



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

ELIOMAR DOS SANTOS PEREIRA DE SOUZA

ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 ANOS

Juiz de Fora - MG

2016

ELIOMAR DOS SANTOS PEREIRA DE SOUZA

ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 ANOS

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Besnier Chaini Villar

JUIZ DE FORA – MG

2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

Elizama dos Santos Pereira de Souza.
Aluno

Estudo de nulidade e a nulabilidade do
processo de 44 pines.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

[Assinatura]

José Paiva - de Te.

[Assinatura]

Aprovada em 12 / dez / 2016.

Dedico este trabalho a minha mãe Maria Auxiliadora, que me criou com muita dificuldade fazendo o papel de mãe e pai ao mesmo tempo e também ao meu irmão Leonardo, Minha esposa Jessica Crislaine, aos quais foram essenciais para minha formação, sem eles nada seria possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Jesus que me protege e guia meus passos e que me deu força para chegar até aqui.

Agradeço a todos meus amigos, todos meus professores sem exceção, pelo apoio que me deram neste caminho que trilhei, todos foram fundamentais.

Agradeço a minha Supervisora de estágio no Tribunal Regional do Trabalho Dr^a Celeine Machado Gomes, que foi essencial para meu desenvolvimento profissional como pessoal .

Agradeço também ao Dr. André Liguori de Cerqueira, advogado com quem estagiei e que foi fundamental na minha formação, não só como profissional, mas como homem.

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

Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um
dia encontrares o Direito em conflito com a
Justiça, lute pela Justiça.

Eduardo Juan Couture

RESUMO

O presente estudo buscou avaliar as alterações trazidas ao Código Penal Brasileiro pela Lei 12.015/09 em relação ao crime de estupro de vulnerável art. 217-A do Código Penal, fazendo uma análise crítica do impacto que essa alteração trouxe nesse tipo penal, assim como a unificação do crime de estupro e a vulnerabilidade do crime de estupro de vulnerável, se absoluta ou relativa, apesar de a nova lei declarar o tipo do art. 217-A ser de caráter absoluto. Bem como sua afronta aos princípios penais e constitucionais. Ao final desse trabalho viu-se que devido ao clamor público a influência da mídia, dentre outros fatores o legislador errou ao declarar como absoluta a vulnerabilidade do menor de 14 anos, concluindo que é possível a sua relativização em casos específicos.

Palavras-Chaves: Direito Penal – Estupro. Estupro de Vulnerável. Código Penal Brasileiro - Art.217-A. vulnerabilidade relativa- absoluta.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 DO CRIME DE ESTUPRO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	9
2.1 Evolução do crime estupro nas legislações penais do Brasil.....	10
2.1.1 Código criminal do Império do Brasil de 1830.....	10
2.1.2 Código penal dos Estados Unidos do Brazil.....	10
2.1.3 Do código penal de 1940.....	11
3 DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.015/09 E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	13
4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL ART. 217-A DO C. PENAL.....	15
4.1 Classificação doutrinária.....	16
4.2 Objeto material e bem juridicamente protegido.....	17
4.3 Consumação e Tentativa.....	17
4.4 Qualificadoras.....	17
4.5 Causas de aumento de pena.....	18
4.6 Pena, ação penal e segredo de justiça.....	18
4.7 Possibilidade do concurso de crimes.....	18
4.8 Erro de proibição e vitima já prostituída.....	19
4.9 Ato praticado no dia do aniversário da vítima.....	19
4.10 Erro do tipo.....	19
5 DO CRIME HEDIONDO.....	20
6 VULNERABILIDADE ABSOLUTA OU RELATIVA?.....	21
7 DA VULNERABILIDADE ABSOLUTA FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO DIREITO PENAL.....	29
7.1 Princípio da Lesividade e da Intervenção mínima.....	29
7.2 Princípio da Proporcionalidade.....	30
7.3 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa.....	31
7.4 Princípio da Presunção de Inocência.....	31
7.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	32
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
REFERÊNCIAS.....	35

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo trouxe ênfase, nas mudanças ocorridas no Código Penal que foram promovidas pela Lei nº 12.015/2009, que deu nova redação “**crimes contra a dignidade sexual**”, Título VI da parte especial do Código Penal Brasileiro, antes dito “crimes contra os costumes”, bem como trouxe a figura do estupro de vulnerável, considerando a idade como um dos fatores para configurar o delito e determinando como absoluta a vulnerabilidade do menor de 14 anos.

A partir da vigência da Lei 12.015/09, em pouco tempo surgiram numerosos questionamentos e divergências entre doutrinadores e na jurisprudência, relacionados à sua aplicabilidade prática no que diz respeito ao caráter absoluto da vulnerabilidade e em relação à inconstitucionalidade de tais normas, pois ferem diretamente vários princípios consagrados na Constituição brasileira de 1988.

Assim houve várias divergências entre o querer do legislador ao criar essa lei e a sua efetiva aplicação nos casos concretos, especialmente na questão da vulnerabilidade absoluta que fere diretamente aos princípios do contraditório e ampla defesa, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, como também o princípio da lesividade e da proporcionalidade.

Ao final, verificou-se que a tentativa do legislador de por um fim a tal discussão, acabou tendo efeito diverso, isto é, trouxe ainda mais discussão sobre o tema e diversos doutrinadores e jurisprudências contrárias à letra da lei.

Conclui-se então que a não relativização dessa vulnerabilidade, além de cominar em grandes injustiças, o que nosso ordenamento jurídico deve se abster de praticar, é uma afronta direta aos vários princípios supracitados.

2 DO CRIME DE ESTUPRO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Desde as primeiras civilizações no início da humanidade já havia violência sexual contra a mulher, tendo inúmeras mulheres sofrido com tais práticas, desde a antiguidade esse tipo de condutas sexuais praticadas, eram punidas de diversas formas horrendas e medievais, sendo na maioria das vezes com pena de morte.

Já havia antigamente várias ‘penas’ culminadas contra homens que praticassem os considerados delitos sexuais, não só contra os homens, mas as mulheres que consentiam com tais práticas outrora consideradas imorais e repreensivas, também sofriam tais penas, assim começou a evolução dos delitos sexuais e em particular do crime de estupro na sociedade.

Podemos ver no Livro de Deuteronômio em seu capítulo 22, v.25 a 27, livro bíblico, que muitos anos a.c., já havia pena para quem praticasse o ‘delito de estupro’ contra as mulheres, lógico que na época não havia essa nomenclatura, sendo aplicada a pena de morte.

E se algum homem no campo achar uma moça desposada, e o homem a forçar, e se deitar com ela, então morrerá só o homem que se deitou com ela; Porém à moça não farás nada. A moça não tem culpa de morte; porque, como o homem que se levanta contra o seu próximo, e lhe tira a vida, assim é este caso. Pois a achou no campo; a moça desposada gritou, e não houve quem a livrasse. (ALMEIDA, 2009).

Havia também o Código de Hamurabi, Rei da babilônia, um dos mais antigos (1792-1750 ou 1730-1685 a. c.), onde definia o crime de “estupro” em seu art. 130 e que tal homem deveria ser morto.

Segundo Código de Hamurabi (1.685 apud Roberto, 2011.) “Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre.”

Além desses, temos o exemplo do direito canônico, onde para haver o delito de estupro, era necessário que a mulher fosse virgem, caso contrário não haveria tal delito, ou seja, a mulher que já tivesse praticado ato de conjunção carnal com homem ou fosse casada, nunca poderia ser sujeito passivo do crime de estupro, também tinha que haver a violência física ou moral e a conjunção carnal e o homem que praticava esse delito, tinha sua cabeça cortada em praça pública.

Já na legislação hebraica, o homem que violasse mulher desposada, ou seja, prometida em casamento aplicava-se a pena de morte, entretanto se a moça não fosse desposada, a pena consistia no pagamento de 50 ciclos de prata ao pai da vítima, além de ser obrigado a casar-se com ela.

Na Espanha, punia-se o réu com a pena de morte, também poderia se dar o direito de parentes da vítima aplicar a 'pena', isto é, de matar pessoalmente o delinquente.

Na Inglaterra, também se começou com a pena de morte e anos depois a substituíram pelo 'furo dos olhos do infrator', deixando-o cego.

Como se vê, desde a antiguidade já havia punições severas para esse tipo de delito, que já assolavam a nossa sociedade.

Sobre o delito de estupro Nelson Hungria assevera que:

A acepção do estupro como cópula mediante violência (física e moral, real ou presumida) foi a que afinal prevaleceu na linguagem jurídica, embora alguns Códigos (como por exemplo, o português e o espanhol) ainda empreguem o termo no antigo sentido, preferido o vocábulo "violação" para designar, particularmente, a posse sexual violenta. Entre nós, o alvará de 6 de outubro de 1784 empregava o verbo "estuprar" no sentido romanístico, e o mesmo fazia o Código de 1830, que incluía sob rubrica de estupro vários crimes sexuais (defloramento, cópula violenta, atentado violento ao pudor, sedução).

Já o Código de 1890 reservava o nome estupro para designar "o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não". É o mesmo critério do Código atual. (HUNGRIA, 1956 .p.116).

Assim se levou a evolução histórica do delito de estupro, sendo que sem sabermos a história destes delitos, jamais entenderíamos a repúdia que hoje todos têm destes citados crimes, pois não é por acaso que tal delito é considerado hediondo pela lei 8.072/90, denominada lei dos crimes hediondos.

2.1 Evolução do crime estupro nas legislações penais do Brasil

2.1.1 Código Criminal do Império do Brasil de 1830

O Código Criminal do Império de 1830 no capítulo II secção I trouxe o título 'Dos crimes contra a segurança da honra' sobre a rubrica genérica de 'Estupro', mas o crime de estupro ficou definido propriamente dito no artigo 222, com pena de prisão de 03 (três) a 12 (Doze) anos e mais um dote em favor da vítima e se ela fosse prostituta a pena seria de um mês a dois anos.

O artigo dizia o seguinte:

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr prostituta.

Penas - de prisão por um mez a dous annos.

2.1.2 Código penal dos Estados Unidos do Brazil

O Decreto N° 847, De 11 De Outubro De 1890, Código Penal Republicano também tipificou o delito de estupro em seus artigos 268 e 269, no Titulo III **“Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”** e Capitulo I **“Da Violência Carnal”**, que previa penas cominadas ao delito, no artigo 268 caput a pena era de **“prisão celular de 01 (um) a 06 (seis) annos”**, já no parágrafo primeiro era de **“prisão celular de 06 (seis) meses a 02 (dois) annos”**, parágrafo segundo tratava do concurso de pessoas que era a **“pena aumentada da quarta parte”** e o artigo 269 definia o que era o **“ato de estupro”**.

Assim dizia os artigos mencionados:

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

Pena - de prisão celllular por um a seis annos.

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

Pena - de prisão celllular por seis mezes a dous annos.

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

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

Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos.

2.1.3 Do código penal de 1940

Com o Decreto-Lei No 2.848, De 7 De Dezembro De 1940, atual Código Penal Brasileiro o crime de estupro foi definido no art. 213 em seu Título VI, **“ Dos crimes contra o costume”** Capítulo I, **“ Dos crimes contra a liberdade sexual”** O legislador tipificou o delito de estupro de forma simples e clara e no artigo 224 previa o crime de Estupro de Vulnerável, **onde se presumia a violência** contra o agente passivo previsto no artigo.

Eis os artigos:

Estupro

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de três a oito anos.

Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos: (Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990)

Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990).

Presunção de violência (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: (Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90)
(Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

a) não é maior de catorze anos; (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009).

O que veio a ser revogado pela atual lei 12.015/09, onde veio a tipificar o estupro de vulnerável no art. 217-A do Código Penal, tentando assim acabar com essa presunção relativa de vulnerabilidade para torná-la absoluta, como veremos abaixo.

3 DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.015/09 E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Com o advento da lei 12.015 de agosto de 2009, passou a vigorar em nosso ordenamento jurídico, algumas alterações no Código Penal Brasileiro. Dentre essas modificações, a alteração do título VI referente à parte especial, onde se lia 'Dos Crimes Contra os Costumes', passou a ser '**Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual**'.

O que motivou essa mudança, é que a nomenclatura dos crimes tipificados no antigo título VI, já não estavam mais em consonância com a realidade social. E sendo assim, diante do surgimento reiterado e alarmante de crimes que feriam diretamente a dignidade sexual, algumas condutas foram repudiadas e reprovadas pela sociedade e retipificadas pelo Legislador através da lei 12.015/09.

Nesse sentido, leciona Rogério Greco:

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente produzidos pelos tipos penais protegidos pelo título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas, sim, a tutela da sua dignidade sexual. (GRECO, 2014, p. 449).

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, (IBCCrim), também se pronunciou acerca do tema através do boletim editorial 149, que diz o seguinte:

Infelizmente, o nome dado ao Título VI da Parte Especial do Código Penal permanece 'Dos crimes contra os costumes', tratando, indistintamente, do tráfico de pessoas e da liberdade sexual sob mesma rubrica, quando as condutas ali tipificadas em nada se relacionam com os costumes, mas com liberdade, segurança e incolumidade física no âmbito da sexualidade humana. Não se trata mais da eleição arbitrária de um modelo de moralidade, em prejuízo de outros igualmente possíveis. Trata-se, isso sim, de preservar uma concepção pluralista de organização social, com respeito recíproco como padrão de convivência dialética e de tolerância entre as diferenças. (CUNHA, 2015, p. 435).

Os motivos acima citados, resultaram através de uma CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito) instalada no Congresso Nacional, no ano de 2003, na criação da supracitada lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. Dessa forma, foram transformados dois tipos penais do modelo anterior (estupro e atentado violento ao pudor) em um único tipo, o estupro.

Ademais, foi tipificada a figura do estupro de vulnerável (praticado contra menores de 14 anos). Outra inovação trazida foi o capítulo VII do título VI que passou a prever causas de aumento de pena. Conclui-se, portanto, que a nomenclatura do título VI (Crimes Contra os Costumes) mostrava-se atécnica.

Analisando superficialmente, pode parecer que não é relevante a alteração de um título, todavia, essa ideia não procede. A alteração de um título pode influenciar a pessoa do intérprete, de modo que, a partir de uma definição legislativa mais precisa, o intérprete pode aferir qual bem que o tipo pretende realmente proteger, alcançando, com mais precisão, a ¹“*mens legis*” ou interpretação teleológica, isso é, alcançar a finalidade da norma.

Destarte, com a publicação da Lei 12.015/09, 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 a mudança no que concerne a vítima, pois até então só se admitia o gênero mulher, doravante a vítima de estupro definido no Código Penal passa a ser ‘alguém’, ou seja, podendo ser também o homem.

Outra relevância abrangida pela Lei 12.015/09 foi à inserção do ‘estupro de vulnerável’ nos rol dos crimes hediondos, seja na forma simples ou qualificada (art. 217-A e parágrafos 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.

O que trouxe algumas peculiaridades quanto à pena, no que tange a regras mais duras que se aplicam ao condenado, como veremos mais a frente em tópico específico.

¹ “*mens legis*” quer dizer o Espírito da lei, o que ela deseja alcançar.

4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL

A Pedofilia vem crescendo em nosso País e no mundo, cada vez mais temos visto nos noticiários reportagens de pedófilos que são presos por seduzirem e manterem relações sexuais ou praticarem atos libidinosos com crianças e adolescentes, o Código Penal não fala expressamente o nome Pedofilia, mas podemos perfeitamente amoldar essa prática ao crime de estupro de vulnerável.

O artigo 217-A do Código Penal que trata do crime de Estupro de Vulnerável veio dar maior proteção contra a violência sexual aos menores de 14 anos, aos que tem enfermidade ou deficiência mental e aquela que por qualquer outro motivo não possa oferecer resistência.

Veja-se, 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.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (VADE..., 2015, Grifo do autor).

Entende-se por 'ter conjunção carnal' quando a o coito vaginal, ou seja, a penetração do pênis na vagina assim pode-se ver que só a nessa modalidade a possibilidade na relação heterossexual.

Na expressão 'outro ato libidinoso' estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente.

Assim, nesta modalidade poderá se amoldar em caso de pessoas do mesmo sexo, importante ressaltar que a expressão 'outro ato libidinoso' deixa muito vago seu entendimento, ficando a cargo do julgador definir o que é ou não ato libidinoso; o que causa grande insegurança jurídica ao se aplicar a lei sem analisar o caso concreto, onde pode o julgador entender o beijo como ato libidinoso vindo a condenar o réu.

A lei 12.015, de 07 de agosto de 2009 veio a tipificar o estupro de vulnerável revogando assim o artigo 244 do Código Penal que dizia:

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90 (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

a) não é maior de catorze anos;

b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Este presumia a violência somente, e os tribunais passaram a entender essa presunção como relativa e a doutrina absoluta, ou seja, que não podia ser questionada, assim a lei 12,015/09 veio reforçar a proteção e para tentar acabar de uma vez por todas com essa discussão.

O renomado autor de várias obras e desembargador Guilherme Nucci (2009, p. 37.) discorda, segundo ele “a lei jamais mudará a realidade em que vivemos e não tornara sepulta a discussão sobre o tema”, assim ele disserta:

O nascimento do tipo penal não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto a anterior presunção de violência. Agora subsumida na figura de Vulnerabilidade, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.

Rogério Greco por sua vez diverge de Nucci, para ele o novo tipo penal põe fim a essa discussão:

O tipo não está presumindo nada, simplesmente proíbe que alguém tenha conjunção carnal ou pratique qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no §1º do artigo 217-A do Código Penal..., mesmo quando a vítima já se prostituía, basta ter o conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos para se enquadrar no tipo penal em estudo. (GRECO, 2011, g. 529).

4.1 Classificação Doutrinária

A doutrina no que diz respeito ao sujeito ativo, quando a conjunção carnal será crime de mão própria, isto é, exige qualidade específica do sujeito, onde deve ser de sexo oposto ao da vítima e nos demais casos de atos libidinosos será crime comum, ou seja, não existe qualidade especial do agente, já no sujeito passivo será crime próprio, exigindo qualidade pessoal da vítima, pois a lei exige que seja menor de 14 anos, o acometido de enfermidade ou doença mental que não possa oferecer resistência ou não tenha discernimento necessário para prática do ato;

- a) Comissivo (praticados através de uma ação),
- b) Omissão imprópria (pode também ser praticado por omissão de quem tem a função de garantidor).
- c) Material, que se consuma com o resultado.
- d) De dano, que se consuma com a lesão ao bem jurídico protegido.
- e) Instantâneo, que a consumação se dá em um único instante.
- f) Unissubjetivo, que pode ser praticado por uma ou mais pessoas.
- g) Plurissubsistente, que a conduta pode ser fracionada, ou seja, vários atos constituem a conduta, admitindo-se portanto a tentativa.
- h) Doloso, não se admite na forma de culpa.
- i) Transnuente e não transnuente (dependendo da forma como é praticado pode deixar vestígios).

4.2 Objeto material e bem protegido juridicamente

O objeto material protegido é o menor de 14 anos, o acometido de enfermidade ou doença mental que não possa oferecer resistência ou não tenha discernimento necessário para prática do ato, o bem jurídico protegido é a liberdade e a dignidade sexual.

4.3 Consumação e tentativa

Se consuma com a efetiva conjunção carnal ou quando o agente pratica qualquer ato libidinoso com a vítima, admiti-se também a tentativa, como por exemplo, um pai pode chegar ao local onde um pedófilo esteja com a filha dele e intervir antes da consumação da conjunção carnal.

4.4 Qualificadoras

Há duas circunstâncias que qualificam o crime de estupro de vulnerável, estão nos §§3º e 4º do artigo 217-A.

§3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave, estas previstas nos §§ 1º e 2º do artigo 129 do código penal.
Pena- reclusão de 10 a 20 anos.
§4º Se da conduta resulta morte.
Pena- reclusão de 12 a 30 anos.

4.5 Causas de aumento de pena

A pena é aumentada de acordo com os artigos 226 e 234-A do código penal.

Art. 226. A pena é aumentada: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)
 I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;
 II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I - (VETADO)

II - (VETADO)

III - de metade, se do crime resultar gravidez; e

IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. (VADE..., 2015, grifo do autor).

4.6 Pena, ação penal e segredo de justiça

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada, tendo em vista a vulnerabilidade da vítima, conforme artigo 225 parágrafo único, e a ação penal correrá em segredo de justiça conforme artigo 234-B. A pena será de 8 a 15 anos de reclusão, se resultar em lesão corporal grave será de 10 a 20 anos de reclusão e se ocorre a morte da vítima a pena passa a ser de 12 a 30 anos de reclusão.

4.7 Possibilidade de concurso de crimes

O artigo 217-A não exige que ao praticar o tipo penal descrito no art. 217-A do Código Penal, tenha que ser com emprego de violência ou grave ameaça, mas se praticado, poderá ser concurso de crimes, pois a lesão corporal não é um elemento no crime de estupro de vulnerável, Rogério Greco disserta sobre o assunto da seguinte forma:

...poderá o delito ser praticado através de emprego de violência ou mesmo da grave ameaça, como ocorre com o estupro tipificado no art. 213 do Código Penal. Nesse caso, pergunta-se: Poderia falar-se em concurso de crimes? A resposta só pode ser positiva. Não sendo um elemento constante do tipo do estupro de vulnerável, será possível o reconhecimento do concurso material entre o delito de lesão corporal (leve, grave ou gravíssima), ou ameaça, com o tipo penal do art. 217-A do Código Penal. (GRECO, 2011, p. 539.)

4.8 Erro de proibição e vítima já prostituída

O agente que tem relação sexual com vítima menor de 14 anos já prostituída, ou seja, que já tenha ingressado na prostituição aos 12 anos, por exemplo, em regra será responsabilizado pelo delito de estupro de vulnerável, mas depende da análise de cada caso concreto. Segundo Rogério Greco, mesmo que o agente alegue que a vítima já era prostituída, dificilmente será aceito o argumento de erro de proibição, pois os meios de comunicação estão desenvolvendo um intenso trabalho de conscientização no que diz respeito à pedofilia, ou seja, a relação sexual com menores de 14 anos... e assim a população geral tem o conhecimento de que é ilícito...devendo assim o agente ser condenado pelo delito em estudo. (GRECO, 2014).

4.9 Ato praticado no dia do aniversário da vítima

Quando o agente mantém relações sexuais com consentimento da vítima no dia de seu aniversário em que completa 14 anos, o fato passará a ser atípico, haja vista que o art. 217-A em seu caput diz menor de 14 anos. Mas se houver emprego de violência ou grave ameaça se amoldará no art. 213 (crime de estupro), qualificado pelo §1º (...vítima maior de 14 ou menor de 18 anos).(GRECO, 2011.)

4.10 Erro do tipo

Um fato de suma importância é no que diz respeito à idade da vítima, pois para que se molde no tipo penal do art. 217-A, o agente que pratica tal conduta deve ter obrigatoriamente o conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos, pois se em uma eventual ação penal de condenação por estupro de vulnerável ficar provado nos autos que o autor foi conduzido ao erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico.

Greco (2011) cita em seu livro um exemplo que deixa mais claro essa hipótese, onde “um agente que conhece uma garota durante uma festa que aparenta ser maior de 18 anos devido a sua compleição física, modo de vestir e se portar, consumindo bebidas alcoólicas, e o agente vai com ela para um motel e lá mantém conjunção carnal sem violência ou grave ameaça”, em que nesse caso, o fato será considerado atípico.

5 DO CRIME HEDIONDO

A lei 8.072/90, em seu art. 1º, VI que o delito de estupro de vulnerável constitui um crime hediondo, assim dispendo:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1o, 2o, 3o e 4o);

Assim como por consequência várias privações que a lei impõe, diferente dos crimes não hediondos tais como a pena inicial sendo cumprida em regime fechado, a impossibilidade de se obter liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, ou um aumento no prazo considerável para a obtenção do livramento condicional e para a progressão de regime; a impossibilidade de concessão de indulto, graça ou anistia, o prazo de prisão temporária de 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado pelo mesmo período, dentre outros.

Como se pode ver, uma série de medidas diferenciadas para quem comete tal delito, com o intuito de desestimular o delinqüente de cometer tal prática, haja vista que as consequências de seu apenamento será mais gravoso do que a de outros crimes não considerados hediondos, o que se mostra ainda mais no que tange a análise de cada caso concreto e não a aplicação da letra fria da lei.

6 VULNERABILIDADE ABSOLUTA OU RELATIVA?

Desde o antigo e revogado art. 224 do C.P., discutia-se sobre a presunção ou não de violência quanto à vítima que não era maior de 14 (quatorzé) anos, a doutrina e a jurisprudência se desentendiam quanto a esse ponto, se a presunção era relativa ou absoluta.

Depois do advento da lei 12.015/09 e a conseqüente revogação do art. supracitado pelo atual 217-A do C.P. com a tentativa de por um fim a essa discussão, o efeito foi contrário, isto é, acaloraram-se ainda mais as discussões, tanto entre a doutrina quanto na jurisprudência, vários doutrinadores e magistrados se dividiam em suas posições.

Nucci ensina que devemos ter cautela na interpretação do texto da lei.

Somente pelo fato de ter a lei assumido outra roupagem na descrição da presunção de violência, passaria a vulnerabilidade a ser considerada absoluta? Ter relação sexual com menor de 14 anos seria, sempre, estupro (art. 217-A). A cautela, nessa interpretação, se impõe. (NUCCI, 2015, p. 1.151).

Como dito, não se deve interpretar a lei de forma literal, mas caso a caso, para que não venhamos cometer injustiças, toda essa alteração não é capaz de alterar a realidade, nem tampouco os debates travados, há anos, nos tribunais brasileiros em relação à presunção de violência ser absoluta ou relativa quanto ao menor de 14 anos.

Para Nucci, (2015, p. 1.151) “o legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente”.

Ressalta-se que o ECA trata como criança o menor de 12 anos e como adolescente o maior de 12 anos e menor de 18 anos, Nucci (2015, p. 1.151) entende que em relação ao menor de 12 anos essa presunção deve ser absoluta, sem qualquer discussão, mas em relação aos adolescentes de 12 e 13 anos deve se avaliar caso a caso.

Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto. Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possui 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do art.

218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação. (NUCCI, 2015 ,p. 1.151).

Por outro lado Greco entende ser essa vulnerabilidade absoluta, mesmo antes da vigência da lei 12.045/09, segundo ele a presunção já era absoluta, foram alguns magistrados que começaram a destruir essa natureza, transformando-a em relativa.

Segundo ele, mesmo antigamente não se justificava tais discussões.

Assim, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal e criavam as próprias políticas. Não conseguiam entender, “*permissa vênia*”, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14(quatorze) anos, por mais que tivessem uma vida desregrada sexualmente, não eram suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais. Suas personalidades ainda estavam em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado.”(GRECO ,2014, p. 741.)

Ainda o autor em comento afirma que com o advento da Lei 12/015/09, não há mais que se falar em presunção ou vulnerabilidade relativa, a lei é clara em declarar absoluta a vulnerabilidade do menor de 14 anos.

Hoje, com louvor, visando acabar, de vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de *estupro de vulnerável*, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima. Agora, não poderão os tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos (pelo menos é o que se espera). (GRECO ,2014, pag 741.)

Em uma matéria veiculada pelo site G1.com foram colhidos dados e opiniões de magistrados envolvidos nos primeiros casos que surgiram no judiciário após a vigência da Nova lei.

Para Fábio Aguiar Munhoz Soares, juiz da 17ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, a lei atual é ‘exagerada’ e não é impassível de interpretação.

Continua ele:

“Se fosse levar a lei ao pé da letra, teria que condenar e ponto final. Mas temos que pensar: para que serve o juiz? Ele é um mero aplicador da lei? Se pensarmos assim,

estaremos desprezando a função de julgar”, afirma. “Toda vez que a lei fixa a situação de idade, cabe ao juiz dizer.”(G1.com, 2012.)

“Quando a Lei entrou em vigor foi feito pelo site G1.com o levantamento sobre os primeiros processos que chegaram ao judiciário, onde se teve acesso a 46 acórdãos, onde 26 condenaram o réu e 15 absolveram, o restante foram aplicadas medidas socioeducativas, pois os autores eram menores. Entre os 12 e 13 anos, a maior parte das absolvições que levaram em conta o consentimento”. (G1.com, 2.012).

Segundo a matéria veiculada os desembargadores também criticam ter que condenar os acusados quando as próprias famílias os defendem.

No Paraná, a mãe de uma menina de 12 anos denunciou o namorado da filha, de 29 anos, mas depois se arrependeu.

“Um homem trabalhador, boa pessoa, sem vícios”, disse ao juiz. Já a menina afirmou que “teve relação sexual com seu namorado porque quis, sendo que foi ela quem convidou ele para tal coisa”. (G1.com, 2.012).

“O novo sistema adotado pelo Código Penal para os crimes sexuais dificulta um tanto o uso desta válvula de escape para o bom senso... Em suma, na aplicação da nova lei, deve o julgador verificar com esmero se houve realmente um estupro ou apenas um inocente namoro.”, escreveu o relator, desembargador Miguel Pessoa, em decisão de 8 de março de 2012. (G1.com, 2.012).

Para Pessoa, o juiz não pode “levar a lei ao pé da letra, e sim, ao interpretá-la, sentenciar buscando os verdadeiros interesses sociais, haja vista as profundas mudanças ocorridas no que toca a descoberta da sexualidade”.(G1.com, 2.102)

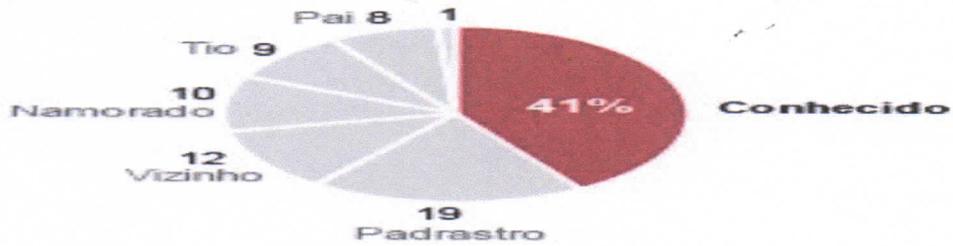
Assim vemos, através da experiência de quem acompanha os casos de perto, conforme veiculado na matéria do (G1.com), que cada caso há uma peculiaridade diferente, devendo ser analisado uma a uma, não podendo somente se aplicar a lei como se todos os casos fossem iguais, ou seja, se houve conjunção carnal ou ato libidinoso e a vítima é menor de 14 anos, condena-se e pronto. Não, deve-se ponderar as provas, como o fato se deu, se a vítima a época era ou não realmente vulnerável, se ela foi ou não realmente ‘abusada’, se o autor aproveitou-se de sua vulnerabilidade, se ela realmente era vulnerável.

No gráfico abaixo estão todos os dados dos levantamentos feitos pelo site G1.com. (G1.com, 2.012).

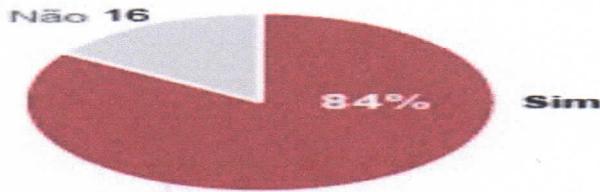
O que chega ao Judiciário?

Levantamento mostra como os casos são decididos EM PORCENTAGEM

Perfil do réu

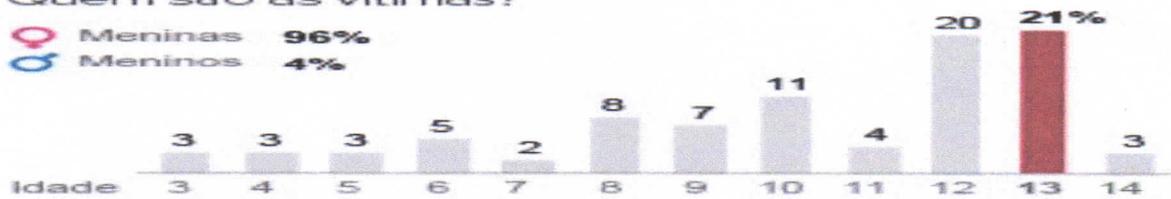


Réu conhecido da vítima?

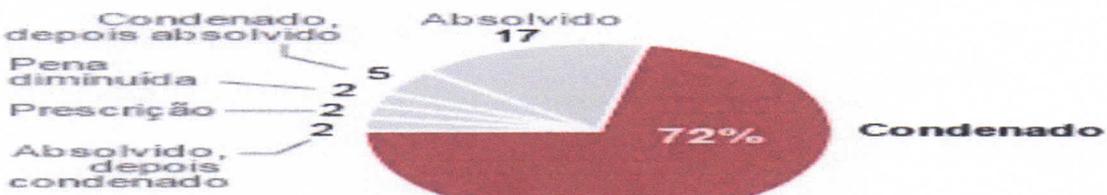


Quem são as vítimas?

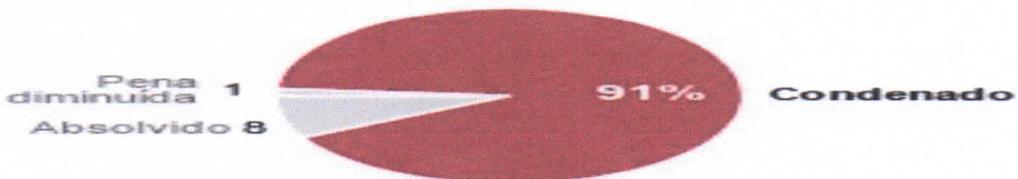
♀ Meninas 96%
♂ Meninos 4%



Como os desembargadores decidem?



O consentimento da vítima importa?



A palavra da vítima é sempre aceita?

Antes da lei



Depois da lei



Como se vê, após a edição do art. 217-A, houve um aumento considerável nas condenações, o que lava a crer que os tribunais tendem a condenar o réu independente do que realmente aconteceu, mas tanto na doutrina quanto na jurisprudência, não há uma posição unânime, há na jurisprudência decisões favoráveis a vulnerabilidade relativa, como também absoluta, como podemos ver abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ABSOLVIÇÃO – PALAVRA DA VÍTIMA E DAS TESTEMUNHAS – DESCLASSIFICAÇÃO – FALTA DE INTENSIDADE DO DOLO E DA CONDOTA – ART. 65 DA LCP. I. Impossível absolver. A palavra da vítima é coerente e repetida, em consonância com os demais testemunhos. II. A conduta envolveu apenas uma tentativa de beijo na boca, devidamente rechaçada, e um toque no seio esquerdo, por cima da roupa. Não tiveram a intensidade necessária para configurar o crime do art. 217 do CP. Mister desclassificar para a contravenção do art. 65 da LCP. III. Recurso provido parcialmente. (TJ-DF - APR: 20110310022470 DF 0002213-18.2011.8.07.0003, Relator: MARIO MACHADO, Data de Julgamento: 14/08/2014, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 09/09/2014 . Pág.: 295)

PENAL PROCESSUAL PENAL Â- APELAÇÃO CRIMINAL Â- ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CAPUT, DO CP)Â- CONDENAÇÃO Â- APELO DEFENSIVO Â- PRESUNÇÃO RELATIVA DE VULNERABILIDADE Â- ABSOLVIÇÃO Â- RECURSO PROVIDO. 1. Em que pese à vítima contar à época dos fatos com 13 (treze) anos de idade, a hipótese em concreto, por se tratar de situação especial da vida humana, afasta a maior culpabilidade do apelante e o injusto penal, dificultando o enquadramento típico e demandando **a aplicação do princípio da intervenção mínima e do seu correlato princípio da ofensividade. In casu, torna-se razoável a flexibilização da presunção de violência prevista no tipo descrito no art. 217-A do CP, tomando-a por relativa para, assim, admitir como conduta legítima e juridicamente possível que o acusado e até a própria vítima possam produzir prova em contrário, em que se constatou a ausência de violência real e a existência de relacionamento amoroso entre a vítima e o agente, notadamente diante da notícia de que o casal, desde o início do relacionamento, demonstram interesse em constituir família, além de manterem-se resguardados de qualquer outro relacionamento ao aguardarem, resignados, o desfecho**

do processo para firmarem a união, apenas obstados pela preocupação e vigília da família da vítima; 2. Mesmo os fundamentos fáticos apresentados pelo juízo sentenciante não são hábeis para embasar a sua conclusão quanto à falta de discernimento da vítima. Com efeito, o fato de que ela tenha preferido a colheita do seu depoimento sem a presença do acusado não permite concluir, em absoluto, quanto à existência de temor do relacionamento ou de falta de liberdade em expor suas opiniões, até porque ela não negou seus sentimentos e intenções. Pelo contrário, manifestou-se de forma equilibrada e razoável neste sentido, inclusive deixando claro qual a escolha realizada e permanecendo firme no sentido de que seja respeitada, conclusão que, aliás, depreende-se dos autos desde o início do relacionamento, diante da sua insistência no namoro e coabitação, mesmo diante dos obstáculos impostos pela mãe; 3. Recurso conhecido e provido, à maioria, no sentido de que seja mantido o posicionamento firmado pelo TJPI, para que, no caso concreto, seja afastada a presunção absoluta de vulnerabilidade e, diante da constatada ausência de violência real, existência de relacionamento amoroso entre a vítima e o agente, bem como, em respeito à escolha do casal em constituir família e à maturidade e firmeza da vítima quanto das suas manifestações de vontade, reformando-se a sentença para fins de absolvição, ressalvado o posicionamento do relator. (TJ-PI - APR: 00006100220128180056 PI 201400010089915, Relator: Des. José Francisco do Nascimento, Data de Julgamento: 13/05/2015, 1ª Câmara Especializada Criminal, Data de Publicação: 25/05/2015) Grifos nosso.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONJUNÇÃO CARNAL COM ADOLESCENTE MENOR DE 14 ANOS. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DA DEFESA. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NA CONSECUÇÃO DO ATO SEXUAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VULNERABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. **PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. VÍTIMA QUE, POR VONTADE PRÓPRIA, MANTEVE RELAÇÕES COM O RÉU POR MAIS DE UMA VEZ, AMBOS RESIDENTES EM RESERVA INDÍGENA. ACULTURAÇÃO QUE NÃO AFASTOU HÁBITOS ANCESTRAIS. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.**(TJ-SC - APR: 20120196731 SC 2012.019673-1 (Acórdão), Relator: Jorge Schaefer Martins, Data de Julgamento: 19/06/2013, Quarta Câmara Criminal Julgado,) Grifos nosso.

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONJUNTO PROBATÓRIO HARMONIOSO. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE. CONSENTIMENTO IRRELEVANTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STF. **A conjunção da palavra da vítima menor de 14 anos e confissão do réu acerca da existência de relações sexuais entre ambos mostra-se suficiente para fundamentar a condenação pelo crime de estupro de vulnerável, sendo inviável a relativização da vulnerabilidade etária.** Perfilhando o entendimento do STF no julgamento do HC 126.292-SP, compreende-se que, esgotada a análise do mérito processual nas instâncias ordinárias, é possível o início imediato do cumprimento da pena, inexistindo violação ao princípio da presunção de inocência. (Apelação, Processo nº 0001782-36.2013.822.0701, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Criminal, Relator (a) do Acórdão: Des. Valdeci Castellar Citon, Data de julgamento: 27/07/2016) Grifos nosso.

APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. CONDENAÇÃO. O artigo 217-A, do CP visa punir toda e qualquer conduta que atente à dignidade sexual da vítima satisfazendo a lascívia do agente. E pegar no colo crianças, tascar-lhes beijos na boca/pescoço e acariciá-las por regiões íntimas de forma conjugada inexoravelmente configura ato libidinoso diverso da conjunção carnal. POR MAIORIA, APELO MINISTERIAL PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70055291330, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 09/10/2013)(TJ-RS - ACR: 70055291330 RS, Relator: Francesco Conti, Data de Julgamento: 09/10/2013, Quinta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/10/2013)

Mas no STJ e STF o entendimento majoritário caminha para a vulnerabilidade absoluta, não podendo ser relativizada, como cita o próprio Nucci, 2015:

Confira-se acórdão do STF, após a edição da Lei 12.015/2009, pendendo para a consideração de vulnerabilidade absoluta abaixo dos 14 anos:

“O eventual consentimento da ofendida – menor de 14anos – e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência para a caracterização do delito de atentado violento ao pudor. Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu habeas corpus em que condenado pela prática do crime de atentado violento ao pudor alegava que o fato de a ofendida já ter mantido relações anteriores e haver consentido com a prática dos atos imputados ao paciente impediria a configuração do mencionado crime, dado que a presunção de violência prevista na alínea a do art. 224 do CP seria relativa. Inicialmente, enfatizou-se que a Lei 12.015/2009, dentre outras alterações, criou o delito de estupro de vulnerável, que se caracteriza pela prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos ou com pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento ou não possa oferecer resistência. Frisou-se que o novel diploma também revogara o art. 224 do CP, que cuidava das hipóteses de violência presumida, as quais passaram a constituir elementos do estupro de vulnerável, com pena mais severa, abandonando-se, desse modo, o sistema da presunção, sendo inserido tipo penal específico para tais situações. Em seguida, esclareceu-se, contudo, que a situação do paciente não fora alcançada pelas mudanças promovidas pelo novo diploma, já que a conduta passara a ser tratada com mais rigor, sendo incabível a retroatividade da lei penal mais gravosa. Considerou-se, por fim, que o acórdão impugnado estaria em consonância com a jurisprudência desta Corte” (HC 99.993-SP, 2.a T., rel. Joaquim Barbosa, 24.11.2009, v.u., grifamos).

E tem prevalecido esse entendimento no STJ:

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a anterior experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos são irrelevantes para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no artigo 224, alínea “a”, do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta” (HC 224174, 5.ª T., rel. Jorge Mussi, 18.10.2012, v.u.). (NUCCI, 2015, pag. 1.152).

Assim, ver-se que apesar de em instâncias inferiores haver uma discussão equilibrada, nos tribunais superiores como STJ e STF, a jurisprudência caminha no sentido de pacificar o entendimento de que a vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos é absoluta, contrariando toda evolução de nossa sociedade.

7 DA VULNERABILIDADE ABSOLUTA FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO DIREITO PENAL.

Nosso sistema jurídico é todo composto de princípios, que expressam valores fundamentais, servindo como base para a criação das demais normas jurídicas, isto é, as leis.

Em nosso Estado democrático de direito, os princípios, têm caráter de normas superiores as leis, pois expressam valores fundamentais, servindo assim de garantia e proteção a todos os cidadãos, sendo assim, todas as normas lhe devem obediência, caso venham contrariar algum princípio, devem ser declaradas inválidas.

Como já explicitado acima, a jurisprudência dos tribunais superiores caminham para a aplicação fria da letra do art. 217-A do C.P. e aplicar a letra da lei, sem analisar concretamente caso a caso, é afrontar diretamente vários princípios basilares da constituição e do direito penal, como veremos abaixo um a um:

7.1 Princípio da lesividade e da intervenção mínima

Esses princípios legitimam o direito penal no Estado Democrático de Direito, em suma, enquanto o princípio da lesividade determina que o direito penal somente venha intervir quando houver ataques a bens jurídicos relevantes, o princípio da intervenção mínima limita ainda mais quais são as condutas que deverão ser tipificadas pelo direito penal, que deverá punir o crime se a conduta lesionar ou expuser a perigo concreto um bem jurídico penalmente tutelado, haja vista, não ser função do direito penal moderno condenar e punir um comportamento visto pela sociedade como imoral ou impuro, um exemplo de afronta direta a esse princípio é o caso de um rapaz de 18 anos que beija em uma festa uma menina de 13 anos com total consentimento dela, no caso ele não ofendeu nem expôs a perigo nenhum bem jurídico tutelado pelo Estado, sendo que em uma futura ação penal, um juiz legalista poderia condená-lo por este ato a uma pena de 08 (oito) a 15 (quinze) anos aplicando literalmente a letra da lei do art. 217-A do Código penal.

Partindo dessa premissa, o direito penal deve intervir na vida do cidadão como

²“*ultima ratio*”, pois estamos tratando de um direito fundamental que é a liberdade deste.

² “*ultima ratio*” quer dizer último recurso ou último instrumento a ser usado pelo Estado em situações de punição.

Destarte, a intervenção do Direito Penal somente restará justificada quando houver um ataque capaz de colocar em concreto e efetivo perigo um bem jurídico. Sem afetar um bem jurídico, não existirá uma infração penal.

7.2 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade implica que este não deve ser utilizado como mero instrumento de poder, dessa forma, ele deve sempre estar a serviço dos valores coletivos e individuais.

Isso significa dizer que deve se guardar em qualquer caso, a proporção entre a pena e a gravidade do fato.

Em consonância, segue o entendimento de Greco (2.012), onde diz que:

“Por meio do raciocínio da proibição do excesso,... ..procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo Direito penal”.

Com a inteligência que se colhe do transcrito acima mencionado, verifica-se que o crime de estupro de vulnerável modificado pela Lei 12.015/2009 fere, de forma gritante, o princípio supracitado.

Alberto Silva franco (1.997 apud GRECO, 2.012, p.75) dissertando sobre o princípio em tela, aduz que:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto a perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, a gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

Fere-se dessa forma o princípio da proporcionalidade, uma vez que a pena mínima estabelecida ao sujeito que comete o estupro de vulnerável que é de 8 (oito) anos é superior à mínima do homicídio simples, art. 121 do C.P. que é de 6 (seis) anos, como as cominadas ao estupro “comum” do art.213 do C.P., que é de 6 (seis) à 10 (dez) anos, a do roubo art. 157 do

C.P., que é de 4 (quatro) á 10 (dez) anos e que é idêntica ao do crime de extorsão mediante sequestro.

Como pode o legislador apenar o estupro de vulnerável com uma pena maior do que o “estupro comum” do art. 213 do C.P., onde se usa de violência ou grave ameaça contra a vítima, sendo assim o legislador considera ser mais reprovável como por exemplo o namorado de 18 anos que mantém relações sexuais com a namorada de 13 anos, que visa constituir família com consentimento dela e de sua família, do que o estuprador que usa de violência ou grave ameaça para manter relação sexual com sua vítima, não seria isso desproporcional? Ou a pessoa que comete um homicídio simples que tem a pena mínima de 06 anos, enquanto o estupro de vulnerável é de 08 anos; Seria mais reprovável do que tirar a vida de alguém?

7.3 Princípios do contraditório e ampla defesa

A garantia do contraditório e ampla defesa, princípios basilares do Direito Constitucional estão previstos no art. 5º, LV da nossa Constituição Federal, onde todos os litigantes seja em processo administrativo ou judicial, tem o direito de se defender para provar o contrário do que é acusado.

Diz a C.F.:

Art. 5º.

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

“Negar essa possibilidade é abuso manifesto, é arbitrariedade, pois viola frontalmente a Constituição e o Estado Democrático de Direito”. (CUNHA JR., 2012, p. 742.)

Assim no caso de aplicarmos a letra fria do art. 217-A do C.P., não estaremos dando possibilidade do réu defender-se, ou seja, ele já entra para um julgamento condenado, não lhe seria dada a chance de apresentar provas que possibilitassem sua absolvição, mesmo sendo inocente, o que seria uma aberração jurídica.

7.4 Princípio da presunção de inocência

A presunção de inocência é um direito fundamental consagrado em nosso Estado Democrático de Direito, é também um princípio basilar, onde o Estado tem o dever de

comprovar cabalmente a culpabilidade do agente frente a prática de um delito, dando a chance de se defender em todas as instâncias.

Esse instituto está previsto no artigo 5º, inciso LVII da C. F.,

Art. 5º .

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Essa garantia processual oferece ao acusado um prerrogativa de não ser considerado culpado por um ato delituoso até o transito em julgado da sentença penal condenatória, assim se garante ao acusado um julgamento justo evitando a aplicação do direito penal de forma errônea e injusta, garantindo assim todos os meios legais de defesa antes de se encarcerar o réu.

Dessa forma, mais um vez, vemos que não há a mínima coerência em trazer o réu a um julgamento onde ele já entra condenado, se pensarmos dessa forma, nesse caso trazido pela lei 12.015/09, não precisaríamos nem de se falar em instâncias superiores, ao aplicarmos a letra da lei sem analisarmos o caso concreto, perderia o sentido de se recorrer, pois já saberíamos o resultado.

7.5 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é um princípio que integra o rol de direitos fundamentais do ser humano, constituindo-se clausula pétrea na C.F.

A nossa Constituição Federal de 1988, traz o referido princípio explícito no artigo 1º, Inciso III, que dispõe da seguinte forma:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III – A dignidade da pessoa humana;

A dignidade da pessoa humana vai se adequando a sociedade a cada passo em que ela evolui, atendendo as próprias necessidades do ser humano, devendo tanto o judiciário como todos os poderes também acompanhá - la.

O Estado deve intervir o mínimo na vida pessoal do ser humano, onde o mesmo tem a liberdade de se relacionar com quem quiser, da forma que quiser, devendo o Estado respeitar o indivíduo.

A dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto desde que os meios para preservá-la não confronte com a dignidade de outrem. É um princípio que está acima de todos os outros já citados, podendo ser considerado um supra-princípio, onde nos ensina que o ser humano deve ser respeitado em suas decisões pessoais desde que não prejudique outrem.

No caso da dignidade sexual, o Estado deve intervir o mínimo possível no que diz respeito à decisão do indivíduo, somente em casos extremos.

Nesse caso, quando não há lesão a um bem juridicamente relevante, o Estado deve-se abster de intervir, lembrando que o que se quer não é banalizar ou 'liberar' sexo entre menores ou com menores, mas sim apreciar caso a caso e intervir somente onde realmente alguém ou um bem jurídico relevante estiver sendo lesado.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, pode-se concluir que a relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos é a decisão mais acertada que o judiciário deve tomar, vindo a analisar caso a caso.

Punindo severamente casos em que for constatado que o menor realmente era absolutamente vulnerável e absolvendo-o nos casos em que de fato não houve lesão a bem jurídico relevante algum.

Apesar de como já visto, onde o STJ e o STF, a mais alta corte do país, caminharem para o entendimento de considerar o novo conceito de vulnerabilidade trazido pelo Lei 12.015/09 como absoluta, esse não se mostra o caminho correto e coerente, haja vista que o judiciário na pessoas de seus julgadores, devem procurar aplicar decisões em conformidade com os princípios basilares do direito e não simplesmente aplicar a lei, na sua letra fria.

Por fim, a Lei 12.015/09 trouxe consigo uma tremenda responsabilidade aos aplicadores do direito, isto é, os magistrados, uma vez que, quando esses vierem a aplicá-la ao caso concreto, terão de fazer malabarismos para não haver injustiças.

Se mantiver o entendimento majoritário que predomina hoje, o que veremos serão pessoas inocentes sendo encarceradas e a afronta aos mais importantes princípios consagrados em nosso Estado democrático de direito.

REFERENCIAS:

BÍBLIA, Português. **Bíblia Sagrada**: Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida 4ª ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Código Penal Comentado**. 3ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÓDIGO Criminal do Império do Brasil, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm Art. 222. Acesso em 14/ out. 2016.

CÓDIGO Penal dos Estados Unidos do Brasil, Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 14 out. 2016.

CUNHA JR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2012.

CUNHA, Rógerio Sanches. **Manual de Direito Penal Parte Especial**. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**, 8ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

----- **Curso de Direito Penal Parte Especial**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. III.

----- **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

G1.com. **Tribunais absolvem acusados de sexo com menor, apesar de nova lei**. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/05/tribunais-absolvem-acusados-de-sexo-com-menor-apesar-de-nova-lei.html>> Acesso em 15 out. 2016.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. v. VIII.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Crimes contra a dignidade sexual- comentários a lei nº 12,015, de 07 de agosto de 2009 3ª ed.** Forense. São Paulo: 2013.

PORTINHO, João Pedro Carvalho. **História, Direito e violência sexual: a Idade Média e os Estados Modernos.** Rio Grande do Sul: Unicruz, 2005. Disponível em <<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=11>> Acesso em 14 out. 2016.

Roberto Parentoni e advogados. **O código de Hamurabi.** 2011. Disponível em: <<http://robertoparentoni.jusbrasil.com.br/artigos/121939817/o-codigo-de-hamurabi>> Acesso em 15 out. 2016.

Vade... CURIA, Luiz Roberto. 14ª ed. **Vade Mecum Compacto.** São Paulo: Saraiva, 2015.