevância típica de uma conduta. Sobre o tema, Bitencourt (2012, p. 57) defende que “a adequação social parte de um juízo de previsibilidade ex ante, que concorre com um juízo de valoração ex post, acerca da adequação entre o resultado produzido e a conduta adequada previamente identificada como causa”. O princípio da adequação social desempenha duas funções, a

primeira é limitar o campo de alcance do tipo penal, já a segunda função, direcionada ao legislador, é a orientação quanto à escolha das condutas tidas por lícitas e ilícitas e a atualização dos tipos penais no ordenamento jurídico. Esclarecendo que tal princípio, por si só, não pode revogar tipos penais incriminadores, haja vista ser apenas um princípio geral de interpretação, conforme entendimento consolidado (GRECO, 2016).

2.4.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana pode ser entendida como valores inalienáveis pertencentes a cada indivíduo, todo ser humano é dotado de dignidade, são valores existentes da sociedade. O princípio da dignidade da pessoa humana é base de toda a ciência jurídica, assim, é considerado o princípio máximo do Estado Democrático de Direito. O aludido

princípio visa conceder maior solidariedade e justiça ao ordenamento jurídico, o sistema penal brasileiro tem por fundamento a dignidade da pessoa humana como valor máximo. A Constituição Federal de 1988, traz em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (GRECO apud SARLET, 2015).

Com efeito, verifica-se que a dignidade da pessoa humana é o bem jurídico de maior relevância para o ordenamento jurídico, no tocante ao estudo em análise, pode-se dizer que a dignidade sexual está inserida no aludido princípio, desta forma, nas relações sexuais, envolvendo pessoas vulneráveis, em que não houver a possibilidade de consentimento e o entendimento para à prática sexual, configurando violência ou grave ameaça, fica patente que há violação à dignidade da pessoa humana, todavia, nas hipóteses em que a relação sexual é consentida, de maneira voluntária, pela pessoa em estado de vulnerabilidade, não há o que se falar em violação de tal princípio, haja vista, que todos têm direito ao pleno desenvolvimento sexual, pois, este está inserido no conceito de dignidade. Vale frisar que a averiguação da possibilidade de consentimento pelo (a) menor de 14 anos ou outra espécie de vulnerável deve observar as circunstâncias do caso concreto, tais como: localidade da residência; região de moradia; grau escolar; experiência sexual; nível cultural, etc.

3 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A partir do advento da Lei 12.105/2009, a qual inseriu o art. 217-A no Código Penal Brasileiro, que trata do crime de estupro de vulnerável, surgiu a discussão acerca da presunção de violência no delito em análise, se absoluta ou relativa. A doutrina nunca se pacificou no tocante a aludida presunção (CAPEZ, 2015).

Ao observar o art. 217-A, verifica-se que há a ficção de violência, pois o texto normativo não faz menção à violência ou grave ameaça, bastando, tão-somente, que o indivíduo tenha conjunção carnal ou pratique qualquer outro ato libidinoso com pessoa vulnerável para que se configure o delito tipificado no supracitado artigo. Nesse diapasão aduzem Leal e Leal (2013, s.p):

A dicção dada ao conteúdo do art. 217-A não se refere mais a presunção de violência ou de grave ameaça como elemento normativo do novo tipo penal. Para a realização objetiva desta nova infração penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. [...] [...] se o agente mantém relação sexual ou pratica qualquer ato libidinoso com alguém menor de catorze anos, o bem jurídico penalmente protegido é considerado indisponível de pleno direito.

RECIFAQUI
Revista Científica da Faculdade Quirinópolis

Ainda nesse entendimento, corrobora Gentil (2014, s.p), para quem “a partir da interpretação literal da norma, não é mesmo possível considerar a possibilidade de uma presunção de violência relativa”. Todavia, há parte da doutrina que, ao analisar o caso concreto, tem um posicionamento completamente contrário, defendendo a relativização da presunção de violência (LEAL E LEAL, 2013).

A discussão acerca da presunção de violência já ocorria antes mesmo da reforma de 2009, na verdade, a criação do art. 217-A fez com que houvesse mais divergência ainda quanto ao assunto, tendo em vista que ocorreram dois equívocos por parte do legislador, conforme relata Pezzotti (2014, s.p): “ao tentar impossibilitar que o operador do direito refutasse a tipicidade penal diante das circunstâncias do caso concreto; 2º: ao ignorar a capacidade do adolescente maior de doze anos, já reconhecida em outras searas do nosso ordenamento jurídico.”

Verifica-se que o legislador não acompanhou a evolução social, deixando de conceder capacidade aos adolescentes de 12 e 13 anos, capacidade essa já garantida em outros dispositivos normativos. A relatividade da presunção de violência, em análise ao

caso concreto, deveria garantir capacidade relativa aos adolescentes de 12 e 13 anos, entretanto, nas crianças menores de 12 anos a incapacidade seria absoluta. Assim doutrina Nucci (2016, p. 850-851):

“[...] o legislador, na área penal, continua retrogrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança e adolescente.” Portanto, deve haver uma ponderação por parte do aplicador da lei, uma análise da “vida” do adolescente. A partir do momento que a relação sexual é consentida há fatores que são preponderantes para que o fato seja atípico, desta forma não se configurando o delito previsto no art. 217-A do Código Penal Brasileiro, tais fatores são a maturidade sexual do adolescente, o exercício consciente do ato sexual e a relação entre o mesmo e o autor, conforme preconiza Pezzotti (2014).

Fica patente que para os doutrinadores, que defendem a flexibilização da presunção de violência nos crimes de estupro de vulnerável à luz do caso concreto, é unânime a necessidade de um estudo acerca do comportamento do adolescente, seus conhecimentos quanto ao ato sexual, o meio em que vive e os meios de informações os quais está exposto (GENTIL, 2014).

Antes mesmo do advento da Lei n. 12.015/2009, parte da doutrina já defendia que a presunção de violência tinha caráter relativo, e não absoluto. Entre os doutrinadores que tinham tal posicionamento, pode-se citar Mirabete, Delmanto, Bitencourt, Prado, Damásio, Noronha, Pierangelie, Regis Prado, entre outros.

3.1 Jurisprudência

Na jurisprudência, assim como na doutrina, ainda há divergência de posicionamento quanto à presunção de violência nos crimes de estupro de vulnerável, principalmente nos Tribunais Estaduais, não obstante, o entendimento nos Tribunais Superiores é que tal presunção é absoluta. Contudo, há absolvições nesse sentido. Em 27 de março de 2012, o Superior Tribunal de Justiça – STJ (BRASIL, 2013d) divulgou uma nota acerca da relativização da presunção de violência, que dispõe da seguinte forma:

Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa Para a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a presunção de violência no crime de estupro tem caráter relativo e pode ser afastada diante da realidade concreta. A decisão diz respeito ao artigo 224 do Código Penal (CP), revogado em 2009. Segundo a relatora, ministra Maria Thereza de Assis Moura, não se pode considerar crime o ato que não viola o bem jurídico tutelado – no caso, a liberdade sexual. Isso porque as menores a que se referia o processo julgado se prostituíam havia tempos quando do suposto crime. [...] “A prova trazida aos autos demonstra, fartamente, que as vítimas, à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de

serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo. Embora imoral e reprovável a conduta praticada pelo réu, não restaram configurados os tipos penais pelos quais foi denunciado”, afirmou o acórdão do TJSP, que manteve a sentença absolutória. Divergência A Quinta Turma do STJ, porém, reverteu o entendimento local, decidindo pelo caráter absoluto da presunção de violência no estupro praticado contra menor de 14 anos. [...]. Segundo a ministra Maria Thereza, a Quinta Turma entendia que a presunção era absoluta, ao passo que a Sexta considerava ser relativa. Diante da alteração significativa de composição da Seção, era necessário rever a jurisprudência. Por maioria, vencidos os ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior, a Seção entendeu por fixar a relatividade da presunção de violência prevista na redação anterior do CP. Relatividade Para a relatora, apesar de buscar a proteção do ente mais desfavorecido, o magistrado não pode ignorar situações nas quais o caso concreto não se insere no tipo penal. “Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado”, afirmou. “O direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais”, completou. “Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado – a liberdade sexual –, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo”, concluiu a relatora. [...].

Diante de tal decisão fica explícita a divergência de entendimento dentro do STJ, pois a quinta turma defende o caráter absoluto da presunção de violência, enquanto a sexta turma entende que o caráter é relativo. Nesse mesmo posicionamento Leal e Leal (2013) afirmam que, “a inexistência de violência real ou grave ameaça, pode eliminar a tipicidade da conduta de manter relação sexual ou qualquer ato libidinoso com menor de catorze anos de idade”.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, em REsp 1.371.163 DF, julgado dia 25 de junho de 2013 (BRASIL, 2013e), teve um entendimento completamente contrário daquele presente na decisão proferida em 2012, conferindo caráter absoluto à presunção de violência, vejamos o teor do supracitado Recurso Especial:

[...] 2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes. 3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela [...] 2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes. 3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu. 4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão a quo, com o restabelecimento do decisum condenatório de primeiro grau, nos termos do voto. [...] Da exegese da norma supra, cabe ressaltar, primeiramente, que a menoridade da vítima passa a integrar o tipo penal, além disso, a categoria jurídica pessoa vulnerável revela-se um conceito novo no Direito Penal, introduzido pela Lei n. 12.015/2009, e deve ser entendido como toda criança ou mesmo adolescente com menos de 14 anos de idade. [...] O fato é que a condição objetiva prevista no art. 217-A se encontra presente e, portanto, ocorreu o crime imputado ao recorrido. Basta que o agente

tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu (fls. 4/6, 176/189 e 265/282), para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação do estupro de vulnerável, conduta descrita no art. 217-A do Código Penal. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para condenar o réu, ora recorrido, em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão a quo (fls. 265/282), com o restabelecimento do decísum condenatório de primeiro grau (fls. 176/189), nos termos deste voto.

Diante do supracitado Recurso Especial e da decisão, fica evidente, mais uma vez, a desacordo de posicionamentos existente dentro do mesmo Tribunal, fazendo com que a discussão quanto à relativização da presunção de violência esteja sempre em debate. Observa-se que o STJ não levou em consideração a experiência sexual da vítima, a sua capacidade de discernimento, bem como a sua possibilidade consentir com o ato sexual, desta maneira, tal Tribunal possui o mesmo entendimento que Gonçalves (2015, p. 537), asseverando que “ainda que a vítima diga que consentiu no ato, estará configurada a infração, pois tal consentimento não é válido”.

De forma oposta a esse entendimento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS, em sua Apelação Crime nº 70044569705, julgado em 20 de outubro de 2011 (RIO GRANDE DO SUL, 2013), negou provimento à Apelação impetrada pelo Ministério Público Estadual a fim de reforma a decisão que absolvía o réu da acusação de estupro de vulnerável, entendendo que tal presunção pode ser relativizada, vejamos o seu teor:

[...] Os elementos de convicção constantes dos autos demonstram que a vítima (com 12 anos de idade) e o denunciado (com 22 anos de idade) mantiveram relacionamento amoroso e sexual por determinado período. Tal conduta, em tese, subsume-se ao disposto no art. 217-A do Código Penal. No entanto, a vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário – o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva –, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes. Na hipótese dos autos, a prova angariada revela que as relações ocorreram de forma voluntária e consentida, fruto de aliança afetiva. Aponta também que a ofendida apresentava certa experiência em assuntos sexuais. A análise conjunta de tais peculiaridades permite a relativização de sua vulnerabilidade. [...] abre-se nova perspectiva, que passa pela análise do alcance do conceito de vulnerabilidade. Esta não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário, o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. [...] À vista de tais noções, analisadas em conjunto com as definições de criança e de adolescente conferidas pela Lei nº 8.069/90, entendo pela viabilidade da relativização da vulnerabilidade nos casos envolvendo adolescentes – faixa entre 12 e 14 anos de idade. [...] Da mesma forma, nota-se que a ofendida apresentava certa experiência em assuntos sexuais, levando-se em conta seu reiterado envolvimento em ocorrências do Conselho Tutelar sob tal rubrica, como ressaltado pela testemunha Carmen. Além disso, ao que tudo indica, a vítima não era mais virgem ao tempo do início do relacionamento com o denunciado. Com olhos em tal realidade, tenho que o caso em apreço permite a relativização do conceito de vulnerabilidade. Considerando, ainda, que a prova colhida não aponta para a presença de violência ou de grave ameaça, as condutas sexuais praticadas pelo réu não se amoldam a qualquer previsão típica, impondo-se, assim, sua absolvição com base no art. 386, III, do Código

de Processo Penal (fundamento diverso ao apontado na sentença). [...].

Tal Apelação Crime, antes de absolver o réu, faz uma análise quanto a “vida” da vítima, seu comportamento com réu, sua experiência sexual, sua possibilidade de consentimento para o ato. Ainda nesse diapasão doutrina Nucci (2014, p. 37) que, “a lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade”. Nesse posicionamento, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina TJSC, em sua Apelação Criminal nº 2013.014690-4, julgado em 30 de julho de 2013 (SANTA CATARINA, 2013), corrobora com a jurisprudência do TJRS. A aludida apelação dispõe o seguinte:

[...] Quanto a presunção de violência, cabe algumas ponderações. O fato da vítima ter mantido relações sexuais com o acusado de forma consentida, a meu ver, retira a ilicitude da conduta. [...] Embora a mudança legislativa e a provável intenção do legislador ao supor que o menor de 14 anos não tem capacidade para compreender a gravidade da relação sexual, entendo que esta presunção de violência deve ser relativizada e afastada quando não comprovada a possível vulnerabilidade. Primeiro porque o legislador impede a liberdade individual de cada um de decidir sobre seu próprio corpo, em especial, quanto a forma de relacionamento íntimo e de prazer, balizando uma idade, como possível a permitir essa decisão, quando na esfera médica e psicológica não se fala em idade, mas em amadurecimento emocional. Em segundo lugar, porque eleva o ato sexual como algo pernicioso, o que na verdade vai ao encontro dos dogmas cristãos, mas foge completamente da ciência. [...] Em sendo assim, por entender que a presunção de violência é relativa, o simples fato da apelante contar com 12 anos de idade não lhe impede de ter maturidade suficiente, bem como decidir a respeito da prática do ato sexual. Assim, passo a analisar no caso em concreto se houve ou não consentimento no ato sexual. [...] Denota-se que o consentimento da vítima emerge cristalino e extirpa as dúvidas, tendo em vista que o ato sexual que gerou a denúncia contra o acusado por estupro de vulnerável foi assentido pela menina, que ao longo de seu depoimento demonstrou ter maturidade emocional suficiente para decidir sobre o próprio corpo, inclusive, quanto a forma de relacionamento íntimo e de prazer. [...] Portanto, não obstante o posicionamento contrário à relativização da presunção de violência quase unânime deste egrégio Tribunal, bem como alguns precedentes desta própria magistrada, as peculiaridades do caso em concreto, no meu sentir, não permitem a condenação do acusado, notadamente pelo fato de estar provado que o ato sexual foi consentido ou seja, a suposta vítima não foi constrangida em momento algum a se relacionar sexualmente com o réu. Assim, malgrado os fundamentos da sentença condenatória, encaminho meu voto no sentido de absolver o acusado A. C. de L. das imputações lhe atribuídas na denúncia, o que faço com base no artigo 386, inciso I, do Código de Processo Penal. [...].

Verifica-se que a Apelação do TJSC possui a mesma fundamentação que a Apelação do TJRS, havendo uma adequação da realidade ao tipo penal, tem em vista que o legislador tenta tolher a liberdade que o adolescente dispõe sobre o seu próprio corpo, no caso a sua liberdade e desenvolvimento sexual. Desta forma, entende-se que pode existir a possibilidade de consentimento por parte da vítima. Importante trazer o Habeas Corpus nº 73.662, do Supremo Tribunal Federal STF, em que o Ministro Marco Aurélio, no dia 11 de junho de 1996 (BRASIL, 2013f), reconhece que a presunção de violência é relativa, em outros votos, o Ministro Marco Aurélio reafirmou sua opinião no sentido de

que deve haver uma relativização da presunção de violência à luz do caso concreto, como pode se verificar a seguir:

[...] Diante de tais colocações, forçoso é concluir que não se verificou o tipo do artigo 213 do Código Penal, no que preceitua como estupro o ato de “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações com o Paciente por livre e espontânea vontade. O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. [...] Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. [...] Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes pode advir. [...] é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. [...] De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento e à medida em que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo a mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. A presunção não é absoluta, cedendo as peculiaridades do caso como são as já apontadas, [...].

Diante de todos os julgados apresentados, fica patente que o entendimento acerca do tema tratado ainda não é pacífico, contudo, o Habeas Corpus nº 73.662, julgado pelo STF, tem relevantes argumentos a favor da flexibilização da presunção de violência à luz do caso concreto, bem como é utilizado como norte para orientações doutrinárias e outros julgados de Tribunais Estaduais.

3.2 Repercussão Midiática da Decisão do Superior Tribunal de Justiça

Constantes são as notícias acerca do delito de estupro de vulnerável, conforme se verifica nos sites Terra, Em Tempo, Consultor Jurídico, dentre outros, pessoas são presas todos os dias pelo crime tipificado no art. 217-A do Código Penal, contudo, o que se pretende é tratar acerca das notícias, vinculadas na internet, sobre a maneira como a presunção de violência, no delito em estudo, é abordada. O site Terra (STJ: NEGAR. 2013), no dia 04 de abril de 2012, noticiou que o Superior Tribunal de Justiça entende que negar o estupro de vulnerável não libera a prostituição infantil, vale destacar alguns trechos:

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) divulgou nesta quarta-feira nota na qual explica a absolvição, na semana passada, de um homem acusado de estuprar três meninas de 12 anos. A decisão motivou fortes críticas da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) e da ministra da Secretaria de Direitos Humanos,

Maria do Rosário. Segundo o STJ, a sentença não diz respeito à prostituição infantil, mas de uma "acusação de estupro ficto, em vista unicamente da ausência de violência real no ato". "A exploração sexual de crianças e adolescentes não foi discutida no caso submetido ao STJ, nem mesmo contra o réu na condição de 'cliente'. Também não se trata do tipo penal 'estupro de vulnerável', que não existia à época dos fatos, assim como por cerca de 70 anos antes da mudança legislativa de 2009", sustenta a nota. Segundo a relatora do caso, ministra Maria Thereza de Assis Moura, não se pode considerar crime o ato que não viola o bem jurídico tutelado - no caso, a liberdade sexual - porque as meninas se prostituíam na época dos supostos crimes. [...]. Para o STJ, a sentença não viola a Constituição Federal, havendo precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) que "que afirmam a relatividade da presunção de violência no estupro contra menores de 14 anos. Um dos precedentes data de 1996". [...]. Segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo, a mãe de uma das meninas afirmou em juízo que a filha deixava de frequentar as aulas para ficar na praça com as amigas e fazer programas com homens em troca de dinheiro. "A prova trazida aos autos demonstra, fartamente, que as vítimas, à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo. Embora imoral e reprovável a conduta praticada pelo réu, não restaram configurados os tipos penais pelos quais foi denunciado", afirmou acórdão do TJ-SP. "Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado", disse a relatora.

Verifica-se que a aludida nota destaca que Superior Tribunal de Justiça afirmou que é uma acusação de estupro ficto, estando ausente a violência real no ato; que o bem jurídico protegido não foi violado com a prática da conjunção carnal, pois as adolescentes tinham completo discernimento quanto à prática sexual; que a decisão não vai de encontro à Constituição Federal, que há julgado do Supremo Tribunal Federal favorável a relativização da presunção de violência, bem como que as vítimas tinham um comportamento voltado à prática de ato sexual, haja vista não serem ingênuas e nem inocentes. Entretanto, tal entendimento do STJ não deixou todos satisfeitos, havendo discordância da opinião pública, conforme notícia publicada no site Consultor Jurídico (DECISÃO, 2013), no dia 29 de março de 2012, vejamos o seu conteúdo:

Decisão do STJ sobre estupro desagrada governo A decisão da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça que relativizou a presunção de violência no caso de crime de estupro de menores causou polêmica nesta semana. A matéria discutiu o caso de um homem acusado de estuprar três meninas de 12 anos. A alegação era de que ele praticara estupro de menores, mas o crime foi negado, pois as meninas "já se dedicavam à atividade de prostituição". [...] A ministra Maria do Rosário, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, repudiou a decisão. Em nota, disse que os direitos humanos das crianças e dos adolescentes "jamais podem ser relativizados". [...] No comunicado, a ministra adianta que encaminhará solicitação ao procurador-geral da República, Roberto Gurgel, e ao advogado-geral da União, Luiz Inácio Adams, para que "analisem medidas judiciais cabíveis". Sobre os questionamentos do governo, o presidente do STJ, ministro Ari Pargendler, explicou que o caso ainda pode ser revisitado pelo tribunal. [...]. A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que investiga a violência contra a mulher também não gostou da decisão. A relatora, senadora Ana Rita (PT-ES), disse que o posicionamento do STJ desrespeita direitos fundamentais das crianças e "acaba por responsabilizá-las". [...] O advogado Renato de Mello Jorge Silveira, presidente da Comissão de Direito Penal do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp), explicou que o STJ foi correto em seu posicionamento. Segundo ele, a discussão sobre violência presumida só poderia ser relativizada antes da promulgação da Lei 12.015/2009, a Lei de Crimes Hediondos. [...].

Evidencia-se, mais uma vez, que é dado mais ênfase a aqueles que discordam do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, do que a aqueles que partilham dos mesmos pensamentos. Quando a Ministra Maria do Rosário relata que os direitos humanos das crianças e dos adolescentes “jamais podem ser relativizados”, é preciso lembrar que, nesse sentido, há um julgado do STF desde 1996, não levou em consideração o caso concreto, a vontade que motivou as adolescentes a terem relações sexuais, o entendimento que as mesmas possuíam

quanto à prática sexual, seus relacionamentos amorosos com o agente, em suma, não foi levado em consideração a dignidade da pessoa humana, englobando a dignidade sexual, a qual as adolescentes são detentoras.

Após pressões e muitas especulações a decisão do STJ foi revista, dado que a decisão anterior era intempestiva. O site Espaço Vital notícias jurídicas (STJ RECUA... 2013), no dia 10 de agosto de 2012, vinculou nova nota intitulado de “STJ recua e mantém condenação de esturador de meninas”, observemos alguns trechos da matéria:

R
Revista de Direito Penal e Criminologia

A decisão do STJ que provocou polêmica, em março deste ano, por inocentar um homem acusado de esturpar três meninas de 12 anos foi anulada pelo próprio tribunal. Este reconheceu que o recurso que deu origem à decisão foi apresentado fora do prazo e que, por isso, a decisão de absolvição não mais persiste. O acusado havia sido absolvido na primeira e na segunda instâncias. Após recurso no STJ, ele foi condenado - o tribunal entendeu que toda relação sexual com menor de 14 anos é estupro, independentemente de haver o consentimento da vítima. Em novo recurso, porém, a 3ª Seção do tribunal absolveu o homem com base na lei anterior - o caso ocorreu antes de 2009, quando a lei passou a considerar que ter relações sexuais com menor de 14 anos é "estupro de vulnerável", independentemente do uso de violência [...]. [...] No caso das meninas, a turma do STJ que julgou o recurso contra a condenação havia seguido o mesmo entendimento do juiz de primeira instância e decidido, por maioria, que não era possível presumir a violência porque as meninas se prostituíam e, portanto, poderiam consentir com o sexo. Como essa decisão foi derrubada, passa a valer o entendimento anterior do STJ - o de que manter relações sexuais com menores de 14 anos é estupro, independentemente de ter havido consentimento. Em razão disso, o homem será julgado novamente em segunda instância pelo Tribunal de Justiça de São Paulo - que havia absolvido o acusado. [...]. [...] À época, a decisão do STJ que inocentou o acusado provocou diversas reações negativas. O tribunal recebeu críticas da ministra Maria do Rosário (Direitos Humanos), do Congresso e da ONU, entre muitas outras entidades. A anulação da decisão veio depois de um recurso do Ministério Público Federal que questionava a falta de manifestação do STJ sobre o prazo (intempestividade). O ministro Gilson Dipp admitiu, na nova decisão que o recurso do réu era intempestivo: o prazo venceu em 19 de outubro de 2010 e ele foi interposto em 3 de maio de 2011. Ainda cabe recurso dessa decisão.

Diante de tantas indagações quanto o posicionamento do STJ, em 16 de abril do corrente ano, o site Em Tempo (ATO, 2013) trouxe que “ato sexual consentido com menor de 14 anos não é estupro, diz STJ”, vale destacar alguns trechos da notícia:

Os ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiram nesta terça-feira (16) que nem sempre o ato sexual com menores de 14 anos poderá ser considerado estupro. A decisão, divulgada na página do

STJ, acaba livrando um homem da acusação de ter estuprado três meninas de 12 anos de idade e abre precedentes para outras sentenças em todo o país. Diante da informação de que as menores se prostituíam, antes de se relacionarem com o acusado, os ministros do STJ concluíram que a presunção de violência no crime de estupro pode ser afastada diante de algumas circunstâncias. [...] No julgamento no STJ, venceu a tese segundo a qual o juiz não pode ignorar o caso concreto. Segundo a relatora da matéria, ministra Maria Thereza Moura, as leis não são estáticas e devem se adaptar às mudanças sociais, principalmente no caso da educação sexual dos jovens, influenciada pelas diferenças sociais e culturais. “Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado – a liberdade sexual, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo”, disse a ministra. Diante do novo entendimento da lei, agora o STJ deverá rever a jurisprudência e fixar novas penas para os infratores.

Fica patente que, a mídia dá certo enfoque ao consentimento por parte da vítima, quando, na verdade, deveria ser dada maior ênfase no entendimento (discernimento) que o adolescente tem quanto à prática sexual, as suas experiências e o seu comportamento, não só perante o seu (sua) parceiro (a), mas, também, perante a sociedade.

REVISITA
Revista Jurídica Recifaqui

PENAL. HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. Consentimento da vítima menor de 14 anos. Irrelevância. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que, para a configuração do estupro de vulnerável, é irrelevante o consentimento da vítima menor de 14 anos. 2. Habeas Corpus indeferido, revogada a liminar. (STF – HC: 122945 BA – BAHIA 9960019-11.2014.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 21/03/2017, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-091 04-05-2017).

Ademais, fica explícito que sempre haverá discussão acerca da presunção de violência nas relações sexuais em que a pessoa vulnerável mostra entendimento e consentimento para a prática sexual, bem como que toda e qualquer decisão não será por completo aceita.

CONCLUSÃO

O que se pretende não é negar o que está disposto no art. 217-A do Código Penal Pátrio, até porque formalmente é proibido ter conjunção carnal ou praticar (ou permitir) outro ato libidinoso com pessoa em estado de vulnerabilidade, pois o supracitado artigo deixa explícito que não pode haver consentimento por parte da criança e/ou adolescente, o que se pretende é mostrar que determinados (as) adolescentes, em análise ao caso concreto, possuem completo entendimento e consentem, de forma voluntária, quanto à prática sexual. Ao analisar a tipicidade material do delito em estudo, verifica-se que a

conduta praticada não fere ou expõe a perigo o bem jurídico protegido, no caso a dignidade sexual, haja vista que a inexistência de violência ou grave ameaça, contudo, para que se verifique que o bem juridicamente tutelado

não foi lesado, se faz necessário haver uma ponderação quanto aos princípios hermenêuticos penais.

Quanto ao princípio da ofensividade é evidente que não há ofensa a dignidade sexual do (a) adolescente, pois a prática do ato sexual, quando se dá com consentimento e tem o mesmo pleno entendimento do ato, não cabe ao Estado intervir, uma vez que não se configura efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Assim, se não há ofensa não há o que se falar em delito.

O princípio da insignificância, por estar diretamente ligado à tipicidade material, exclui a configuração do delito, tendo em vista que não há significativa ofensa e há ausência de perigo na conduta do agente. Portanto, se não há tipicidade material não há crime. No tocante ao princípio da intervenção mínima fica patente que não deve o Direito Penal ocupar-se em criminalizar a conduta, pois não há relevância na mesma, não sendo justificável penalizar o agente. Com referência ao princípio da adequação social não deve haver a tipificação do crime de estupro de vulnerável, pois a conduta não vai de encontro ao sentimento social, não é tida como ilícita pela sociedade.

Concernente ao princípio da dignidade da pessoa humana, é manifesto que é o bem jurídico de maior relevância, estando a dignidade e o desenvolvimento sexual do (a) adolescente inserida em seu contexto, desta maneira, não há abuso a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o (a) adolescente está usufruindo de uma liberdade que lhe pertence, possuindo plena convicção, entendimento e consentimento para a prática sexual.

Além da constatação por meio dos princípios hermenêuticos necessário é que haja o bom senso quanto a real possibilidade de consentimento da pessoa em estado de vulnerabilidade, a sua maturidade e entendimento quanto à prática sexual, o grau de escolaridade, meio em que vive, seu relacionamento do seu (sua) parceiro (a), seu comportamento perante a sociedade, entre outros fatores. Fica patente que na atualidade os adolescentes estão amadurecendo e iniciando sua vida sexual cada vez mais cedo, em média, aos 13 anos, não estando alheios à evolução da sociedade, sendo influenciados pelos conhecimentos adquiridos pelos meios de comunicação, principalmente a internet, cabendo à sociedade evoluir a ponto de não reprimir aqueles (as) adolescentes que têm

sua vida sexual ativa, mas conscientizá-los quanto à prevenção de doenças sexualmente transmissível e gravidez. Observa-se, ainda, que o legislador não acompanhou a evolução da sociedade na mesma “velocidade” que os adolescentes de hoje, pois ignorou a capacidade, do maior de 12 e menor de 14 anos, já perfilhada em outros ramos do direito, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como não levou em consideração a análise do caso concreto perante a aplicação do dispositivo normativo, adequando, assim, o fato típico (tipo penal) a realidade.

Diante de todos os argumentos trazidos, o que aqui se defende é a flexibilização da presunção de violência à luz do caso concreto, sendo tal presunção *juris tantum* e não *juris et de jure*, como, também, pode existir a possibilidade de consentimento e discernimento por parte do (a) adolescente quanto a prática sexual, haja vista que não há a configuração da violência ou grave ameaça na prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Assim, sendo, a presunção seria relativa para aqueles com idade de 12 e 13 anos; já para aqueles menores de 12 anos a

presunção seria absoluta, entendimento este já verificado em Tribunais Estaduais e o Supremo Tribunal Federal, bem como pela doutrina majoritária.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial 4.** Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. **Tratado de Direito Penal.** Parte Geral 1. 17 ed. rev. ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012b.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18/12/2020.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20/12/2020.

_____. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Planalto. Disponível em:<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em: 22/12/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa.** STJ. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3067891/presuncao-de-violencia-contra-menor-de-14-anos-em-estupro-e-relativa#:~:text=Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20viol%C3%A2ncia%20contra%20menor%20de%2014%20anos%20em%20estupro%20e%20relativa>>.

relativa#:~:text=Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20viol%C3%A2ncia%20contra%

20me nor%20de%2014%20anos%20em%20estupro%20%C3%A9%20relativa,-3&text=Para%20a%20Terceira%20Se%C3%A7%C3%A3o%20do,afastada%20diante%20da %20realidade%20concreta>. Acesso em: 12/12/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.371.163 DF**. Relator (a): Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Julgado em 25 de jun. de 2013. STJ. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23904937/recurso-especial-resp-1371163-df-2013-0079677-4-stj/inteiro-teor-23904938>>. Acesso em: 10/12/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 73662 ED/MG**. Relator (a): Min. Marco Aurélio. Julgado em 11 de jun. de 1996. STF. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14701759/embdeclno-habeas-corpus-hc-73662-mg>>. Acesso em: 10/01/2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal parte especial**. De acordo com a Emenda Constitucional n. 66, de 2010. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 3.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal Comentado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DECISÃO do STJ sobre estupro desagrada governo. **Consultor Jurídico: online**. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2012-mar-29/decisao-secao-stj-estupro-menores-desagrada-governo>>. Acesso em: 10/01/2021.

GENTIL, Plínio Antônio Britto. **Estupro de vulnerável consentido: uma absolvição polêmica**. Lex Magister, São Paulo. 2014. Disponível em:<https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao046/plinio_gentil.html>. Acesso em: 15/01/2021.

GOMES, Viviane. **Pesquisa da USP revela que o jovem inicia cedo a vida sexual**. Portal do Governo de São Paulo. São Paulo. 2014. Disponível em:<<https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/pesquisa-da-usp-revela-que-o-jovem-inicia-cedo-a-vida-sexual>>. Acesso em: 12/01/2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro (Coord.). **Direito Penal Esquematizado. Parte Especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. Adendo. **Lei nº 12.015/2009 Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual**. Niterói: Impetus, 2012.

_____. **Código Penal Comentado**. 5 ed. rev. ampl. e atual. até 1º de janeiro de 2011. Niterói: Impetus, 2013.

_____. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Arts. 1º ao 120 do CP. 14 ed. rev. ampl. e atual. até 1º de janeiro de 2012. Niterói: Impetus, 2016.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal. Parte Geral**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2263, 11 set. 2013. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/13462/novo-tipo-penal-de-estupro>>. Acesso em: 12/02/2021.

MASSON, Cleber. **Direito Penal. Parte Geral (art. 1º a 120)**. Esquematizado. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 15. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Crimes Contra a Dignidade Sexual. Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Manual de Direito Penal. Parte Geral Parte Especial**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PARISOTTO, Luciana. **Sexo na adolescência**. ABC da Saúde. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.site.ajes.edu.br/direito/arquivos/20131030201243.pdf>>. Acesso em: 11/01/2021.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **O crime de estupro de vulnerável à luz do princípio da ofensividade e da teoria da tipicidade conglobante**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2952, 1 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19667/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-a-luz-do-principio-da-ofensividade-e-da-teoria-da-tipicidade-conglobant>>. Acesso em: 11/01/2021.

QUADROS, Denise de. **Adolescentes têm direito a sexualidade segura**. ANDI Comunicação e Direitos. Brasília. Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/cadernos_tematicos/sexualidade.pdf>. Acesso em: 11/01/2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **ACR 70044569705**. Relator (a): Des. NAELE OCHOA PIAZZETA. Julgado em 20 de out. de 2011. TJRS. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20749214/apelacao-crime-acr-70044569705-rs-tjrs/inteiro-teor-20749215>>. Acesso em: 10/12/2020.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **ACR 2013.014690-4**. Relator (a): Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Julgado em 30 de jul. de 2013. TJSC. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21234099/apelacao-criminal-acr-376154-sc-2011037615-4-tjsc/inteiro-teor-21234100?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10/12/2020.

STJ: NEGAR **estupro de vulnerável não libera prostituição infantil**. Terra: online. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/decisao-sobre-estupro-de-menor-nao-institucionaliza-prostituicao-diz>

[stj.html#:~:text=O%20Superior%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a,nota%20no%20fim%20da%20reportagem](http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/decisao-sobre-estupro-de-menor-nao-institucionaliza-prostituicao-diz)>. Acesso em: 18/11/2020.

STJ RECUA e mantém condenação de estupro de meninas. **Espaço Vital**: online. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Estupro+Presumido+pela+Idade>>. Acesso em: 18/11/2020.

VIEIRA SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim. Comentários Sobre o Crime de Estupro Após o Advento da Lei nº 12.015/2009. **Revista Síntese**, São Paulo, ano XIII, RDP n. 76, p. 104-108, out-nov/2014.

Enviado em: 10/11/2021.

Aceito em: pré-aprovado em banca FAQUI 2021/1