



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA-FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TEÓFILO TAVARES DUCARMO CONDÉ

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: RELATIVIZAÇÃO DA
VULNERABILIDADE DO MAIOR DE DOZE ANOS**

BARBACENA

2012

TEÓFILO TAVARES DUCARMO CONDÉ

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: RELATIVIZAÇÃO DA
VULNERABILIDADE DO MAIOR DE DOZE ANOS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Marcos Sampaio
Gomes Coelho

BARBACENA

2012

TEÓFILO TAVARES DUCARMO CONDÉ

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO MAIOR DE DOZE ANOS.

Monografia apresenta ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Profa. Me. Delma Gomes Messias.
Universidade presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Marcos Sampaio Gomes Coelho.
Universidade presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Profa. Esp. Josilene Nascimento Oliveira.
Universidade presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico aos meus pais Antônio do Carmo e Margarida e também aos meus irmãos Clarice e Tiago, aos quais sagro meu exemplo de luta, dedicação e coragem.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus que me guia e protege.

Agradeço aos meus colegas, amigos, professores e minha família pelo apoio que prestaram nesta árdua empreitada.

Agradeço ao professor orientador, Dr. Marcos Sampaio por ter prestado seus conhecimentos e seu auxílio na elaboração desse trabalho, por sua competência e amizade.

Agradeço ainda às professoras, Dra. Delma e Dra Josilene que aceitaram o convite para comporem a banca examinadora.

“Ciência penal não é só a interpretação hierática da lei, mas, antes de tudo e acima de tudo, a revelação de seu espírito e a compreensão de seu escopo, para ajustá-lo a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida.”

Nelson Hungria.

RESUMO

O tema abordado busca demonstrar a necessidade de adaptação e interpretação do Direito face às constantes transformações sócio-culturais, afastando a interpretação rígida das normas, e adaptando-se aos princípios ético-morais prevalentes em determinado período histórico, satisfazendo a finalidade da lei, e não apenas sua aplicação irrestrita. Assim analisa-se o crime de estupro de vulnerável à luz da presunção de vulnerabilidade dos menores de catorze anos, em especial, os que já tenham completado doze anos, que na antiga vigência do art. 224 do CPB (Código Penal Brasileiro) se socorriam da “presunção de violência”. Perfaz um breve histórico do delito estupro e sua aplicação jurídica, desde a antiguidade até nossos dias. Expõe conceituação e trata das elementares do tipo, bem como sujeitos e ação penal inerentes a esse delito. Analisa a violência como fator crucial ao crime de estupro (art. 213, CP) e a desnecessidade da mesma quando a vítima é vulnerável. Estuda os diversos pensamentos doutrinários e julgados para verificar possibilidade de aplicar a responsabilidade objetivo. Outrossim, considera a diferenciação que o Estatuto da Criança e do Adolescente faz entre a validade do consentimento dado pela criança e pelo adolescente. Contextualiza a atual sociedade e a conjectura da necessidade de proteger ou não os hodiernos jovens (menores de catorze anos). Confronta os textos normativos, a produção doutrinária, jurisprudências e julgados, com ênfase ao indivíduo maior de doze e menor de quatorze anos, ensejando descobrir se há possibilidade de excluir a tipicidade da ação. Finaliza ensejando aplicar o real objetivo da Lei que atenda anseios sociais e, portanto, opta por acompanhar o pensamento majoritário, qual seja, a possibilidade de aplicar a relativização da vulnerabilidade. A presente obra aborda o tema de forma ampla, expondo fatos e tentando dissipar as discussões suscitadas, por conseguinte, não tem o escopo de esgotar o tema escolhido.

PALAVRAS CHAVES: Direito Penal – Estupro. Estupro de Vulnerável. Código Penal-Art. 217-A. Presunção de vulnerabilidade.

ABSTRACT

The topic seeks to demonstrate the need for adaptation and interpretation of the law in the face of ever-changing society-culture, away from the strict interpretation of the rules, and adapting to the ethical and moral principles prevailing in a particular historical period, satisfying the purpose of the law, and not only unrestricted application. So we analyze the crime of raping vulnerable in light of the presumed vulnerability of children under fourteen years, in particular those who have completed twelve years, which in the old term of art. 224 of CPB (Brazilian Penal Code) was used the "presumption of violence." Makes a brief history of crime and its legal application of rape, from ancient times until today. Exposes and discusses the basic concepts of type, as well as subjects and criminal action associated with that offense. Examines violence as a crucial factor to the crime of rape (art. 213, CP) and no need of it when the victim is vulnerable. He studied the various doctrinal thoughts and tried to check the possibility of applying the liability order. Also, consider the difference that the Statute of the Child and Adolescent makes between the validity of the consent of a child and teenager. Contextualizes the current society and conjecture the need to protect or not to today's youth (under fourteen years). Confronts the normative texts, the production of doctrine, jurisprudence and judged, with emphasis on the individual more than twelve and under fourteen years, allowing for discovering whether it is possible to exclude the typical action. Ends occasioning actual purpose of applying the law that addresses social concerns and thus chooses to follow the majority thought, namely, the possibility of applying the relativization of vulnerability. This work addresses the issue broadly, stating facts and trying to dispel the discussions that therefore has the scope to exhaust the theme.

KEYWORDS: Criminal Law - Rape. Rape of Vulnerable. Criminal Code - Section 217-A. Presumption of vulnerability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1 ESTUPRO: ESCORÇO HISTÓRICO	21
1.1 Legislação Mosaica e Código de Hamurabi.....	21
1.2 Direito Romano	21
1.3 Ordenações Filipinas.....	22
1.4 O Estupro nas Legislações Penais Pátria	22
1.4.1 Código Criminal do Império (1830)	22
1.4.2 Código Penal Republicano (1890)	23
1.4.3 Código Penal (1940)	23
1.4.4 Lei 12.015/2009 (Alteração do Código Penal)	24
2 GENERALIDADES DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL	25
2.1 Conceito.....	25
2.2 Objeto Material e Bem Jurídico Tutelado	25
2.3 Elementos Objetivo e Subjetivo	26
2.4 Sujeito Ativo	27
2.5 Sujeito Passivo	27
2.6 Da Ação Penal nos Crimes Sexuais Contra Vulnerável	28
2.7 Do Erro de Tipo.....	30
3 VIOLÊNCIA SEXUAL	31
3.1 Liberdade Sexual.....	31
3.2 Violência e grave ameaça no crime de estupro (Art. 213, CP).....	32
3.2.1 Violência no crime de estupro de vulnerável.....	32
4 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA	34
5 ECA	37
6 DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	39
6.1 Da <i>Innocentia Consilii</i>	40
6.2 Do Acesso à Informação	41
6.3 Do Uso de Entorpecentes e Drogas Afins.....	41
7 DA POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE	43
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

Em agosto de 2009, houve uma grande revolução penal, com a vigência da Lei 12.015, que deu nova redação a crimes contra a dignidade sexual, antes dito crimes contra os costumes, salientando-se, sobretudo, o crime de estupro, que desde outrora era crime próprio, agora passa a ser comum, visto que no pólo ativo ou passivo pode estar presente tanto o homem como a mulher.

Tal inovação também se estendeu ao grupo dito vulnerável, que com a Lei 12.015/09 ganhou tipicidade penal própria estampada no art. 217-A.

Contudo, uma discussão advinda desde a vigência do antigo art. 224 do CP (Código Penal) permaneceu mesmo após as alterações já mencionadas. A contenda que se dava acerca de ser absoluta ou relativa a violência ficta/presumida quando a relação sexual era praticada com algum daqueles indivíduos na lei elencados, ainda que consentida; com o novel tipo aboliu-se a questão da violência presumida, e aplica-se a vulnerabilidade, mas a controvérsia continua aguerrida: essa vulnerabilidade é relativa ou absoluta.

Nesse foco busca-se confrontar os diplomas normativos, orientações doutrinárias, sentenças e acórdãos, no intuito de descobrir a natureza da violência presumida contra o vulnerável, delimitando os crimes que envolvem aqueles indivíduos que possuem mais de doze e menos de catorze anos, não portadores de enfermidade mental, pois integram a faixa mais contestada acerca da relatividade ou não da vulnerabilidade.

A ênfase da análise se dá neste fator cronológico, que como menciona Greco (2011) já era debatido pelos Tribunais sob o argumento de que a sociedade atual se diferia bastante daquela da criação do CP, e que tais indivíduos já não exigiam a mesma proteção requisitada àquela época. Mas o que se viu foi a criação de um tipo penal específico, o que faz prolongar ainda mais a discussão.

1 ESTUPRO: ESCORÇO HISTÓRICO

Antes de se partir para a pesquisa da problemática apresentada, prefacialmente se faz necessário contextualizar a evolução histórica do crime de estupro. Vejamos então:

1.1 Legislação Mosaica e Código de Hamurabi

Desde a antiguidade os crimes sexuais já causavam grande repugnância, sendo, portanto, severamente apenados, como nos relata Prado (2001, p. 193-194):

Os crimes sexuais, entre eles o estupro, foram severamente reprimidos pelos povos antigos. Na legislação mosaica, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados¹. Mas 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.

O Código de Hamurabi tem sua elaboração estimada por volta de 1700 a.C. e foi encontrado por uma expedição francesa em 1901, na região da antiga Mesopotâmia². É dele que veio a expressão comumente utilizada, olho por olho e dente por dente (Lei de Talião); também ele era severo com relação ao crime de estupro, aplicando ao estuprador a pena capital (pena de morte); definia em seu art.130, que se “alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, esse homem deverá ser morto e a mulher irá livre” (PRADO, 2001, p.194).

1.2 Direito Romano

No direito Romano utilizava-se o termo *stuprum*, do qual derivou a palavra estupro, que para os romanos, de forma ampla, alcançava todos os atos sexuais e libidinosos, quer fossem praticados contra homem ou mulher – frisamos aqui a possibilidade do homem figurar no polo passivo do delito, fato relativamente novo para nosso ordenamento, vigente desde Lei 12.015/09, que alterou o Código Penal. Em

¹ A pena de lapidação consistia no apedrejamento do condenado até a morte.

² http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hamurabi

sentido próprio, significava desonra, vergonha, e abrangia todas as relações carnis (cópula vaginal), como doutrina Prado (2001, p. 194):

O termo *stuprum*, no Direito Romano, representava, em sentido lato, qualquer ato impudico, praticado com homem ou mulher, englobando até mesmo o adultério e a pederastia. Em sentido estrito, alcançava apenas o coito com a mulher virgem ou não casada, mas honesta.

1.3 Ordenações Filipinas

As Ordenações Filipinas prescreviam: “Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, quer forçosamente dormir com qualquer mulher posto que ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello”. (MESTIERE apud PRADO, 2001, p.193)

As Ordenações Filipinas previam no Livro V, Título XXIII, o estupro voluntário de mulher virgem que acarretava para o autor a obrigação de se casar com a donzela e, na impossibilidade do casamento, o dever de constituir um dote para a vítima. Caso o autor não dispusesse de bens era açoitado e degredado³, salvo se fosse fidalgo ou pessoa de posição social, quando então recebia tão somente a pena de degredo. O estupro violento foi inserido no Título XVIII e era reprimido com a pena capital. A pena de morte subsistia ainda que o autor se casasse com a ofendida após o crime. (PRADO, 2001, p. 194).

1.4 O Estupro nas Legislações Penais Pátria

1.4.1 Código Criminal do Império (1830)

Desde a promulgação da Constituição de 1824 decorreram seis anos até a elaboração do Código Criminal do Império, que foi sancionado em 16 de dezembro de 1830, por D. Pedro I. Tal normativo sofreu críticas doutrinárias pela generalização utilizada na redação dos delitos sexuais. Sobre o tema Prado (2001, p. 194-195) observa:

O Código Criminal do Império de 1830 elencou vários delitos sexuais sobre a rubrica genérica estupro. A doutrina da época, todavia, repudiou tal técnica de redação. O legislador definiu o crime de estupro propriamente dito no artigo 222, cominando-lhe pena de prisão de três a doze anos mais a constituição de um dote em favor da ofendida. Se a ofendida fosse prostituta, porém, a pena prevista era de apenas um mês a dois anos de prisão.

³ Degredado é um termo português para um condenado ao exílio, situação corrente nos séculos XV a XVIII.

1.4.2 Código Penal Republicano (1890)

Com edição em 11 de outubro de 1890, o Código Penal Republicano continha em seus artigos 268 e 269 as penas e a tipicidade para o crime de estupro, respectivamente. Situava-se no Título VII (Da Corrupção de Menores, dos Crimes Contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor):

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena: de prisão celular por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena: de prisão celular por seis mezes a dous annos.

§2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será aumentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violência entende-se não só o emprego de força physica como de meios que privem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anestheticos e narcóticos. (MESTIERE *apud* PRADO, 2001).

1.4.3 Código Penal (1940)

Com o advento do Código Penal de 1940, o estupro foi definido no art. 213, situando-se no Título VI (Dos crimes contra os costumes), Capítulo I (Dos crimes contra a liberdade sexual); já no art. 224, tipificava o crime de estupro de vulnerável, imputando uma violência ficta/presumida quando o agente praticava o ato sexual (conjunção carnal) com determinados sujeitos passivos que se amoldariam a esta vulnerabilidade:

O Código contemplou o estupro no Título VI (Dos Crimes Contra os Costumes), Cap. I (Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual), art. 213.

Afastando-se prudentemente do direito anterior, o legislador enunciou o tipo de delito de estupro de maneira simples e com maior precisão (...). Dos casos de violência presumida bem como das formas qualificadas e das causas especiais de pena, tratou o capítulo geral. Sendo essas regras gerais aplicáveis às espécies dos arts. 213 e 222, foi de boa técnica inserir-se no final um cap. VI com as disposições comuns[...] (MESTIERE *apud* SILVA, 2005).

1.4.4 Lei 12.015/2009 (Alteração do Código Penal)

Com a publicação, em 07 de agosto de 2009, da Lei 12.015, houve uma revolução ao que tange o crime de estupro, nem tanto em relação ao apenamento, embora mais contundente ao agente ativo, mas sim ao crime em si. Houve a fusão de dois tipos penais em uma só figura, hora denominada estupro, deixando de existir o art. 214 (atentado violento ao pudor) do Código Penal. O que mais se salienta deste ato é que há uma ruptura histórica, pois até então só se admitia como vítima a mulher; doravante a vítima de estupro definido no Código Penal passa a ser “alguém”.

Outra relevância abrangida pela Lei 12.015/99 foi a inserção do “estupro de vulnerável” nos rol dos crimes hediondos, seja na forma simples ou qualificada (art. 217-A e §§ 1º, 2º, 3º e 4º), alterando o inciso VI da Lei 8.072/90, onde o “atentado violento ao pudor” cedeu lugar a essa inovação.

Desta breve análise histórica vimos à evolução do Direito Penal concernente ao crime de estupro, evidenciando épocas de pouca mudança nos primórdios, mas de grandes revoluções na contemporaneidade. O certo é que a metamorfose continua na tendência de acompanhar a evolução do homem e da sociedade.

2 GENERALIDADES DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

2.1 Conceito

Vulnerável, termo de origem latina, *vulnerabilis*, em sua raiz vem a significar a lesões, cortes ou feridas expostas, sem cicatrização, feridas sangrentas com sérios riscos de infecção⁴. No contexto da Norma aqui debatida expressa a incapacidade ou fragilidade de alguém, motivada por circunstâncias especiais.

Nos termos da Lei 12.015/99, consiste em: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

“O *nomem juris* abriga também a conduta prevista no parágrafo primeiro, em que se punem, com as mesmas penas, as ações descritas no *caput* quando praticadas” (MIRABETE, 2010, p.40), contudo, no presente trabalho, abordamos com maior ênfase o estudo dos casos em que a vítima apresenta vulnerabilidade em virtude do fator cronológico: idade menor de catorze anos.

Tipificado no art. 217-A do Código Penal, o “Estupro de Vulnerável” é asseverador em sua pena, com reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, se comparado com o estupro do art. 213, com pena de 6 (seis) a 10 (dez) anos;

2.2 Objeto Material e Bem Jurídico Tutelado

Elencado no Título VIU do Código Pena – Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual – a tipificação do estupro de vulnerável visa proteção, tanto da liberdade quanto da dignidade sexual, que para Greco (2011, p. 534) são os objetos jurídicos tutelados. Nesse tipo resguarda-se o desenvolvimento sexual daquele tido como vulnerável, justificando “O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual”. No mesmo íterim, Nucci afirma que o interesse protegido pela norma penal recai sobre a liberdade sexual.

Já o objeto material do delito, como aponta Nucci (2009), “é o bem, de natureza corpórea ou incorpórea, sobre o qual recai a conduta criminosa”, logo no delito em tela, aponta-se ser a pessoa vulnerável;

⁴ De acordo com o Dicionário Morfológico da Língua Portuguesa, organizado pelos Professores Evaldo Hecker, Sebald Back e Egon Massing. Editora Unisinos, 1984.

Nos mesmos termos Greco bem apresenta o objeto material do crime de estupro de vulnerável como sendo:

[...] a criança, ou seja, aquele que ainda não completou os 12 (doze) anos, nos termos preconizados pelo caput do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90) e do adolescente menor de 14 (catorze) anos, bem como a vítima acometida de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, não pode oferecer resistência (GRECO, 2011, p.535).

2.3 Elementos Objetivo e Subjetivo

Segundo preleciona Nucci (2009, p. 826) são elementos objetivos do tipo: “Ter (conseguir, alcançar) conjunção carnal (cópula entre pênis e vagina) ou praticar (realizar, executar) outro ato libidinoso (qualquer ação relativa à obtenção de prazer sexual) com menor de 14 anos [...]”.

Fernando Capez (2011) preleciona que “conjunção carnal é a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher; ato libidinoso compreende-se, nesse conceito, outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral, anal)”.

Ajudando a compreender os elementos objetivos da norma debatida, Mirabete (2010) nos lembra:

[...] entendemos tratar-se de tipo misto cumulativo, punindo-se num único artigo condutas distintas, a de ter conjunção carnal e a de praticar ato libidinoso com menor de 14 anos, ou outra pessoa vulnerável [...] Inclina-se, porem, boa parte da doutrina reconhecer a existência de tipos mistos alternativos nos crimes de estupro (art. 213) e de estupro de vulnerável (art. 217-A) e, assim, segundo essa orientação, a prática de uma ou de ambas as condutas típicas, ainda que de forma reiterada no mesmo contexto fático, configura sempre crime único.

Segundo Nucci, buscar saciar a lascívia configura o elemento subjetivo do tipo. Neste adágio Mirabete (2010, p. 412) corrobora ao lecionar que:

No estupro de vulnerável, o dolo é a vontade de ter conjunção carnal ou de praticar ato libidinoso com menor de 14 anos ou pessoa vulnerável nos termos do parágrafo 1º do art. 217. É necessária a consciência dessa condição de vulnerabilidade do sujeito passivo. A dúvida do agente quanto à idade ou à enfermidade ou doença mental da vítima é abrangida pelo dolo eventual. O erro, porem, quanto a essas condições exclui o dolo, podendo se configurar outro crime (arts. 213, 215). Não se exige o elemento subjetivo do injusto

consistente na finalidade de satisfazer a lascívia, configurando-se o crime quando a motivação ou o fim último é outro.

2.4 Sujeito Ativo

Com o advento da Lei 12.015/09, o estupro deixa de ser de cometimento próprio do homem, sendo possível ser praticado tanto por homem ou mulher; corroborando com esta idéia Greco (2011, p. 535) relata:

Tanto o homem quanto a mulher podem figurar como sujeito ativo do delito de estupro de vulnerável, com a ressalva de que, quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá, obrigatoriamente, ser heterossexual; nas demais hipóteses, ou seja, quando o comportamento for dirigido a praticar outro ato libidinoso, qualquer pessoa poderá figurar nessa condição.

Mirabete (2010, p. 409) nos lembra de que apesar de ambos os gêneros poderem ser autores do estupro, há de se ter a oposição de gêneros para que se configure o primeiro núcleo (verbo) do tipo penal, qual seja a conjunção carnal; já a prática de qualquer outro ato libidinoso independe de oposição de sexos, podendo ser o sujeito ativo e o passivo do mesmo gênero.

2.5 Sujeito Passivo

Também inovado, o tipo 217-A do CPB tem como sujeito passivo o indivíduo que se enquadre nas condições de vulnerável, independentemente de seu gênero, quer masculino ou feminino, como aduz Nucci (2009, p. 826), sujeito passivo do estupro vulnerável é “A pessoa vulnerável (menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, ou pessoa com incapacidade de resistência)”. Observa-se que está excluído deste rol, desde os primeiros instantes do dia do aniversário aquele que completa seus catorze anos, afastando-se a possibilidade do configurar estupro de vulnerável, podendo restar, eventualmente, outro delito diverso.

Apesar de estarmos focando no fator cronológico deste tipo penal, também é sujeito passivo, aqueles que padecem de enfermidade ou deficiência mental que os privam do discernimento necessário a respeito das questões sexuais. O que se observa então, é que nesse caso não há discussão de relatividade ou não, pois sempre será relativa a situação de vítima do sujeito passivo, pois “o discernimento necessário para a prática do ato” exigido pelo tipo penal impõe que deve ser verificado não somente o

grau da doença mental ou deficiência mental, mas também como ela afeta o discernimento do sujeito passivo quanto a prática de atos de natureza sexual.

Da mesma forma, deve-se verificar, por fim, qual outra causa que interfira na vontade do sujeito passivo, cerceando-lhe oferecer resistência, para que configure a parte final do parágrafo primeiro do tipo em pauta, o que mais uma vez, deve ser verificado caso a caso, o que trás a tona a subjetividade do estado de vítima, caracterizando a relativização da presunção da vulnerabilidade protegida nessa parte do tipo penal.

2.6 Da Ação Penal nos Crimes Sexuais Contra Vulnerável

Como se sabe, Ação Penal é do direito público subjetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto.

Quando da pratica da infração penal, surge para o Estado o Direito de punir ou “*ius puniendi*” que deve ser exercido obedecendo ao devido processo legal e que atualmente tal direito a punição é limitado frente a dignidade da pessoa humana.

Na verdade, o direito de punir do Estado hoje exercido por meio da Ação Penal, nada mais é que um litígio existente entre aquele direito e o direito de liberdade do indigitado autor da infração penal.

No sistema inquisitivo o Juiz poderia iniciar o processo de ofício, podendo o mesmo exercer as funções de acusar, defender e julgar, não existindo separação entre tais atividades, além do mais sendo o processo sigiloso, não podendo o acusado exercer o contraditório nem a ampla defesa. Com o surgimento do Estado Moderno, mormente o Estado de Direito, bem como, do sistema acusatório, houve a imperiosa necessidade de separação das funções Estatais, surgindo então a ação penal que daria inicio a persecução penal em Juízo.

No Brasil, não é diferente, sendo necessário para o inicio da persecução penal em Juízo a necessidade da Ação Penal que atualmente encontra sua divisão em Pública e Privada, podendo aquela ser incondicionada ou condicionada a representação do ofendido e esta subdivida em Ação Penal Privada exclusiva, personalíssima e subsidiária.

Com a Constituição Federal de 1988 a Ação Penal Pública foi colocada como privativa do Ministério Publico, iniciando-se por meio da peça denominada “Denúncia”

que deve obedecer a requisitos constantes no art. 41 do CPP (Código de Processo Penal).

No que tange aos crimes sexuais que nos interessa no presente trabalho, o Capítulo IV do Código Penal, que antes disciplinava a presunção de violência e algumas formas qualificadas, agora além de disciplinar as causas de aumento de pena para os crimes contra a liberdade sexual, regula também a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual.

Até a edição da Lei nº. 12.015/2009, os crimes antes denominados contra os costumes e atualmente crimes contra a dignidade sexual procediam-se, como regra geral, mediante ação penal privada, ou seja, mediante “queixa-crime”, havendo a necessidade de a vítima contratar advogado para promover em Juízo a persecução penal, não obstante o direito de punir sempre pertencer ao Estado.

Contudo, se a vítima ou seus pais não pudessem prover as despesas do processo sem se privar de recursos indispensáveis à manutenção própria ou de sua família; se o crime fosse cometido com abuso do poder pátrio, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador; se da violência empregada, resultava lesão grave ou morte; se resultasse em lesão corporal leve; o crime procedia-se mediante ação penal pública, condicionada à representação, no primeiro caso, e incondicionada nos demais casos.

Com o advento da novel legislação, o artigo 225 do Código Penal sofreu algumas alterações de relevante aspecto, sendo a que mais chama atenção foi a abolição da ação penal privada nos crimes sexuais, passando a ação penal pública condicionada à representação ser a regra geral, sendo a única exceção, que a faz incondicionada, quando a vítima for pessoa vulnerável ou menor de 18 anos. Assim sendo, a nova redação do artigo 225 dispõe que:

Art. 225 - Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Logo, com a inovada legislação qualquer que seja o crime sexual, a titularidade para promover a ação será sempre do Estado, por meio do Órgão Ministerial, que dependerá em alguns casos, da representação da vítima, para exercer o direito de ação.

2.7 Do Erro de Tipo

Erro de tipo é a crença que o sujeito tem de estar agindo segundo os preceitos normativos, baseando-se em realidade falsa ou equivocada. Ele recai sobre elementares ou circunstâncias da figura típica. Não há de se fazer confusão entre erro de tipo e ignorância sobre o tipo penal, já que esse contempla o desconhecimento sobre determinado fato, enquanto aquele induz falsa sapiência, ou mesmo, equívoco.

Tal situação jurídica está contemplada no art. 20 do Código Penal Brasileiro, que assim descreve:

Erro sobre elementos do tipo

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

Descriminantes putativas

§1º É isento de pena 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 culposos.

Sobre o erro de tipo, Greco (2011) salienta a necessidade de o agente ativo conhecer a condição da vítima possuir menos de 14 (catorze) anos, pois, para incorrer nesse delito, o dolo é essencial; caso contrário, poderá o dito autor alegar o erro de tipo, e que, analisando os fatos e circunstâncias concretos poderá resultar na atipicidade do fato ou desclassificação, que no caso seria a aplicação do estupro nos moldes do art. 213. Para exemplificar essa afirmação, Greco nos descreve a seguinte situação:

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.

3 VIOLÊNCIA SEXUAL

É toda forma de opressão ao livre exercício da sexualidade de um indivíduo, seja no intuito de reprodução ou na busca prazer.

Sendo o instinto de reprodução um dos mais fortes e tendo sido criado pela natureza pra promover a perpetuação da espécie, a adaptação do amor sexual ao rito de vida social é obtida pelo pudor (...). Exerce ele uma ação preventiva, de resistência, inibição e controle da libido. Com fundamento no pudor público e individual, a coletividade dita normas sobre a moral e os costumes [...] (MIRABETE, 1998, p. 405).

3.1 Liberdade Sexual

Toda pessoa tem o livre arbítrio de para exercer suas volições sexuais, sendo tal direito corroborado pela lei penal pátria. Assim, é foro íntimo de cada individuo utilizar-se de seu corpo objetivando as aprazias sexuais, sendo ainda personalíssima a determinação de preferência por determinado parceiro, ou qualquer outro subterfúgio que emane a livre vontade de satisfação do indivíduo.

Logo, a ofensa desse princípio de liberdade, seja pela utilização de fraude, violência ou grave ameaça que subverte o corpo da vítima, suprimindo-lhe o consentimento, causa ojeriza à sociedade e merece punição legal.

Mas, se todos têm o direito de dispor livremente do próprio corpo e de consentir ou não com a prática da relação sexual, a ninguém, e principalmente à lei é dado o direito de negar a sexualidade que naturalmente existe em todas as pessoas, independentemente da idade.

Devido a esta liberdade que todos têm de exercer sua sexualidade, é de suma importância para caracterizar o delito de estupro, que a vítima repudie o ato sexual ou libidinoso, usando todos os meios que lhe competem para tal, pois se observarmos que há concorrente volição daquela dita vítima para a prática da conjunção carnal ou qualquer outro ato diverso daquela, mesmo que presentes ações violentas por parte do agente ativo, descaracterizado estaria o estupro, podendo restar outras infrações, como agressão ou mesmo lesão corporal.

Logo, observamos que o comportamento da vítima deve ser levado em consideração para caracterizar o crime de estupro, e que não basta somente estar presente violência ou grave ameaça, questões estas que descreveremos a seguir.

3.2 Violência e grave ameaça no crime de estupro (Art. 213, CP)

É de suma importância para caracterizar o crime de estupro (art. 213 do CP) observar o emprego de violência na conduta do agente. Somente aquele que no instinto de alcançar a sua satisfação sexual, utilizando-se da força bruta, ou seja, violência real, ou ainda prometendo grave ameaça – esta capaz de promover no íntimo da vítima o convencimento de que o mal prometido possa vir a se concretizar – pode receber as penas do crime de estupro.

Jesus (1996, p.91) preleciona na violência física “[...] há o emprego de força material sobre a própria vítima, reduzindo-a a impossibilidade de resistir ao ataque sexual. (...) A violência moral, por sua vez, se caracteriza pela ameaça”.

Corroborando ainda neste pensamento Noronha (1995, p.111), referindo-se à violência física:

A violência física consiste no emprego de meios materiais que anulam a resistência da vítima, constringendo-a a conjunção carnal. O homem abusa da força e da superioridade física para se impor à mulher e conseguir o fim que tem em vista. A violência física (...) é, via de regra, por todos os atos de agressão à integridade corpórea da ofendida.

3.2.1 Violência no crime de estupro de vulnerável

Em contramão ao que anteriormente explanamos o crime de estupro de vulnerável não requer esta exteriorização de violência, que pela redação do antigo art. 224, tinha essa violência presumida; com a inovação da Lei 12.015/99, não mais se fala em violência ficta, e sim, em vulnerabilidade do agente passivo. Contudo, se vislumbrar presente violência real, capaz de resultar em lesão corporal grave ou morte, há aumento da pena, sendo de 10 (dez) a 20 (vinte) anos para aquela e de 12 (doze) a 30 (trinta) anos para essa, ambas de reclusão.

Nestes casos, a própria lei afirma que as vítimas menores de quatorze estão em situação de vulnerabilidade em relação ao agente ativo, e que, portanto, merecem maior atenção e amparo da lei, imputando pena mais severa ao autor, visando coibir tais atos.

Logo, pela legislação penal pátria a prática da conjunção carnal ou o ato libidinoso diverso daquela, praticado com um menor de catorze anos configura crime de estupro, mesmo que tenha tido o consentimento do menor para a prática do ato sexual, pois o legislador pátrio entende que tal consentimento não tem força para afastar a

conduta delituosa do agente considerando a idade tenra da suposta vítima dita vulnerável.

Contudo, esse entendimento causa grande polêmica no mundo jurídico, pois gera a chamada responsabilidade objetiva, onde não poder-se-ia discutir o dolo ou não do agente para a prática delituosa, ou seja, a simples prática da ação tipificada força a aplicação das penas da lei, sem sequer, apreciar se era vontade do agente ativo praticar o estupro, aproveitando-se da condição de vulnerabilidade do agente passivo, suprimindo inclusive, a vontade do agente ativo para a prática sexual.

4 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Com a evolução social, todos sabemos que o ordenamento jurídico tem de acompanhá-lo, se amoldando aos comportamentos humanos (Princípio da adequação social), em que bens jurídicos tutelados em tempos passados já não vislumbram proteção, noutra giro, há bens que passam a ter notoriedade e importância, necessitando de intervenção Estatal pelo Direito Penal, sendo criados por nossos legisladores novos tipos penais, prescrevendo condutas ou restringindo ações. Todavia essa interferência do Estado na vida dos seus seres sociais deve ser na exata medida da necessidade, é o que prevê o princípio da intervenção mínima, que aqui avocamos no intuito de debater os casos em que menores de catorze anos, contudo, maior de 12, consentem e desejam a prática dos atos sexuais ou mesmo libidinosos; fato opositor seria a proteção desse mesmos adolescentes frente aos devaneios dos pedófilos, ou qualquer outro agente, que aproveitando da sua *innocentia consilii*, praticam atos sexuais ou libidinosos. Observemos os ensinamentos de Guilherme Nucci:

[...] o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. (NUCCI, 2009, p. 81).

Vejamos também o que este estabelecido no artigo 13 do Código Penal Brasileiro, do qual sobrevém um princípio de suma importância para o tema abordado.

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

- tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Depreendemos então o princípio da culpabilidade, que em sua acepção acomoda à máxima *nullum crimen sine culpa* (não há crime sem culpabilidade) e, impõe a subjetividade da responsabilidade penal.

É grande a gama de renomados autores que entendem ser necessário a avaliação social, bem como, uma interpretação sistêmica na aplicação do direito abstrato (tipo legal) ao caso social (fato concreto). Para tanto, há de se levar em consideração as diversas áreas abrangidas pelo Direito, aplicando-se o conhecimento abstraído nos campos jurídicos, sociológicos, filosóficos, com égide em parâmetros e informações concretos. Desde a vigência do artigo 224 do Código Penal de 1940, tais doutrinadores entendem que é relativa, e não absoluta a vulnerabilidade daqueles cuja idade seja menor que catorze anos.

Noronha (1995) assevera que reconhecer a presunção de violência absoluta "é inadmissível, porque se puníssemos sempre o agente que tivesse contato carnal com um menor, estaríamos consagrando a responsabilidade objetiva, coisa, entretanto, repudiada pela nossa lei" [grifo nosso].

No mesmo pensamento Mirabete (2006, p.478) em sua obra, Manual de Direito Penal, preleciona condições inerentes à vítima menor de catorze anos, que se observadas, afastaria a culpabilidade do agente, e portando, vai de encontro à responsabilidade objetiva penal:

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[...]

Os Tribunais superiores direcionavam para relatividade da presunção. A exemplo o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp. nº. 46.424, decidindo pela inconstitucionalidade do art. 224 do CP por desprezar a responsabilidade subjetiva:

EMENTA: RESP - PENAL - ESTUPRO - PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. 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 é inconciliável com presunções de fato, que se recrudesça 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. (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, REsp 46.424, D.J.U. 08.08.1994)⁵.

O Supremo Tribunal Federal entende que: “O sistema jurídico penal brasileiro não admite imputação por responsabilidade penal objetiva”. (STF. Inq. 1.578-4-SP, 18.12.03)⁶; bem como o Superior Tribunal Justiça: “[...] Inexiste em nosso sistema responsabilidade penal objetiva”. (STJ. HC 8.312-SP, 6ª Turma, 4.3.99, p. 231)⁷.

Mesmo após o advento do tipo penal autônomo do artigo 217-A, estupro de vulnerável, persistiu e, ainda acirrou-se mais a discussão quanto à aplicação objetiva da responsabilidade penal do agente, que como vimos é, majoritariamente, repudiada no ordenamento jurídico pátrio.

Veamos este Acórdão nº. 70046185104, proferido pelo TJRS, talvez um dos primeiros acórdãos que abordou o tema vulnerabilidade sob esse prisma relativista, já na vigência da Lei 12.015/09:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. Relação de namoro entre vítima e réu. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. Rejeição da denúncia. Ausência de justa causa para a ação penal. A vulnerabilidade da vítima – tal como disposta no art. 217-A do Código Penal – 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 (Apelação Crime nº. 70046185104. Des. Sylvio Baptista Neto - Presidente)⁸.

⁵ www.stj.jus.br

⁶ www.stf.jus.br

⁷ www.stj.jus.br

⁸ <http://profenaclaudialucas.blogspot.com.br/p/secao-jurisprudencia.html>

5 ECA

O Estatuto da Criança e Adolescente, Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, é o diploma guardião destes indivíduos tidos como em desenvolvimento objetivando que tenham um crescimento saudável, nos diversos aspectos, sejam físicos, psíquicos, morais, de inter-relacionamento social...

Mister é a citação do art. 2º deste normativo, que vislumbra a definição de criança e adolescentes nos seguintes termos: “considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. O ECA ainda repudia em seu art. 5º as diversas formas de atentado contra os direitos dos menores, assim descrito: “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”[grifo nosso].

A Lei 12.015/99, ao legislar que o estupro de vulnerável é aquele praticado contra menor de catorze anos, ultrapassa a baliza temporal vislumbrada no ECA, conforme acima citado, que designava a vítima ser criança, vindo então, a estender efeitos aos indivíduos com doze anos completos ou mais, que como já vimos são denominados adolescentes. Tal esforço do legislador, num primeiro momento, nos parece louvável, pois visaria estender a proteção não só para as crianças, mas também a uma parcela dos adolescentes.

Mas em contra partida, ao tipificar desta forma, o legislador estaria vinculando que qualquer situação que se amolde ao tipo legal, absolutamente, será tida como violação ao regramento penal e, por conseguinte, passível de suas penas. Vejamos o que está grafado no normativo legal (Lei 12.015/99) que alterou o Código Penal:

Art. 3 O Decreto-Lei no 2.848, de 1940, Código Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 217-A, 218-A, 218-B, 234-A, 234-B e 234-C:

Estupro de vulnerável

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. (Lei 12.015, 07/09/2009).

Pela simples leitura do *caput* do artigo e seu parágrafo primeiro concluimos que mesmo aquele com doze anos ou mais, pleno de volição e sapiente dos atos sexuais e seus resultados, se encontram “impedidos” da prática sexual, uma vez que faria recair sobre o(a) parceiro(a) sexual as sanções da Lei.

Ora, não nos parece razoável equalizar uma pessoa com doze anos ou mais, pleno de suas faculdades, a um indivíduo acometido de enfermidade ou doença mental, que não tenha condições de expressar validade seu consentimento.

Ainda na análise do diploma específico para proteção das crianças e adolescentes, o art. 103 vislumbra o ato infracional, como sendo “a conduta descrita como crime ou contravenção penal” e arrebatada no art. 104 que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nessa Lei” [grifo nosso]. Nesse ínterim o art. 106 dispõe a possibilidade de privação de liberdade do adolescente (indivíduo com doze anos ou mais e menor de dezoito anos), bem como, o art. 112 elenca as medidas sócio-educativas aplicáveis aos mesmos.

É lógico então, deduzir que a lei imputa capacidade ao adolescente para entender que determinado ato é ilícito (ato infracional), inclusive elencando possibilidades de imposição de medida sócio-educativa. Nos parece incoerente o legislador conceder capacidade ao adolescente para ser punido pelos seus atos e suprimir sua capacidade de decidir acerca dos atos sexuais que queira praticar, sob o óbice de ser vulnerável.

Ressalta-se também, que na contemporânea sociedade, fervorosa no resguardo das liberdades e garantias, onde a informação é abundante e está disponível tanta para adolescentes quanto para crianças, seja nos meios escritos, televisivos, e principalmente na internet, vemos como retrocesso limitar a capacidade do indivíduo poder escolher praticar ou não atos sexuais com um parceiro que lhe agrada, baseando-se em um fator cronológico.

Parece-nos perfeitamente cabível que um indivíduo com seus doze anos completos ou mais tenha conhecimento e discernimento do que é a conjunção carnal, do que é um ato libidinoso, que conheça seu corpo, queira relacionar-se mais intimamente com um parceiro.

A educação sexual faz parte dos currículos escolares, o que nos induz dizer que desde sua tenra idade, as crianças e adolescentes de nossa sociedade estão sendo preparadas e conscientizadas das práticas sexuais, seja com fulcro na reprodução humana, ou mesmo na satisfação dos anseios sexuais que lhes afloram.

6 DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

É latente as mudanças na nossa sociedade no trajeto temporal, os costumes evoluem, as regram caem ou se adaptam, sedo que tais evoluções tangem todos os campos que se relacionam com o ser humano; as vezes esses novos conceitos entram em confronto com os antigos, ensejando uma verdadeira “balburdia” nesse quadro evolutivo.

Frente às inovadas demandas da sociedade, o campo jurídico não pode ficar alheio aos novos anseios desses seres sociais, pois, é claramente a Justiça, o meio finalístico para resolução dos conflitos sociais, por conseguinte, as decisões proferidas pelo Judiciário buscam resultar numa convivência harmoniosa entre os integrantes de determinada sociedade.

A sexualidade não é uma questão nova debatida dentro do Direito, pelo contrário, por ser inerente ao ser humana, e precípua à reprodução e perpetuação, é tão antiga tal qual o próprio homem. O que se busca debater, desde os primórdios é justamente o que a sociedade aceita como moral ou não para o convívio harmônico, e então, positivar esse entendimento social – aqui abrimos um adendo para não se confundir a moralidade com legalidade, pois, apesar de buscarmos uma justaposição de ambas, nem sempre elas estarão juntas e harmoniosas.

Essa “moral sexual” como fruto social também mudou, evoluiu, avançou (ou regrediu, segundo conceitos mais conservadores), o certo é que vemos diariamente comportamentos que nos revelam tal premissa, como nos vestuários e comportamentos, gestos e modismos, e até mesmo pelo maciço apoio da mídia ao apelo sexual.

Devemos ter, contudo, certo cuidado quando da aplicação lei, ou seja, do Direito, visto que a sociedade permite uma diferenciação da moral sexual para determinados segmentos sociais e outro para a análise do processo e julgamento dos indivíduos. Apesar de parecer incoerente, vemos essa diferenciação ressaltar aos olhos, pois a moral, os bons costumes, a decência, a honra, o pudor, é empreendido de forma diferenciada quando estamos no meio familiar, ou entre pessoas estranhas, ou no meio social, ou ainda quando num relacionamento íntimo.

Passemos a analisar fatores que influenciam o direito, sobretudo, a aplicação do tipo penal: estupro de vulnerável, contextualizado à essa hodierna sociedade.

6.1 Da *Innocentia Consilii*

Entende-se como sendo a total ignorância por parte do agente passivo em relação aos fatos sexuais, assim tem-se que ele é completamente insciente para consentir validamente sobre assuntos sexuais.

Por este conceito apresentado, depreendemos que hoje o indivíduo dificilmente estará alheio aos assuntos sexuais, ainda que de tenra idade, o que afasta, com raras exceções, a alegação de *innocentia consilii* nos casos em que jovens, e primordialmente para nosso estudo os menores de catorze anos, se envolvem em ações de cunho sexual.

O Código Penal de 1940 vislumbrava tal princípio a fim de resguardar a inocência das moças daquela época, onde a virgindade mais do que uma “virtude” era essencial para resguardar a honra de toda uma família e para possibilitar um bom casamento; assim, assuntos sexuais eram restritos, e até mesmo proibidos para “moças de boa família”, ensejando rótulo de “perdida” àquelas que se interessavam por tais conhecimentos.

Atualmente, com raras restrições a cantões e sertões longínquos da civilização hodierna, dificilmente se encontrará menores de catorze anos totalmente inocentes no que condiz aos fatos sexuais ou atos libidinosos, ainda que não praticantes, detêm conhecimento sobre o tema; hodiernamente, no tocante à *innocentia consilii*, nos resta aferir o “grau” de desconhecimento apresentado pelo indivíduo, quando agente passivo dos delitos sexuais, tal qual se deve aferir a falta de discernimento necessário para a prática do ato sexual dos portadores de enfermidade ou deficiência mental, ou ainda, a falta de capacidade de oferecer resistência, seja qual for a causa, situações essas, contempladas no parágrafo primeiro do dito estupro de vulnerável.

Destarte, mais uma vez, invocamos o julgado do *Habeas Corpus* nº. 73.662-9, de 1996, do Rel. Min. Marco Aurélio⁹ para ilustrar nosso pensamento:

Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já cona com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possua escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria.

⁹ www.stf.jus.br

6.2 Do Acesso à Informação

Aproveitando as palavras do Ministro Marco Aurélio retrocitadas, verificamos outro fator inerente à sociedade contemporânea, qual seja o amplo acesso à informação, sobretudo pelos meios de comunicação e, em especial, a internet.

Tal fato já era observado à época daquela decisão e se faz muito mais presente nos dias de hoje, onde observamos um amplo desenvolvimento tecnológico que possibilita ingresso fácil, rápido e amplo a todos os tipos de informações, inclusive as de cunho sexual, sendo que na maioria das vezes não há restrição de acesso a esse conteúdo pelos a esses jovens (crianças e adolescentes).

A observação da sexualidade é abordada como conteúdo curricular nas escolas, embora com a finalidade de propiciar aos jovens o conhecimento de seu próprio corpo e as transformações que ele sofre em virtude do amadurecimento, não deixa de ser fato importante ao contexto que abordamos, pois concede ou amplia os conhecimentos desses jovens sobre os atos sexuais e libidinosos.

Essa gama de informações e conhecimentos é fator que possibilita aos jovens, ainda que menores de catorze anos rechaçarem as propostas e agressões que nesta esfera lhes incidem, bem como construir uma consciência, auto-suficiente, quanto à disponibilidade de seu próprio corpo.

6.3 Do Uso de Entorpecentes e Drogas Afins

É uma triste realidade o uso desregrado de entorpecentes e drogas afins pela juventude de hoje. As drogas por si só já perfazem uma das maiores sociopatias que enfrentamos, e sistematicamente, está atrelada a outras tantas desmazelas sociais.

Um estudo realizado pelo Ministério da Saúde (2004) revela o aumento do índice de menores que ingressam na vida sexual ativa, fato este, estimulado pelo o uso de drogas (lícitas e ilícitas):

[...] crescente tendência de redução da faixa etária de início de vida sexual (em torno de 13 anos), refletida em altos índices de gravidez na adolescência, o que coincide com um início igualmente precoce do uso de bebidas alcoólicas. Pesquisa realizada na periferia de Caruaru (PE) confirmou esses dados, ao revelar que 27,6% dos entrevistados tiveram a primeira relação sexual antes dos 13 anos, 80,1% tiveram antes dos 17 anos. Tais índices

coincidem com a idade média de início de consumo de bebidas alcoólicas, também extraídos da pesquisa supracitada: 32,2 % começaram a beber antes dos 13 anos e 74, 9% antes dos 17 anos”.

Os dados preliminares da última pesquisa realizada pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas – CEBRID/UNIFESP: relação ente o uso de crack e o desenvolvimento de comportamento de risco para a infecção de DST/HIV/AIDS, com 150 mulheres usuárias de crack de São Paulo e São José do Rio Preto, demonstram que 80% das entrevistadas referem que a idade da primeira experiência sexual ocorreu antes dos 15 anos de idade, sendo que metade da amostra teve sua iniciação antes dos 14 anos. Constata-se o dado alarmante de 17% da iniciação sexual por estupro. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2004, p.19)¹⁰.

¹⁰ portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/A_politica.pdf

7 DA POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE

A doutrina majoritária pátria sempre considerou de forma relativa a presunção, como se pode depreender nas palavras sábias de Mirabete, onde afirma que: “não se caracteriza o crime, quando a menor se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despudorada e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento”.

Hodiernamente com a novel legislação que modificou o Código Penal Brasileiro na parte dos crimes contra a dignidade sexual, não se discute mais se a questão envolve presunção absoluta ou relativa, pois de acordo com a letra da lei (Lei 12.015/2009), passou a existir a figura delitiva autônoma denominada de estupro de vulnerável; que contem definição própria, passando, o menor de catorze anos, em qualquer hipótese incapaz de consentir validamente para a prática do ato sexual. Resumindo, atualmente, do texto normativo infere-se que a vulnerabilidade é absoluta, assim sendo, praticar atos sexuais com menor de catorze anos sempre será crime de estupro.

Não obstante a redação da legislação em vigor, a doutrina e a Jurisprudência pátria vem admitindo flexibilizar o rigor da lei, admitindo a possibilidade de relativização da chamada vulnerabilidade.

Nesse sentido as palavras de João José Leal e Rodrigo José Leal (2009):

[...] a exemplo da violência presumida, a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos pode, também, ser afastada diante da prova inequívoca de que a vítima de estupro possui experiência da prática sexual e apresenta comportamento incompatível com a regra de proteção jurídica pré-constituída. Essa é uma questão delicada, mas cremos que, em casos especiais, é possível admitir-se a exceção à regra geral, desde que essa condição de experiência sexual do sujeito passivo venha a constituir um fator determinante para o agente incidir em erro de tipo. É evidente que o menor precocemente amadurecido nas coisas do sexo, seja qual for o motivo que conduz a essa lamentável condição, não deixa de merecer a proteção especial do Direito. Mas pode perder o seu estado de inocência e de ingenuidade, ou seja, de “pessoa vulnerável”, que é o fundamento ético-jurídico do princípio da proteção integral, principalmente se aparentar idade superior e complexão física precocemente desenvolvida. Nesses casos, a inexistência de violência real ou grave ameaça podem eliminar a tipicidade da conduta de manter relação sexual ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos de idade. Embora seja triste admitir, nas hipóteses de atos sexuais mantidos com menores de 14 anos já iniciados na prática de coito anal ou vagina, da feleção ou outros atos libidinosos, a presunção de pessoa vulnerável quanto à integridade sexual pode ser afastada.

Certamente, marco divisor de águas, foi a decisão proferida pelo STF, sendo Relator o Min. Marco Aurélio, quando apreciou HC nº 73.662-9/MG¹¹, no ano de 1996, quando consentiu ao paciente alvará de soltura, embora pesasse contra o mesmo, ação penal por ter praticado atos sexuais com uma menor, cuja idade era doze anos. Vejamos passagens do referido julgado que apreciou a vulnerabilidade do agente passivo de forma “*juris tantum*”:

[...] A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra.

[...] nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos.

[...] A pouca idade da vítima não é molde para afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações sexuais com o Paciente por livre e espontânea vontade. O quadro revela-se realmente estarecedor, porquanto se constata que a menor, conta apenas com doze anos, levava vida promíscua [...]

Minoritariamente, há corrente que defende o caráter “*juris et de jure*” contido no tipo penal descrito no artigo 217-A. Defendendo tal premissa, Grego (2011, p.529) discorre sobre objetividade da responsabilidade, vinculada ao fato do conhecimento por parte do agente ativo da tenra idade da vítima;

[...] existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima. Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o delito de estupro de vulnerável.

Se o Estatuto da Criança e do Adolescente afirma em seu texto ser o adolescente a pessoa com 12 anos ou mais de idade, e que ao mesmo se pode atribuir responsabilidade pela prática de ato infracional e ser aplicada medida sócio-educativa, é porque entendeu o legislador do ECA que essa mesma pessoa é capaz de discernir para acerca da ilicitude de sua conduta.

Logo, o legislador do Código Penal caminhou em descompasso com as normas do ECA, pois quem ao menos tem capacidade para entender a ilicitude de sua conduta infracional pode perfeitamente também ser capaz em consentir para a prática de atos sexuais.

¹¹ www.stf.jus.br

Não foi diferente ma decisão recente da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹² que manteve a absolvição de um rapaz acusado de ter praticado o crime de estupro de vulnerável contra uma menina de 12 anos de idade.

A lei pressupõe, pela própria denominação do Capítulo II – Dos Crimes Sexuais Contra Vulneráveis – que as vítimas do crime são pessoas com grau de vulnerabilidade que as impede de exercer atos de natureza sexual, mesmo que com consentimento, vez que esse anuência é considerada inválida. Vulnerável, no contexto do art. 217-A, é a pessoa que não possui capacidade suficiente para decidir sobre o próprio comportamento sexual. Assim, aquele que mantém conjunção carnal ou ato libidinoso com vulnerável responde por crime, mesmo quando houver consentimento, pois esse nada vale.

A primeira hipótese de vulnerabilidade prevista no tipo é a idade inferior a 14 anos (critério etário). Presume a lei penal que o menor de 14 anos não atingiu a maturidade suficiente para uma vida sexual. Portanto, o art. 217-A protege esse menor contra sua própria vontade. Nota-se que a idade do ofendido é elementar do tipo que, por si só, é suficiente para tornar o fato formal e materialmente típico, segundo entendimento majoritário. Não se exigem violência ou grave ameaça contra a vítima no *caput*, pois, caso incida uma dessas hipóteses, o agente deve responder pelo crime previsto no artigo 217-A, § 3º (se resultar lesão corporal grave).

Em relação à vulnerabilidade, decisões anteriores, que levavam em consideração o revogado art. 224 do Código Penal, afirmavam a presunção absoluta de violência contra o menor de 14 anos. A jurisprudência do STJ e do STF, com exceção dos casos de erro de tipo comprovado, mantinha o entendimento de que não cabe prova em contrário contra a presunção de violência, uma vez que a lei não fazia ressalvas a prática de atos libidinosos contra menores de catorze anos. Como a idade da vítima era elementar do art. 224, sem qualquer ressalva, a prática do ato sexual, também bastava para a configuração do estupro ou do revogado atentado violento ao pudor. Com o novo art. 217-A, o STF reforçou seu posicionamento, conforme a seguinte decisão:

[...]a violência presumida foi eliminada pela Lei nº. 12.015/2009. A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos consubstancia crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei Crimes em Espécie – Crimes Contra a Dignidade Sexual consolidou de vez a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-3-2010, Segunda Turma, DJE de 30-04-2010)¹³.

¹² www.tjrs.jus.br

¹³ www.stf.jus.br

No mesmo sentido: HC 102.473, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 12-04-2011, Segunda Turma, DJE de 2-5-2011¹⁴.

Decisão contemporânea do TJRS (Apelação Criminal nº. 70044569705)¹⁵ vem em sentido oposto ao posicionamento acima apresentado, e o faz negando a presunção absoluta de vulnerabilidade. Sem entrar no mérito do julgado, é preciso reafirmar a necessidade de interpretar o art. 217-A sistematicamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente. É inconcebível que o adolescente entre 12 e 14 anos possa ter maturidade reconhecida em lei para sofrer medida sócio-educativa em caso de prática de ato infracional e, simultaneamente, não possua capacidade para manter relação sexual.

Para reforçar a defesa em prol da relativização da presunção de vulnerabilidade, citamos a recente manifestação do STJ, que em 27 de março do presente ano (2012), divulgou a seguinte nota:

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.

Dizia o dispositivo vigente à época dos fatos que “presume-se a violência se a vítima não é maior de catorze anos”. No caso analisado, o réu era acusado de ter praticado estupro contra três menores, todas de 12 anos. Mas tanto o magistrado quanto o tribunal local o inocentaram, porque as garotas “já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data”.

Segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), a própria mãe de uma das supostas vítimas afirmou em juízo que a filha “enforcava” aulas e ficava na praça com as demais para 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 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

¹⁴ www.stf.jus.br

¹⁵ www.tjrs.jus.br

menor de 14 anos. A decisão levou a defesa a apresentar embargos de divergência à Terceira Seção, que alterou a jurisprudência anterior do Tribunal para reconhecer a relatividade da presunção de violência na hipótese dos autos.

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.

O número deste processo não é divulgado em razão de sigilo judicial¹⁶.

O ECA é lei específica que faz a clara distinção entre criança (indivíduos até 12 anos) e adolescente (indivíduos com doze anos ou mais e menores de 18 anos). Entre 12 e 14 anos há uma zona cinzenta, que permite a aplicação de medida sócio-educativa e impede a liberdade sexual. Quando o menor tiver menos de 12 anos não há dúvidas: ele é criança e, portanto, não há maturidade para a vida sexual, e isso legitima a intervenção penal do Estado. Entretanto, o menor que já possui 12 anos ou ainda é menor de 14 anos, já é adolescente e sua vulnerabilidade pode ser discutida. Vale ressaltar o PL. 1.213/2011, da Câmara dos Deputados, que pretende relativizar a vulnerabilidade no caso do ofendido portador de deficiência mental quando este tiver o mínimo de capacidade para consentir.

Em resumo, defende-se aqui a relativização de vulnerabilidade sexual quando o menor estiver entre os 12 anos completos ou mais, e menos de 14 anos de idade. Se há o mínimo de maturidade para receber uma medida sócio-educativa, e responder por ato

¹⁶ http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175

infracional, deve ser permitida a prova em sentido contrário em relação à vulnerabilidade para os atos sexuais. Reafirmando: não se defende a retirada da presunção ou a redução da idade no tipo penal para 12 anos; o que se pretende é permitir ao acusado provar que o ofendido, entre 12 e 14 anos, tem capacidade suficiente para consentir, uma vez que o consentimento válido tornaria o fato materialmente atípico, já que a tipicidade material é a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, o consentimento válido espanta qualquer ofensa à dignidade sexual, que é o bem jurídico tutelado pela norma em questão.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é nosso espírito afrontar o legislador, que querendo resguardar o desenvolvimento das crianças e adolescentes quantos aos planos físico-biológicos, psíquicos e moral, positiva a vulnerabilidade desses frente às mazelas da sociedade, inclusive relacionando o estupro de vulnerável no rol dos crimes hediondos.

Entretanto, não devemos balizar a presunção absoluta para todos os casos que a sociedade demanda. Ora, consagrado é o princípio da igualdade como sendo o tratamento uniforme dispensado aos em que se encontram em nível de igualdade, e tratamento desigual àqueles tidos como desiguais, ou seja, que por determinado motivo não pode exercer seus direitos e garantias de forma similar aos demais cidadãos da sociedade, necessitando maior proteção ou amparo da Lei, sempre observando-se a justa medida dessa desigualdade. Assim, pois, vemos a criação dos estatutos de amparo ao idoso, às crianças de adolescentes, entre outros.

Não nos parece razoável nivelar todos os adolescentes ao patamar de vulneráveis, pois nem todos estão no estado de *innocentia consilii*, muito pelo contrário, tantos estão fervorosos pelo ingresso na prática sexual.

Consoante toda explanação sobre a presunção de violência no estupro de vulnerável, que traz consigo uma grande discussão no que se refere à possibilidade ou não de assumir essa presunção o caráter “*juris tantum*”, resta importante diferimos as seguintes teorias (NUCCI *apud* GRAÇA, 2010):

a) teoria absoluta: ou “*juris et de jure*”, quando não se admite contrapor prova à realidade dos fatos, portanto, independente da vida pregressa do jovem ser devassa ou promíscua, basta apenas que seja a vítima ser menor de 14 anos;

b) teoria relativa: ou “*juris tantum*” que se perfaz pela aceitação da prova em contrário, ou seja, vida pregressa do agente exclui a presunção ou volição do agente passivo que consente para a prática sexual;

c) teoria mista: onde há presunção absoluta prevalecendo para a maior parte dos casos, sobretudo, para os menores de 12 anos, mas também prevê a observação da presunção relativa para as situações excepcionais, em especial, quando envolve agentes passivos com idade entre os 12 e 14 anos; e,

d) teoria constitucionalista: já para esta corrente o Direito penal moderno se pauta no Direito Penal da culpa. Repudia-se, pois, a responsabilidade objetiva e a

responsabilidade pelo fato de outrem, alegando inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva.

Defende-se ainda que o Direito não é ciência exata, e portanto, deve se amoldar aos casos sociais, de forma sistêmica, atuando conjuntamente com os diversos ramos e ciências. Dessa ótica não vislumbramos uma ou outra teoria correta, tendo cada caso suas peculiaridades e conseqüentemente soluções distintas, conforme anseio da sociedade.

Corroboramos com a noção de que não podemos ignorar os avanços sociais, bem como a nova “moral social”, pelo que defendemos a questão jurídica da aplicação da presunção de vulnerabilidade, outrora, chamada de presunção de violência, de forma “*juris tantum*”, pois, se considerarmos essa presunção “*juris et de jure*” para todos os casos, estaríamos ratificando em nosso ordenamento a temerária responsabilidade objetiva, conforme já debatemos anteriormente, fato este que fere as premissas constitucionais,

Finalmente, pelas exposições, inclinamos acompanhar a massa doutrinária, bem como os novos entendimentos jurisprudenciais, optando pela vulnerabilidade relativa - “*juris tantum*”, admitindo a produção de prova em contrário, o que pode levar tal presunção sucumbir à análise do caso concreto, pois somos amador do pensamento de que o dito vulnerável que está na faixa de idade a partir dos doze anos ou ainda não completou os catorze, pode ter voz ativa, e assim, pode manifestar consentimento válido e exercitar suas volições sexuais.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Código Penal (1940)**. Decreto-Lei nº 2848, de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 out. 11.

_____. Coordenadoria de Editoria e Imprensa do STJ. **Decisão: Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa**. 2012. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175>. Acesso em: 15 maio 2012.

_____. Lei nº. 8.072, de 26 de julho de 1990. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília-DF, v.128, n.143, p.1-2, 26 jul. 1990. Seção 1.

_____. Lei nº. 12.015, de 07 de Agosto de 2009. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília-DF, v.146, n.151, p.1-2, 10 ago. 2009. Seção 1.

_____. Ministério da Saúde. **A política do ministério da saúde para a atenção Integral a usuários de álcool e outras drogas**. Série B: Textos Básicos de Saúde. 2. ed. Brasília, 2004. Disponível em: <<portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Apolitica.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 46.424**. j. 12.04.2011, 6ª Turma. Rel. Min. Luiz Vicente Cemicchiaro. DJU de 08-08-1994. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 01 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 73662-9-MG**- j. 21.05.1996, 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 20.09.1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 101.456**. 2ª Turma. Rel. Min. Eros Grau. j. 09.03.2010. DJE de 30-04-2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 102.473**. j. 12.04.2011, 2ª Turma. Rel. Min. Ellen Gracie. DJE de 2-5-2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jul. 2012.

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

GRAÇA, Camilla B. Estupro de vulnerável e a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos. **Jurisway**. 10 jun. 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4902>. Acesso em: 01 jul. 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte especial. 8.ed. Niterói: Impetus, 2011. v.3.

DELGADO, Yordan Moreira. Comentários à Lei nº. 12.015/09. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 14, n. 2289, 7 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13629>>. Acesso em: 15 maio 2012.

JESUS, Damásio E. de. **Parte Especial: Dos crimes contra a propriedade imaterial a Dos crimes contra a paz pública**. 11.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996. v.3.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal unificado: estupro comum e a figura do estupro de pessoa vulnerável. **Revista IOB de Direito Penal Processual Penal**, Porto Alegre, v.10, n.58, out. 2009, p.33.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte especial: arts. 121 a 234 do CP**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 1998. v.2.

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

_____. **Manual de Direito Penal: Parte especial: arts 121 a 234-B do CP**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.2.

NORONHA, E. Magalhães. **Dos crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transportes e outros serviços públicos**. 21.ed. São Paulo: saraiva, 1995. v.3.

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

_____. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p11.

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 especial**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.3, p.246.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 70046185104**. j. 08.03.2012. 7ª Turma. Rel. Des. Sylvio Baptista Neto. DJU 03.04.2012. Disponível em: <<http://profenaclaudialucas.blogspot.com.br/p/secao-jurisprudencia.html>>. Acesso em: 26 maio 2012.