

PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ANÁLISE SOBRE O ELEMENTO “MENOR DE 14 ANOS” PREVISTO NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL

Jaqueline Naiane Gonçalves Torres¹

Luiz Antonio Borri²

SUMÁRIO:1 INTRODUÇÃO; 2 ESCORÇO HISTÓRICO; 3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; 4 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL (art. 217-A do Código Penal); 4.1 CONCEITO; 4.2 OBJETO JURÍDICO; 4.3 TIPO OBJETIVO; 4.4 TIPO SUBJETIVO; 4.5 SUJEITO ATIVO; 4.6 SUJEITO PASSIVO; 5 ASPECTOS RELEVANTES DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E SEUS REFLEXOS NA ADOLESCÊNCIA; 5.1 *INNOCENTIA CONSELII*; 5.2 VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS; 6 POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL DO MENOR DE 14 ANOS; 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

RESUMO: O estupro de vulnerável do menor de 14 anos é um tema muito debatido pela doutrina e bastante divergente na jurisprudência. Todas estas cizânias apresentadas ganharam maior repercussão a partir do advento da lei 12.015/2009, que em seu artigo 217-A, pretendeu abolir a expressão “presunção de violência”, estabelecendo como elemento da conduta típica a idade do menor. O dispositivo surge com o escopo de demonstrar que o menor não possui maturidade suficiente de consentir o ato sexual, em contraposição à própria regulamentação do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois este estabelece a partir dos 12 anos de idade a possibilidade de responsabilização pelos atos infracionais perpetrados. Da mesma forma, a psicologia se harmoniza com os argumentos apresentados, mormente porque permite identificar as transformações sexuais vivenciadas pelas crianças e adolescentes, facilitando o amadurecimento sexual precoce. Diante disso, o presente estudo, pretende demonstrar que esta sexualidade avançada atingiu de forma direta crianças e adolescentes possibilitando reconhecer a validade do consentimento conferido ao ato sexual, o que torna inviável a condenação do acusado, com o consequente reconhecimento de presunção meramente relativa de vulnerabilidade da vítima, sempre a depender do caso concreto examinado.

PALAVRAS-CHAVES: Estupro de Vulnerável, Relativização e Presunção de Violência.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2010. Email para contato jaketorres5@gmail.com.

² Advogado - Walter Barbosa Bittar & Advogados Associados. Professor de Direito Penal na Faculdade do Norte Novo de Apucarana (FACNOPAR). Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduado em Direitos Fundamentais pelo IGC - Coimbra e IBCCRIM. Pós-graduando em Ciências Criminais pela PUCPR - Campus Maringá. Possui graduação em Direito com láurea acadêmica pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Campus Londrina (2011).

ABSTRACT: *The vulnerable rape under 14 is a hotly debated topic for quite divergent doctrine and jurisprudence. All these cizânias brought gained greater impact from the advent of Law 12,015 / 2009, which in article 217-A, intended to abolish the term "presumption of violence", establishing as part of the typical conduct the age of the child. The device comes with the aim of demonstrating that the minor does not have sufficient maturity to consent to the sexual act, as opposed to the specific regulations of the Statute of Children and Adolescents, as this sets from 12 years of age the possibility of accountability for acts perpetrated infraction. Similarly, psychology harmonizes with the arguments presented, especially because it identifies the sexual changes experienced by children and adolescents, facilitating early sexual maturation. Thus, the present study aims to demonstrate that this advanced sexuality reached directly children and adolescents enabling recognize the validity of the consent given to the sexual act, which makes it impossible conviction of the accused, with the consequent recognition merely on presumption of vulnerability the victim, always depending on the specific case examined.*

KEY-WORDS: *Rape of vulnerable, relativization and Presumption of Violence.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade abordar a presunção de violência no estupro de vulnerável menor de 14 (quatorze) anos, e contém cinco capítulos, cada um abordando aspectos, fundamentos e generalidades sobre o tema.

No segundo capítulo, abordar-se-á de forma mais ampla a historicidade do estupro, ressaltando as punições aplicadas ao ofensor que violasse a mulher desposada. Evidencia-se também neste capítulo o Código Penal de 1940, com as modificações trazidas pela Lei 12.015/2009, demonstrando que há muito tempo parte da doutrina penal debatia os aspectos controvertidos sobre os crimes, especialmente a presunção de violência no estupro, além de temas que não mereciam a continuidade da tutela penal. Assim, todas essas mutações sofridas socialmente reforçavam a necessidade de aprimoramento da legislação.

Os princípios especificados no terceiro capítulo demonstram sua ligação com o crime estudado, abordando-se, de modo peculiar, o princípio da proporcionalidade na aplicação da pena, em conformidade com a conduta praticada pelo agente.

Afunilando mais o objeto de estudo, o quarto capítulo tratará especificamente sobre o artigo 217-A, deixando exposto o seu conceito, o objeto jurídico, o tipo objetivo e, por fim, os sujeitos ativo e passivo do crime, a fim de bem

demilitar os limites deste trabalho.

O quinto capítulo percorre toda a evolução social ocorrida nos últimos anos, principalmente no âmbito sexual, com a finalidade de demonstrar que não há possibilidade de se comparar a mentalidade e o nível de informações recebidas por meninas da década de 40 ou 50, com as atuais.

Na atualidade, observa-se meninas com 12, 13 e 14 anos com um conhecimento profundo sobre o mundo sexual, em que algumas possuem grandes experiências vividas mesmo com tão pouca idade. Cumpre salientar que neste capítulo abordaram-se as divergências de idades estabelecidas pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente em comparação com a Lei 12.015/2009, ante as possíveis incongruências na política criminal eleita pelo legislador em ambos os diplomas legais.

Em seguida, discute-se o tema principal deste opúsculo, concernente à possibilidade de relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos. Neste contexto, verificar-se-á que o estupro ocorre, em regra, com a prática a violência ou a grave ameaça para se obter a conjunção carnal ou qualquer tipo de ato libidinoso. Entretanto, o artigo 217-A do Código Penal prevê o sujeito passivo do delito como sendo o menor de 14 (quatorze) anos, ou seja, da interpretação literal do texto de lei obtém-se a conclusão de que a vulnerabilidade seria de caráter absoluto, dispensando a comprovação de violência ou grave ameaça.

Contudo, deve-se levar em consideração que esta vulnerabilidade nem sempre está presente, impondo-se analisar os casos individualmente, pois muitos destes “vulneráveis” entendem a prática de sua conduta e sabem perfeitamente das suas consequências, tornando-se absolutamente despropositada a punição daqueles que mantêm o ato sexual.

Diante disso, denota-se que o dispositivo legal deveria proteger o menor sem capacidade de discernimento, evitando-se generalizações que conduzam ao reconhecimento de presunção absoluta de vulnerabilidade. Ademais, embora o tema tenha sido aparentemente pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, as divergências preexistentes nas Cortes do país possibilitam a apresentare subsídio jurídico a repensar o entendimento atualmente prevalecente.

2 ESCORÇO HISTÓRICO

Os relatos históricos apontam que desde os tempos mais remotos e entre quase todas as civilizações, o constrangimento da mulher à cópula forçada, impunha severa punição ao seu ofensor. Ressaltam-se alguns exemplos para esboçar determinadas sanções estabelecidas no passado, como por exemplo, “na legislação hebraica, aplicava-se a pena de morte ao homem que violasse mulher desposada, isto é, prometida em casamento”.³

Não obstante, destaque-se a variação da reprimenda penal em conformidade com as características da mulher, uma vez que, “se, entretanto, a moça não era desposada, a pena consistia no pagamento de 50 ciclos de prata (ao pai da vítima), além de obrigatória reparação do mal pelo casamento”.⁴

Com efeito, no Código de Hamurabi era conjecturado o estupro no artigo 130, “estabelecendo que se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem [...] este homem deverá ser morto e a mulher irá livre”.⁵

Note-se que muitas dessas medidas repressivas seriam aplicadas somente nos casos das “mulheres honestas”, deixando de lado as que não se enquadrariam neste contexto. Por conseguinte, com o advento do cristianismo, surge também à aversão ao pecado, passando a se rejeitar legalmente todos os autores de estupro, não levando em apreço se a vítima era ou não uma mulher honesta.

Ao passar por todo desenvolvimento social e cultural, há necessidade de que as leis vigentes também acompanhem esta evolução, no Brasil ocorreram três concepções de códigos penais sendo os Códigos de 1830⁶, o de 1890⁷, chegando, por fim, ao Código Penal de 1940 que traz sanções a quem pratica o crime de estupro mediante emprego de violência ou grave ameaça, ou em casos

³NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. 36.ed. São Paulo: Saraiva. 2002. v.3. p. 66.

⁴HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. v. 8. p.114.

⁵PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2. p. 597.

⁶BRASIL. **Código Penal**, 16 de dezembro 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 27. junho 2015.

⁷BRASIL. **Código Penal**, de 11 de Outubro de 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 15. maio 2015.s/p.

específicos, com a presunção da presença destes meios em razão de características pessoais da vítima do crime.

Nesse diapasão, Vitorino Prata Castelo Branco demonstra os três estágios na evolução da legislação penal, nos crimes contra os costumes sexuais:

Primeiro procurava-se defender apenas a mulher honesta, sob o princípio de que as que não o fossem deveriam arcar com as consequências de seu desregramento; no segundo, inspirada no ódio ao pecado, com a influência do cristianismo, todos os infratores das boas normas sexuais deveriam ser punidos, mesmo quando as vítimas não fossem mulheres honestas e, por fim, no terceiro, a tendência foi a de mitigação penal, em todos os casos, desde que observadas às regras gerais da moralidade pública.⁸

A alteração legislativa trazida pela Lei 12.015/2009 vem ao encontro do desajuste da nomenclatura “dos crimes contra os costumes”, objeto de muitas críticas dos doutrinadores penalistas⁹, pois o referido título não condiz com o modo de pensar, ser e agir da sociedade contemporânea, além do mais, a moral sempre se fez presente como elemento orientador da incidência penal quanto aos temas relacionados ao sexo¹⁰.

Com o progresso gregário, foi necessária a remodelação das leis que disciplinam a sociedade, passando por modificações até nos dias de hoje. Desta maneira, diante das grandes mudanças no contexto social e moral, a nova Lei 12.015/2009 surgiu para acompanhar toda esta evolução social, gerando uma garantia de proteção às crianças e adolescentes que possuem idade inferior a 14 anos.

O Decreto-Lei 2848/1940¹¹ surgiu como um sopro de ar fresco à legislação criminal brasileira. Isto porque há uma evidente evolução técnica no que tange aos crimes sexuais, constatando-se que os dispositivos versando sobre os crimes sexuais estavam anotados no Título VI, sob a designação “Dos Crimes Contra os Costumes”.

⁸ BRANCO, Vitorino Prata Castelo. **O advogado diante dos crimes sexuais**. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966. p.19/20.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.11.

¹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo direito penal sexual. In: **Doutrinas essenciais – Direito Penal**. Org. FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. v. 6. São Paulo: RT, 2010, p. 140.

¹¹ BRASIL. **Código Penal**, Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 17 abril.2015. s/p.

Em seus artigos constavam a punição da prática do crime de estupro e atentado violento ao pudor com penalidades distintas para cada uma destas condutas delituosas, sendo assim dispostas:

Estupro

Art. 213. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:
Pena - reclusão, de três a oito anos.

Atentado violento ao pudor

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:
Pena - reclusão de dois a sete anos.¹²

Por seu turno, como já mencionado, com o desenvolvimento da sociedade se fez necessário que as leis acompanhassem estes avanços, afinal o direito tem a finalidade de regular a sociedade, nada adiantando ter leis que não estão aptas para serem aplicadas.

Desse modo, a lei nº 12.015/2009¹³ promoveu uma profunda reforma do Título VI, da Parte Especial do Código Penal, visando adaptar da melhor forma as transformações sociais com relação à matéria sexual, mantendo-se, porém, a cultura proibitiva e de natureza moral sobre a sexualidade infanto-juvenil¹⁴.

A visão tradicional dos “costumes” acabou por ser abandonada, eliminando alguns anacronismos, sendo reconhecida uma nova disciplina dos crimes sexuais, a fim de intensificar a proteção de forma mais específica sobre os menores de 14 anos contra os efeitos deletérios que estes possam vir a sofrer se forem vítimas de estupro.

Nesse contexto, o autor Fernando Capez bem analisou a mudança do referido Título:

¹²BRASIL. BRASIL. **Código Penal**, Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 17 abril.2015. s/p.

¹³ BRASIL. Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. **Dispõe alteração o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal**, e o art. 1da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em 02 fevereiro.2015. s/p.

¹⁴ ALEIXO, Klelia Canabravo. Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, abr., 2010, n.209, p. 8-9.

Mudou-se, portanto o foco da proteção jurídica. Não se tem em vista, agora, em primeiro plano, a moral média da sociedade, o resguardo dos bons costumes, isto é, o interesse de terceiros, como bem mais relevante a ser protegido, mas a tutela da dignidade do indivíduo, sob o ponto de vista sexual.¹⁵

A nova qualificação dada para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual” deixa evidente o novo objeto central da tutela, podendo ser compreendido como prevenção da própria “dignidade da pessoa humana” que se encontra na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º inciso III¹⁶, o que decorre da própria natureza da pessoa humana¹⁷.

A alteração do Título VI do Código Penal tem sido aferida por uma significativa parte dos doutrinadores como positiva, em razão da sua atualização frente à Constituição Federal, conforme assinala Guilherme de Souza Nucci:

Dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra. A sua associação ao termo sexual insere-a no contexto dos atos tendentes a satisfação da sensualidade ou da volúpia¹⁸

Desse modo, abandonando o antigo texto sobre o crime de estupro, surge a nova composição da Lei 12.015/2009, a qual trouxe grandes alterações, mantendo-se, porém, uma antiga discussão a respeito da presunção de vulnerabilidade no estupro do menor de 14 anos, a qual está diretamente relacionada ao crime de estupro de vulnerável, capitulado no artigo 217-A do Código Penal:

Art. 217-A – Ter conjunção carnal ou praticar 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.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. parte especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3. p. 20.

¹⁶ BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12. março 2015.s/p.

¹⁷ Nesse sentido, cf. MIRABETE, JulioFabrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 29 ed. São Paulo: ATLAS, 2012. p. 388.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p. 11.

§ 4º - Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.¹⁹

Diante disso, o legislador busca dar uma maior efetividade na penalização de quem pratica o ato de estupro contra uma criança ou adolescente menor de 14 anos, ou ainda contra os deficientes mentais, enfermos e aqueles que não podem oferecer qualquer tipo de resistência.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Para permear a concepção e as considerações sobre o estupro de vulneráveis, usa-se Constituição Federal de 1988, por ser o filtro pelo qual toda a legislação infraconstitucional se submete e do qual irradiam princípios diretamente vinculados à seara penal, limitadores do poder punitivo do Estado.

A vista disso, evoca-se inicialmente o princípio da supremacia constitucional, que vem a garantir a preponderância sobre as demais normas, e consequentemente fazer a unificação do ordenamento jurídico em torno de princípios e regras com força normativa e superior às demais legislações nacionais.

Nesse sentido, Magalhães Filho defende que: “a Constituição é a norma básica do ordenamento jurídico, aquela que lhe confere unidade e coerência, sendo todas as demais normas do sistema por ela validadas.”²⁰

Em consonância com o mencionado acima, é preciso ressaltar alguns princípios constitucionais pertinentes ao melhor entendimento sobre a construção jurídica do estupro de vulnerável, como o da dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, considerado como um princípio fundamental do Estado Brasileiro, e segundo lição de Nelson Nery Junior:

É o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro.²¹

¹⁹ BRASIL. **Código Penal**. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 02 fevereiro.2015. s/p.

²⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**.3. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 207.

²¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 40.

Essa demonstração do Estado ser subserviente ao ser humano, ao posicionar a pessoa à frente do ordenamento como foco principal, caracteriza a supremacia dos valores constitucionais estabelecidos em seus princípios.

Cumprir salientar ser necessário que o sistema de justiça forneça normas que sejam adequadas à realidade vivida, garantindo aos indivíduos seus direitos fundamentais, de modo compatível com o ordenamento vigente.

O princípio da proporcionalidade constitui o poder-dever de hierarquizar princípios e valores da maneira mais adequada à realidade social, devendo resguardar uma relação de proporcionalidade com a finalidade instituída pela norma. Para Magalhães Filho esse princípio é um instrumento jurídico que pode ser definido como:

(...) o princípio dos princípios, pois somente através dele os outros encontram a sua condição de aplicabilidade e eficácia, na medida em que constitui a unidade e a coerência da constituição mediante a exigência de ponderação axiológica em cada caso concreto.²²

O mesmo princípio tem como objetivo garantir o não cometimento de excessos por parte do legislador, no momento em que este formula as normas e faz a cominação das penas, devendo evidenciar um saber empírico por parte do poder legislativo e até do poder judiciário ao atuar com as medidas judiciais.

Pois bem, o princípio da proporcionalidade corrobora que determinadas atitudes possuam um caráter menos grave no âmbito do estupro, como um beijo lascivo, um toque de cunho sexual, perante aquelas com penetração oral, anal ou vaginal. Não se fala em não caracterizar uma ofensa a vítima, mas o que se vislumbra é a desproporcionalidade das penas.

Nesse sentido, posiciona-se a própria jurisprudência ratificando o pensamento supramencionado:

Não há como se conceber [...], condutas consistentes em passadas de mãos, pelo agente, no corpo da vítima, ainda que criança, ou mesmo a esfregação do pênis por seu corpo, tenham o mesmo conteúdo do injusto que na cópula vaginal ou no coito anal, este sabidamente marcado pela expressão/estigma que historicamente transporta de submissão e humilhação, e, portanto, com maior repulsa social, sem se falar no risco

²²MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 208.

objetivo de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, tais como a AIDS, Hepatites, etc.²³

Com efeito, verifica-se certa desproporcionalidade na gravidade do ato com a cominação das penas muitas vezes aplicadas nos casos concretos, o que poderia ser rechaçado com a aplicação do princípio da proporcionalidade, particularmente em face de seu objetivo central obstando a ocorrência de excessos.

Nesse contexto, menciona-se a proporcionalidade como regra de interpretação e aplicação do direito, possibilitando que eventuais restrições aos direitos fundamentais não se concretizem de forma desproporcional, mediante o exame das seguintes sub-regras: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito²⁴, as quais poderão auxiliar na resolução do problema proposto.

Finalmente, o princípio em estudo serve para evitar restrições desnecessárias contra os direitos e garantias fundamentais de qualquer indivíduo, não se olvidando de buscar a compatibilização no manejo dos meios menos drásticos para a obtenção do fim almejado.

4 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL (217-A DO CÓDIGO PENAL)

O título do Código Penal Brasileiro destinado aos crimes que versam sobre a dignidade sexual, extinguindo o Título “Dos Crimes Contra os Costumes”, permanece sob a mesma numeração, composto por sete Capítulos, entretanto, o Capítulo II é o objeto central do trabalho, tratando dos crimes sexuais contra vulneráveis, mais especificamente o crime de estupro de vulnerável contra o menor de 14 anos (art. 217-A do Código Penal).

Com efeito, no presente momento, serão estudados os elementos constitutivos do crime de estupro de vulnerável, pretendendo-se conferir interpretação adequada aos princípios constitucionais e penais incidentes à espécie, particularmente a fim de obstar um tratamento idêntico e padronizado a todos os casos – em tese – caracterizadores do delito em análise.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70041432030**, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 17/06/2011.

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. 798, Ano 91, abr. 2002, p. 24.

4.1 CONCEITO

A própria Constituição Federal, lei máxima do país, teve a preocupação em resguardar a criança de qualquer tipo de abuso ou violência suportada, assim dispondo em seu art. 227º: “§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”²⁵

Desse modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) caracteriza verdadeira densificação infraconstitucional da proteção expressamente mencionada no texto constitucional:

Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.²⁶

Destarte, a lei que previu o estupro de vulnerável pretende assegurar o que a própria Carta Magna e o ECA tutelam, cuidando de estabelecer um crime específico para incidir em relação aos indivíduos responsáveis por atingirem a dignidade sexual dos menores incapazes de discernimento sobre a prática do ato sexual.

A conduta vedada pelo dispositivo 217-A do Código Penal se refere tanto à conjunção carnal como a qualquer prática de ato libidinoso com um menor de 14 anos, sendo que a definição dada para cada uma destas práticas é distinta. Portanto para configurar o estupro pode ocorrer uma conjunção carnal, entendida como “união de encontro do pênis do homem com a vagina da mulher, ou vice e versa”²⁷ ou seja, a introdução do órgão masculino, no órgão feminino.

Para a caracterização do ato libidinoso não é necessário que ocorra esta cópula natural, basta a prática de conduta envolvendo atos eróticos, pois como leciona Rogério Greco, na expressão “ato libidinoso estão contidos todos os atos de

²⁵ BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25. março 2015. s/p.

²⁶ BRASIL. Lei 8.069, de 13 julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 25. março 2015. s/p.

²⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010. v.3. p. 453.

natureza sexual que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente”²⁸

No tocante a liberdade sexual vale salientar que se trata de direito pertencente a todos, evidenciando que há uma liberdade de escolha por qualquer pessoa em realizar ato sexual com o (a) parceiro (a), contudo, se o autor se utilizou de qualquer tipo de ameaça ou violência seu comportamento subsumir-se-á ao tipo penal de estupro.

A liberdade sexual consiste na capacidade do sujeito de dispor do seu corpo livremente, como destaca Luiz Regis Prado:

(...) a faculdade de se comportar no plano sexual segundo seus próprios desejos, tanto no tocante à relação em si, como no concernente à escolha de seu parceiro (...) na capacidade de se negar a executar ou a tolerar a realização por parte de outro de atos de natureza sexual que não deseja suportar, opondo-se, pois, ao constrangimento de que é objeto exercido pelo agente.²⁹

Portanto, todos que não se encontram em situação de vulnerabilidade têm o direito de dispor da prática sexual da maneira mais conveniente para si mesmo. Entretanto, quando houver violação deste consentimento ou desta capacidade, torna-se possível a incidência do Código Penal, com a pretensão de punir os responsáveis pelo ato delituoso que desrespeitou o direito à liberdade sexual.

Quanto à vulnerabilidade, constatou-se em algumas decisões dos Tribunais Pátrios que, independentemente do uso da violência ou da grave ameaça, haverá o perfazimento do tipo penal, com a simples conjunção carnal ou a prática de qualquer outro ato libidinoso, mediante o entendimento de que a novel previsão legal contemplou uma presunção absoluta de violência no crime de estupro praticado contra o menor de 14 anos, como, ilustrativamente, se observa em decisão do Superior Tribunal de Justiça, que em julgamento de recurso repetitivo pacificou a matéria³⁰.

²⁸ GRECO, Rogério. *op. cit.*, p. 451

²⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 599.

³⁰ “(...) No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. (...) Para a caracterização do

Assim, para elucidação do conteúdo semântico da expressão presunção da vulnerabilidade, necessita-se recorrer à definição do que vem a ser vulnerabilidade, o que pode ser verificado nos ensinamentos do jurista Luiz Regis Prado em obra escrita em coautoria com as professoras Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho:

A vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade. É dizer que o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é ou está mais suscetível à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual de modo a lesioná-la.

É de se notar, que ao contrário do delito de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal, o dispositivo em análise não exige para sua configuração o manifesto dissenso da vítima expresso pela sua resistência a cópula carnal ou ao ato libidinoso. Que somente é superada pelo uso da violência ou da grave ameaça. Aqui basta para o perfazimento do tipo a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos.³¹

Desse modo, parcela da doutrina e a jurisprudência predominante entendem que basta a realização do ato sexual com o menor de 14 anos para a configuração do crime de estupro de vulnerável, criando em torno dessa interpretação uma presunção de vulnerabilidade de caráter absoluto, a qual se pretende debater neste estudo.

4.2 OBJETO JURÍDICO

A Lei 12.015/2009 tem o objetivo de resguardar, proteger, cuidar e preservar a dignidade sexual, principalmente dos vulneráveis, aqueles que não possuem o discernimento para consentir o ato sexual. Em vista disso, a lei tem a finalidade de resguardar a formação sexual de cada criança e adolescente, evitando ainda as consequências psicológicas para eles, consoante assinala Cezar Roberto Bitencourt:

crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1480881/PI**. Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015).

³¹ **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1047.

Na realidade, na hipótese de crime sexual contra vulnerável, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua vulnerabilidade. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.³²

Em verdade, vislumbra-se uma grande proteção legal à criança e ao adolescente menor de 14 anos, a fim de impedir o abuso de cunho sexual, e consequentemente a violação à sua dignidade enquanto pessoa humana, além de sua integridade física e psíquica. Desse modo, não se poderia falar em liberdade sexual, pois a vítima não possuiria autonomia para consentir a prática sexual.

Assim, um dos possíveis entendimentos sobre a matéria considera que o menor de 14 anos não tem ainda discernimento para consentir sobre as práticas dos atos sexuais, razão pela qual sua deliberação sobre a disposição do corpo não teria validade jurídica. Logo, o agente responsável por praticar ato libidinoso ou relação sexual com um menor de 14 anos estaria praticando o crime de estupro de vulnerável, ante a prescindível comprovação de violência ou a grave ameaça, contudo, este entendimento não é unânime³³, mormente porque a doutrina e jurisprudência têm propiciado amplo debate sobre a vulnerabilidade da vítima.

4.3 TIPO OBJETIVO

O preceito primário da norma é ter a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com um vulnerável, que no caso específico do trabalho, é o menor de 14 anos. Diferencia-se do artigo 213 do Código Penal, pois para a subsunção ao 217-A não é preciso o emprego da violência ou da grave ameaça, bastando a comprovação da idade da vítima³⁴. Não se descarta, porém, a possibilidade de emprego da violência ou da grave ameaça para facilitar a prática do

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. parte especial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4. p. 93.

³³ ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**: Comentários à Lei 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59.

³⁴ “ (...)Basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência, grave ameaça ou suposto consentimento da vítima para tipificação do estupro de vulnerável, conduta descrita no art. 217 -A do Código Penal. (...)”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1434783/MG**. Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 27/06/2014).

crime, o que deverá ser valorado pelo magistrado no momento da dosimetria da pena, analisando especificamente cada circunstância prevista na lei com a aplicação de sanção mais adequada e justa ao caso concreto.

4.4 TIPO SUBJETIVO

Ao tratar sobre o tipo subjetivo no estupro de vulnerável fica evidenciado que se refere ao dolo, ou seja, a vontade livre e consciente que o autor tem de praticar a conduta típica, perpetrando a conjunção carnal ou outro tipo de ato libidinoso, com ou sem a violência e a grave ameaça.

4.5 SUJEITO ATIVO

O crime em análise se trata de um crime comum, deste modo qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo, ou seja, tanto a mulher como o homem podem ser autores do crime, particularidade sensivelmente alterada pela Lei 12.015/2009, mormente porque sob a regência da redação original do Código Penal, somente em raríssimas hipóteses seria possível vislumbrar a mulher como sujeito ativo do estupro³⁵.

4.6 SUJEITO PASSIVO

O sujeito passivo é qualquer pessoa que se encontre em estado de vulnerabilidade, como já especificado anteriormente, podendo ser vítimas pessoas tanto do sexo feminino como masculino, desde que sejam menores de 14 anos, deficientes mentais ou enfermos. Portanto, trata-se de um crime próprio, uma vez que se exige uma condição ou qualidade especial do agente³⁶.

5 ASPECTOS RELEVANTES DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E SEUS REFLEXOS NA ADOLESCÊNCIA

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza [et al]. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009. In: **Doutrinas essenciais – Direito Penal**. Org. FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. v. 6. São Paulo: RT, 2010, p. 61/62.

³⁶ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: Parte Geral. Colaboração KNOPFHOLZ, Alexandre; BRITA, Gustavo Scandelari. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, 459.

A própria natureza do ser humano faz com que ele se desenvolva, passando por mudanças em seu comportamento, de forma que estas transformações atinjam de forma direta a sociedade. Portanto, o que era imoral em determinada época, pode não mais o ser na atualidade. Estas mudanças, por fim, acabam atingindo o direito, alterando-o de forma gradativa para que este possa acompanhar a evolução e atender a necessidade da sociedade.

A tecnologia ajudou muito na aceleração da quebra destes tabus. Antes da televisão, da internet, entre outros, as pessoas possuíam uma visão diferente de valores. O advento desta nova era fez com que a mentalidade se transformasse e uma nova forma de valoração viesse à existência no meio social.

Antigamente os pais sequer tocavam em assuntos relacionados a sexo com seus filhos, por o considerarem imoral ou mesmo por terem uma educação mais severa e tradicional. As crianças e adolescentes não tinham informações fáceis sobre o tema, diferentemente do que ocorre hoje, quando um simples clicar no mouse é suficiente para obter acesso a informação necessária e desejada, na tela de um computador ou nos aparelhos telefônicos. Nas escolas, professores abordam o assunto com mais liberdade, e até dentro do âmbito familiar há uma nova visão do tema, ao ser tratado entre pais e filhos.

No decorrer destas transformações sociais, muitos assuntos que eram vistos de forma desrespeitosa ao serem abordados perante a coletividade deixaram esta perspectiva para trás, não mais recebendo a pecha de tabus, como os que versam sobre sexualidade, vista hoje com maior naturalidade em termos educacionais ou mesmo no contexto familiar.

Neste sentido, Adelina Carvalho assevera que:

(...) tudo mudou, não poderia ser diferente em relação à liberdade sexual. O assunto sexo, antes tabu, passou a ser uma realidade presente na nossa sociedade, na vida das pessoas. O tema passou a ser tratado com maior e mais ampla liberdade porque a visão das pessoas sobre o mesmo também se modificou. Atitudes outrora tidas como inaceitáveis já mais não o são.³⁷

É certo que ainda existem pessoas que abordam o assunto como imoral ou inadequado, no entanto, tratar sobre sexo hodiernamente é muito mais simples em comparação à década de 40. Presentemente, sexo é assunto até dentro

³⁷ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 91.

do âmbito familiar, na escola, no trabalho, nas rodas de conversas com amigos, em síntese, qualquer lugar. Atitudes outrora tidas como inaceitáveis não mais o são, a barreira da vergonha foi colocada de lado, ficando evidenciado que deixou de ser uma infâmia ao se tratar de sexo com outras pessoas.

Com a quebra de certas barreiras e de determinados preconceitos, pode-se asseverar que a sociedade atual vivencia um momento de grande mudança no que condiz à moral pública sexual, sendo o assunto exaustivamente debatido e explorado através dos meios de comunicação. Nesse contexto, muitas referências surgem alegando que a responsabilidade de crianças e jovens entrarem em uma vida sexual ativa cada vez mais precocemente está relacionado com a tecnologia, consoante se infere de excerto de artigo sob autoria do professor e desembargador Marcio Oliveira Puggina:

Todo este processo de erotização da infância, que conta com vários instrumentos ou alavancas, como não poderia deixar de ser, chegou, com força total, a Internet, que hoje se constitui no grande tambor de repercussão de tudo quanto se passa no mundo globalizado. Por esta razão, não é de estranhar a verdadeira avalanche de sites dedicados a pedofilia e a pornografia infantil.³⁸

Ademais, a mídia atual, principalmente através das telenovelas, aborda cada vez mais temas voltados para sexualidade, não se preocupando com o desenvolvimento psicológico das crianças e jovens que assistem, transmitindo aos telespectadores a mensagem de que sexo é algo simples e que frequentemente transforma-se em mera mercadoria. Neste sentido Marcos Cobra corrobora:

O assunto sexo na mídia é um tema que não se esgota, pois a cada dia a sexualidade avança para abordagens ainda mais ousadas. Por conta da ideia de que o sexo vende, tudo se torna permissível com a finalidade de agradar o leitor, o espectador e, principalmente, o anunciante. Os jornais e as revistas, que perdem em imagem para a televisão e o cinema, procuram compensar essa desvantagem introduzindo fotos ousadas e a cor. E a questão de ética e de moral torna-se um fator de menor importância quando está em jogo o equilíbrio orçamentário do veículo de comunicação. Parece que a abordagem do sexo na mídia ainda está engatinhando e, em breve, a ousadia ganhará novos e irrestritos limites.³⁹

³⁸ PUGGINA, Marcio Oliveira. **A erotização da infância na mídia e na internet**. Ministério Público/RS. Disponível: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id170.htm>>. Acesso em 22 de abril de 2015.s/p.

³⁹ COBRA, Marcos. **Sexo e Marketing: reflexões acerca da influência dos apelos do sexo no marketing contemporâneo**. São Paulo: Cobra Editora & Marketing, 2002. p. 128.

Ressalta-se assim que, com toda a evolução e transformação ocorrida na vida social, seria – no mínimo – incongruente aduzir que os jovens com idade menor de 14 anos, de forma generalizada, não possuem o conhecimento necessário sobre a sexualidade⁴⁰, exigindo a máxima cautela ao empregar-se no crime de estupro de vulnerável a ligação com a vulnerabilidade do sujeito passivo, pois será necessária uma análise profunda de cada caso, para enquadrar o tipo penal.

A partir daí, resta evidenciado que o legislador usou um critério puramente biológico para definir o sujeito passivo do crime em questão, no entanto, conforme ressaltado, para a identificação da vulnerabilidade são necessárias justificativas plausíveis que assegurem que o menor de 14 anos não tem sua consciência formada, consoante doutrina do professor Guilherme de Souza Nucci, que em virtude da sua relevância, transcreve-se literalmente:

Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo status de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos. Verifica-se, pois, que a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseado numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual e capacidade cognitiva das crianças e adolescentes.⁴¹

É deveras importante mencionar que a própria Lei 12.015/2009, de certa forma se contrapõe à Lei 8.069/1990, uma vez que este prevê medidas socioeducativas para os adolescentes com idade superior a 12 anos de idade, de sorte que a proteção da liberdade sexual prescrita no artigo 217-A do Código Penal precisaria se harmonizar com o ECA, garantindo a tutela penal às crianças e

⁴⁰ Sobre o tema, confira-se excerto de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo em que consta expressamente a referência à facilidade de informação obtida pelos adolescentes atualmente e de que modo ela irradia efeitos no tema da sexualidade: “A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema sexo flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas, até com menos de 14 anos de idade, uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-as rechaçar as propostas e agressões que nessa esfera produzirem-se e a uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo.” (TJSP – Ap. 93.117-3 – Rel. Márcio Bártoli *Apud* FRANCO, Alberto Siva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**. 7ª. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 502).

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38.

adolescentes com idade inferior a seus 12 anos. Neste sentido João Daniel Rassi aponta:

Não se trata, contudo, de um elemento de natureza absoluta. Como elemento do tipo, ele é normativo e, no caso específico, poderá ser interpretado de acordo com o que foi estabelecido como critério legal de menoridade no Estatuto da Criança e do Adolescente – ou seja, é considerado menor, ou criança, aquele que não atingiu 12 anos. Assim, no caso de menores de 12 anos, há integração das normas penais e estatutárias quanto à incapacidade da criança, e por isso a idade aqui terá um papel definitivo na formação do tipo. Por outro lado, como já apontamos brevemente acima, a elementar da idade da vítima não é absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14 anos, caso em que sua vulnerabilidade será constatada no caso concreto, tendo em vista a sua relativa capacidade. Assim, verificar se houve ou não abuso na relação sexual entre o maior e o menor, que causou dano para este último, reforçando a afirmação de Roxin já acolhida de que capacidade de compreensão é matéria de fato. Esta interpretação, que se concebe a idade como uma elementar de natureza normativa, permite suavizar o rigor da lei como nos casos, não tão raros assim, da relação sexual do maior de 18 anos com sua namorada de 13 anos, preocupação que já era propugnada pela doutrina quanto à natureza do revogado art. 224 do CP (se absoluta), e que, com a nova lei, parece permanecer. No entanto, em se tratando de menor de 12 anos, fica mantida a presunção de vulnerabilidade, *jure et de jure*, havendo a tipicidade. Assim, é possível encontrar uma aplicação razoável da capacidade de compreensão da vítima, a informar a situação de vulnerabilidade ou não desta, no caso concreto.⁴²

Finalmente, destaca-se que atribuindo caráter absoluto ao elemento normativo, gera-se inevitavelmente uma presunção absoluta de vulnerabilidade, desprezando totalmente a capacidade da vítima de compreender o ato sexual por ela praticado ou até mesmo de se analisar a sua vontade e consentimento ao ter praticado a relação sexual, o que, por consequência, propicia a incidência da legislação penal de forma injusta e com aplicação de sanções claramente desproporcionais, especialmente quando se verifica que o crime em questão é apenado com pena privativa de liberdade variável entre 8 e 15 anos, bem como, é adjetivado de hediondo (art. 1º, VI da Lei 8.072/90).

5.1 INNOCENTIA CONSELII

⁴² RASSI, João Daniel. **A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2011. v. 92. p. 61.

Primeiramente, é preciso consignar ser difícil estabelecer uma idade fixa para determinar o fim da formação do caráter, dos ideais ou do psicológico numa criança ou adolescente, pois se trata de algo muito relativo e subjetivo, não sendo possível assinalar precisamente a idade em que uma pessoa passa a deter plena consciência sobre a correção ou inadequação de determinado comportamento, com a consequente possibilidade de punição pelo ato.

O termo em latim *Innocentia Consilii*⁴³ tem o significado de ignorância total em relação ao agente passivo sobre a relação sexual, algo totalmente fora de seu conhecimento. Na atualidade, raramente encontra-se adolescentes com menos de 14 anos que não tenham acesso a informações sobre sexo, como destacado em item anterior.

Dessa forma, invoca-se julgado sob relatoria do Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, para ilustrar o pensamento, com o reconhecimento de amadurecimento dos adolescentes a partir dos 12 anos de idade:

Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possua escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências 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-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria.⁴⁴

Portanto, como pode ser visto, o Ministro da Suprema Corte corrobora com o pensamento de que inexistem adolescentes que não tenham uma mentalidade amadurecida e certo conhecimento sobre sexualidade, uma vez que possuem maior acesso a um número desenfreado de meios informativos, além de desenvolverem uma noção de determinados fatores do meio em que se encontram.

5.2 VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS

⁴³ FERREIRA, João Henrique. **Indícios, Presunções e Ficções no Direito Penal: Aspectos Principais.** São Paulo. Disponível: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009410.pdf>> Acesso em 19 de abril. 2015. s/p.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 73662**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 21/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310 RTJ VOL-00163-03 PP-01028.

De modo geral, o ordenamento jurídico visa proteger, assegurar e cuidar da melhor forma possível das crianças e adolescentes, prevendo-se a recomendações ou mesmo a configuração de ilícitos de natureza penal em razão de eventuais ofensas praticadas em detrimento da integridade delas. Nesse sentido, veja-se o teor do art. 5º do ECA:

Art. 5º 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 fundamentais.⁴⁵

Insta salientar que o Estatuto consiste numa lei específica que em seu texto legal traz a diferença de sanções de acordo com a idade. Ressalva-se que adolescentes com idade entre 12 e 18 anos são menores em conflito com a lei e devem receber a punição pelo ato infracional cometido.

Tais adolescentes serão punidos de acordo com as medidas socioeducativas correspondentes, no entanto, a despeito da expressa permissão de receberem punição nos termos da legislação específica, segundo a atual regulamentação do Código Penal não estariam aptos a consentir a prática do ato sexual.

Em comentários sobre as cizânias da legislação brasileira quanto à possibilidade de escolha dos adolescentes na faixa de 12 a 14 anos, João Paulo Martinelli leciona:

[...] 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. [...] 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 entre 12 e 14 anos já é um adolescente e sua vulnerabilidade pode ser discutida.⁴⁶

Nesse passo, se infere do ECA que o indivíduo com a idade inferior a 12 anos é considerando criança (art. 2º), não dispondo de plena capacidade de compreensão de seus atos. Acima desta idade, entende-se como capaz de

⁴⁵ BRASIL. Lei 8.069, de 13 julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 25. março 2015. s/p.

⁴⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Relativização da presunção de vulnerabilidade no estupro de vulnerável**. 2012. Disponível em: <<http://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/121938067/relativizacao-da-presuncao-de-vulnerabilidade-no-estupro-de-vulneravel>> Acesso em 16/03/2015. s/p.

compreender sobre suas atitudes, inclusive sujeitando-se a receber medidas socioeducativas, que permitiria, ao menos, o questionamento sobre a sua efetiva vulnerabilidade.

Desse modo, é evidente a contradição com relação à idade trazida pelo artigo 217-A do Código Penal, com o ECA, pois enquanto no primeiro coloca-se como vulnerável aquele que se encontra com idade inferior aos 14 anos, no último relaciona-se que somente os menores de 12 anos submetam-se a disciplina da vulnerabilidade, por não possuírem plena capacidade de compreender e responder por seus atos.

A divergência entre a regulamentação do tema pelos diplomas legais acima destacados também é objeto de percuciente observação do doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

Partimos do seguinte ponto básico: 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. 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 tem mais 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).⁴⁷

O mesmo autor também propõe reflexões sobre o critério etário adotado pelo legislador penal à luz do disposto no art. 68 da Lei 12.594/2012⁴⁸, afirmando que a regulamentação estatal que autoriza a prática do sexo pelo adolescente em cumprimento de medida de internação, desde que viva em união estável, estaria em descompasso com o art. 217-A do Código Penal, motivo pelo qual se teria um aparente conflito de normas penais, que tornaria possível a solução no sentido de reconhecer que o indivíduo a partir dos 12 anos de idade “não deve ser considerado um completo incapaz, como faz crer o preceituado pelo art. 217-A

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, Parte Especial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 829/830.

⁴⁸ “Art. 68. É assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima.” (BRASIL. Lei 12594/2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 14 de dezembro de 2015.

do Código Penal. Eis a razão pela qual parece-nos sustentável apontar como relativa a vulnerabilidade do menor de 14, porém, maior de 12.”⁴⁹

Vale notar que a desarmonia de idade é evidentemente algo que acaba sendo prejudicial para o âmbito jurídico, gerando dúvidas de quem realmente seria considerado vulnerável, e consequentemente sobre quem deveria receber a tutela da legislação penal, em síntese, tem-se hipótese de absoluta insegurança jurídica.

No campo psicológico, expõe-se a transformação da criança para adolescente como algo realmente subjetivo, ou seja, não há como definir uma idade para se determinar quem é criança ou adolescente, afirmando-se no âmbito da psicologia que a adolescência é a fase de maior mudança no ser humano, na qual surgem alterações físicas e psicológicas, tratando-se da fase de maior alteração por qual todos passam, alguns de forma mais precoce outros mais lentamente, consoante ensinamento descrito abaixo:

Pode dizer-se que o seu início rondará os 11/12 anos, sendo que o seu final estará concluído quando o jovem já terá conseguido concretizar uma série de tarefas, ditas desenvolvimentais, que se expressam no plano intelectual, na socialização, na afetividade e na sexualidade. Pressupõe-se que quando o jovem se sente suficientemente autônomo (num plano interno) face às figuras parentais, que já terá elaborado o seu próprio espaço de identidade, adquiriu um sistema de valores próprios e que tem capacidade para manter relações estáveis e maduras com o outro [...]. É na adolescência que o indivíduo toma consciência das alterações que ocorrem no seu corpo, gerando um ciclo de desorganização e reorganização do sistema psíquico, diferente em cada sexo, mas com iguais complicações conflituosas inerentes à dificuldade de compreender a crise de identidade [...]. Este período crítico começa com o início da puberdade, com a entrada em funcionamento dos órgãos sexuais, ocorrendo mais cedo nas raparigas, sensivelmente depois dos dez anos, com o aparecimento da menarca, e mais tarde nos rapazes, com a possibilidade de ejacular, mais ou menos a partir dos doze anos, findando normalmente com o ganho de independência praticamente total do sujeito em relação às figuras parentais.⁵⁰

Desta forma a transformação ocorrerá no tempo exato, contudo, o que mais se vê atualmente é meninas e meninos com idade inferior a 14 anos demonstrando comportamentos muito mais sexualizados e com entendimentos avançados sobre sexo, sendo notável este amadurecimento precoce não só pelo

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 100/101.

⁵⁰ FERREIRA, Manuela; NELAS, Paula. Batista. Adolescências... Adolescentes... **Millenium - Revista Instituto Politécnico de Viseu**. nº 32. Fevereiro de 2006. Viseu, Portugal. Disponível em: <<http://www.ipv.pt/millenium/Millenium32/11.pdf>>. Acesso em 22 de março. 2015. s/p.

modo de se comunicar, mas também na forma de se portar e vestir, reforçando que a ignorância sobre o tema muitas vezes ficou no passado.

A própria psicanálise vem advertindo para o amadurecimento antecipado na sociedade atual:

No que se refere a atitudes cada vez mais vemos meninas de 8-9 anos com comportamentos mais sexualizados, seja em indumentária ou na maneira de se comportar. Parece haver um adiantamento da pré-adolescência. Com mais ou menos 11 anos estas meninas já se sentem plenamente adolescentes e muitas já iniciam relações sexuais. [...] Historicamente, a idade média da menarca das adolescentes vem apresentando uma tendência de queda (Tanner, 1962; Colli, 1985), diminuindo cerca de 4 meses a cada década, encontrando-se, atualmente, na faixa de 12,5 a 13 anos, em segmentos populacionais economicamente desenvolvidos. [...] No Brasil a média da menarca é de 12,2 meses.⁵¹

Portanto, não há dúvidas acerca da divergência de idades em torno do conceito de vulnerabilidade no âmbito jurídico, tomando-se em consideração aspectos de ordem legal ou mesmo a circunstância de crianças e adolescentes estarem muito mais capacitadas ao entendimento do assunto sexualidade, o que permite analisar a possibilidade de relativização do critério etário do sujeito passivo do crime de estupro de vulnerável considerando as peculiaridades em cada caso concreto.

6 POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL DO MENOR DE 14 ANOS

O legislador ao promover a modificação na estrutura do crime de estupro, por meio da Lei 12.015/2009, revogou o artigo 224 e consequentemente a presunção de violência, entretanto, a discussão permanece inalterada, pois o debate sobre os contornos da presunção (de vulnerabilidade, atualmente) continua possível à luz artigo 217-A do Código Penal, alertando-se ainda para falta de transparência do legislador, pois as expressões utilizadas no tipo penal revelariam uma pretensão

⁵¹ ENCK, Eluza Maria Nardino. O encurtamento da Latência e a Puberdade Precoce: Um problema dos tempos atuais. **Congresso Brasileiro de Psicanálise**. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://febrapsi.org.br/publicacoes.php?pubs=Artigos#>>. Acesso em 16 março. 2015. s/p.

de ludibriar o aplicador da lei, o que não condiz com o novo modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito⁵².

De toda sorte, para um melhor entendimento é necessário explanar que presunção de vulnerabilidade absoluta ou relativa não se confunde com presunção absoluta ou relativa de vulnerabilidade, uma vez que são enfoques distintos, nos termos dos argumentos minuciosamente apresentados pelo professor Cezar Roberto Bitencourt:

1) Presunção absoluta e presunção relativa de vulnerabilidade
Questiona-se aqui tão somente a natureza da presunção legal (expressa ou implícita, não importa), ou seja, se é caso de presunção absoluta ou de presunção relativa, independentemente da gravidade ou natureza da própria vulnerabilidade, que, claramente, não é objeto de exame nesse juízo valorativo.

(a) presunção absoluta de vulnerabilidade — pela presunção absoluta admite-se que a vítima é, indiscutivelmente, vulnerável e ponto final; não se questiona esse aspecto, ele é incontestável, trata-se de presunção iure et iure, que não admite prova em sentido contrário; (b) presunção relativa de vulnerabilidade — a vítima pode ser vulnerável, ou pode não ser, devendo-se examinar casuisticamente a situação para constatar se tal circunstância pessoal se faz presente nela, ou não. Em outros termos, a vulnerabilidade deve ser comprovada, sob pena de ser desconsiderada, admitindo, por conseguinte, prova em sentido contrário, tratando-se, portanto, e presunção juris tantum.(...)

2) Vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa
Aqui o questionamento é outro, isto é, não se discute se se trata de presunção absoluta ou de presunção relativa de vulnerabilidade, como na hipótese anterior, pois essa avaliação já ficou para trás, está superada; parte-se, portanto, do pressuposto que a vulnerabilidade existe, mas não se sabe o seu grau, intensidade ou extensão. Diríamos que se trata agora de um segundo juízo de cognição: no primeiro, avalia-se a natureza da presunção se relativa ou absoluta; neste segundo juízo, valora-se o quantum de vulnerabilidade a vítima apresenta. E, seguindo-se a linha do legislador que a previu para faixas etárias distintas — menor de 14 anos e menor de dezoito — elas apresentam, inegavelmente, gravidades e consequências distintas. Mas, mais que isso, podem apresentar-se em graus distintos em uma mesma faixa etária, e, também por isso, precisam ser valoradas casuisticamente.⁵³

Feita esta diferenciação parte-se para a análise do artigo 217-A da Lei 12.015/2009, no qual se constata a existência de uma presunção de que o menor de 14 anos não atingiu a maturidade suficiente para uma vida sexual, ou seja, a idade torna-se elemento típico para incriminar o sujeito.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crime de Estupro**: O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita. 19 junho. 2012. Disponível <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>> Acesso em 19 de abril. 2015. s/p

⁵³ *Idem*.

Muitas decisões judiciais corroboram essa vertente, para a qual basta a simples conjunção carnal ou a prática de qualquer ato libidinoso com um menor de 14 anos para configurar o crime de estupro, ou seja, aplica-se a presunção absoluta de vulnerabilidade no caso, independentemente do grau de experiência sexual vivenciado pela suposta vítima⁵⁴.

Todavia, o posicionamento exposto não é unânime, uma vez que outros Tribunais já decidiram pelo reconhecimento da presunção relativa de vulnerabilidade⁵⁵, o que soa mais compatível com as transformações presentes na sociedade e permite melhor harmonia entre os diplomas legais, justificando-se a imprescindibilidade de conferir uma análise casuística⁵⁶, realizando-se duplo juízo valorativo, um sobre a natureza da presunção e outro sobre o grau ou intensidade da própria vulnerabilidade.

Essa preocupação se mostra ainda mais presente, quando se observa que a novel legislação brasileira se inspirou em proscições norte-americanas, onde o sexo entre menores de dezoitos é proibido, sem permitir qualquer espécie de exceção, como as denominadas "Romeo and Juliet Law", que em solo estadunidense desfiguram o comportamento delituoso deixando de "reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre os protagonistas seja igual ou menor de cinco anos, considerando que ambos estariam no mesmo momento de descobertas da sexualidade."⁵⁷

Na esfera jurídica, os julgadores devem levar em conta o amadurecimento emocional da vítima, analisando se a mesma possui conhecimentos no que tange a relação sexual, bem como a diferença de idade entre acusado e vítima, cercando-se das devidas cautelas no enfrentamento do caso submetido a julgamento.

Cumpre salientar que esta visão de presumir a vulnerabilidade do menor de 14 anos condizia com os aspectos inerentes à sociedade de décadas

⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2012.066999-7, de Xanxerê, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 09-07-2013; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70056861, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 27/05/2015.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2012.018815-0, de Ipumirim, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 28-08-2012.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. 1.ª Câ. Crim. – AP 365244-53.2011.8.09.0141 – rel. Jairo Ferreira Jr. – j. 02.07.2013 – public. 07.08.2013.

⁵⁷ SARAIVA, João Batista Costa. O "depoimento sem dano" e a "romeoandjulietlaw". Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, dez., 2009, n. 205, p. 12/13.

atrás e não com o atual momento de notórios episódios de uma revolução sexual, que tem propiciado pesadas modificações nos padrões sexuais comportamentais das crianças e adolescentes, influenciando inevitavelmente no alcance da maturidade psicológica sexual, muitas vezes de forma precoce.

Um dos grandes questionamentos que podem ser feitos acerca da compreensão da presunção absoluta de vulnerabilidade, consiste na circunstância de dois menores com 13 anos praticarem entre si a relação sexual, pois, ambos praticariam um ato infracional, o famigerado estupro bilateral, de modo que seriam concomitantemente sujeitos ativos do estupro de vulnerável e vítimas do mesmo ato infracional, conforme expõe Salvador Netto:

[...] a recente lei, ao alterar a redação e a sistemática dos crimes sexuais, cometeu, sem prejuízo de outros, ao menor um grande equívoco. Mais um de nosso trôpego legislador. [...] A aplicação do dispositivo, da forma como se coloca, refuta a reflexão jurisdicional. [...] Dois adolescentes de 13 anos relacionam-se sexualmente. Nessa hipótese, quis o legislador, inconscientemente ou não, consagrar a enigmática figura do estupro bilateral. Afinal, se aplicado literalmente o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 103) e seu microssistema penal, ato infracional cometerão ambos os adolescentes, um contra o outro. A violência é indiferente. A autodeterminação, relativizada nesta idade, nada importa. O moralismo, por via transversa, é aplaudido pelo legislador de 1940.⁵⁸

Finalmente, como apontado em item predecessor, recentemente o Superior Tribunal de Justiça, em recurso repetitivo firmou a tese de presunção absoluta de vulnerabilidade do menor de 14 anos de idade, o que indicaria a superação dos argumentos apresentados, contudo, nota-se que o tema merece ser revisitado com a finalidade de impedir contradições no ordenamento jurídico e propiciar maior adequação entre o texto legislativo e as transformações sociais.

7 CONCLUSÃO

Com a alteração trazida pela lei no artigo 217-A do Código Penal, a idade do menor de 14 anos passou ser o elemento da conduta típica. Nesse entendimento surgem às divergências doutrinárias e jurisprudenciais, de um lado colocando de forma absoluta a presunção de vulnerabilidade, ou seja, basta a idade da vítima para que a prática do ato sexual seja considerada crime.

⁵⁸SALVADOR NETTO, A. V. Estupro bilateral: um exemplo de limite. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 17, n. 202, p. 8-9, set. 2009. p.20.

Todavia não há possibilidade de desconsiderar a realidade social, pois fatores distintos do critério etário da vítima também devem ser sopesados, mormente porque as mudanças sociais são presenciais e notórias, além do que a simples aplicação do texto de lei, com a prevalência de valores e pensamentos de décadas atrás na esfera sexual do jovem brasileiro permitirá soluções jurídicas por demais gravosas e claramente desproporcionais.

Como mencionado, as informações estão cada dia mais acessíveis, encontradas em todas as partes, o que contribui para um amadurecimento mais precoce de muitas crianças e adolescentes, viabilizando melhor reflexão sobre o tema da vulnerabilidade ventilado pelo legislador.

A relativização da presunção de vulnerabilidade no estupro do menor de 14 anos deverá ser aplicada nos casos em que realmente ficar comprovada a ausência de discernimento suficiente da vítima para consentir na prática da relação sexual ou do ato libidinoso, viabilizando melhor conformação da norma penal aos ditames do ECA, o qual prevê medidas socioeducativas ao autor de ato infracional maior de 12 anos de idade.

Portanto, não será justa aplicação de uma sanção tão grave, de forma automática, a um acusado de estupro, com base única e exclusivamente na circunstância da vítima possuir menos de 14 anos de idade, particularmente quando se verifica que o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e houver consentimento da vítima, ressaltando o caráter estigmatizante do acusado de estupro, normalmente, visto como um criminoso perigoso e repugnante inclusive pelos detidos em estabelecimentos penitenciários.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crime de Estupro**: O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita. 19 junho. 2012. Disponível <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>> Acesso em 19 de abril. 2015. s/p.

_____. **Tratado de Direito Penal**. parte especial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v.4. 2010.

BRANCO, Vitorino Prata Castelo. **O advogado diante dos crimes sexuais**. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

BRASIL. **Código Penal**, 16 de dezembro de 1830. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso 26 junho 2015.

_____. **Código Penal**, de 11 de Outubro de 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 15. maio 2015.

_____. **Código Penal**, Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 17 abril.2015.

_____. **Constituição Federal**, de 05 dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12. março 2015.

_____. Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. **Dispõe a alteração o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal**, e o art. 1 da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em 02 fevereiro. 2015.

_____. Lei 8.069, de 13 julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 25. março 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 73662**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 21/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310 RTJ VOL-00163-03 PP-01028.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1480881/PI**, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1434783/MG**. Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 27/06/2014

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime Nº 70056861**, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 27/05/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70041432030**, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 17/06/2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. 1.^a Câm. Crim. – **AP 365244-53.2011.8.09.0141** – rel. Jairo Ferreira Jr. – j. 02.07.2013 – public. 07.08.2013.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 2012.066999-7**, de Xanxerê, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 09-07-2013.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 2012.018815-0**, de Ipumirim, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 28-08-2012.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida**. Curitiba: Juruá, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. parte especial. v. 3. 8^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COBRA, Marcos. **Sexo e Marketing**: reflexões acerca da influência dos apelos do sexo no marketing contemporâneo. São Paulo: Cobra Editora & Marketing, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: Parte Geral. Colaboração KNOPFHOLZ, Alexadre; BRITA, Gustavo Scandelari. 3^a ed. São Paulo: RT, 2010.

ENCK, Eluza Maria Nardino. O encurtamento da Latência e a Puberdade Precoce: Um problema dos tempos atuais. **Congresso Brasileiro de Psicanálise**. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://febrapsi.org.br/publicacoes.php?pubs=Artigos#>>. Acesso em 16 março. 2015.

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

FRANCO, Alberto Siva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos**. 7ª. ed. São Paulo: RT, 2011.

FERREIRA, João Henrique. **Indícios, Presunções e Ficções no Direito Penal: Aspectos Principais**. São Paulo. Disponível: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009410.pdf>> Acesso em 19 de abril. 2015.

FERREIRA, Manuela; NELAS, Paula. Batista. Adolescências... Adolescentes... **Millenium - Revista Instituto Politécnico de Viseu**. nº 32. Fevereiro de 2006. Viseu, Portugal. Disponível em: <<http://www.ipv.pt/millenium/Millenium32/11.pdf>>. Acesso em 22 de março. 2015.

GOMES, Rodrigo. **STJ terá posição definitiva sobre o consentimento em casos de estupro de vulnerável**. Publicado 20/03/2015. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/03/stj-vai-se-posicionar-em-definitivo-sobre-consentimento-em-casos-de-estupro-de-vulneravel-4928.html>> Acesso em 19 maio. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 7. ed. Niterói: Impetus, v. 3. 2010.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 7. ed. Niterói: Impetus, v. 3. 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 8. 1956.

ALEIXO, Klelia Canabravo. Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, abr., 2010, n.209, p. 8-9.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Relativização da presunção de vulnerabilidade no estupro de vulnerável**. 2012. Disponível em: <<http://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/121938067/relativizacao-da-presuncao-de-vulnerabilidade-no-estupro-de-vulneravel>> Acesso em 16/03/2015.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 29 ed. São Paulo: ATLAS, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 36.ed. São Paulo: Saraiva, v.3. 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza [et al]. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009. In: **Doutrinas essenciais – Direito Penal**. Org. FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. v. 6. São Paulo: RT, 2010, p. 59/87.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual**. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Código Penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de direito penal: parte geral, Parte Especial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PUGGINA, Marcio Oliveira. **A erotização da infância na mídia e na internet**. Ministério Público/RS. Disponível: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id170.htm>>. Acesso 22 de abril de 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2. 2010.

_____. **Curso de direito penal brasileiro. parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO. Luiz Regis; CARVALHO. Érika Mendes, CARVALHO. Gisele Mendes. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RASSI, João Daniel. **A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 92. 2011.

SALVADOR NETTO, A. V. Estupro bilateral: um exemplo de limite. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 17, n. 202, p. 8-9, set. 2009.

SARAIVA, João Batista Costa. O "depoimento sem dano" e a "romeoandjulietlaw". Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, dez., 2009, n. 205, p. 12/13.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. v. 798, Ano 91, abr. 2002, p. 23-50.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo direito penal sexual. In: **Doutrinas essenciais – Direito Penal**. Org. FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. v. 6. São Paulo: RT, 2010, p. 135/162.