

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA SOB A ÓTICA DA VULNERABILIDADE DO MENOR

RODRIGO MORAES SÁ¹

RESUMO

O instinto sexual humano ganha contornos de grande importância na medida em que é destinado a procriação, tendo como escopo a perpetuação da espécie. Ao lado dessa força instintiva, encontram-se sentimentos como o amor e o pudor, necessários para garantir a própria dignidade e reputação. Esses sentimentos individuais transbordam a natureza individualista do ser humano para adquirir caracteres de índole social e coletiva, merecendo especial proteção ao ponto de serem regulados por meio de normas disciplinadoras da moral e dos bons costumes. Sob o ponto de vista repressivo, a norma penal trata dessas relações interpessoais, através de disposições inseridas no Código Penal, sob a denominação atual de crimes contra a dignidade sexual, introduzida pela Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. A nova lei criou o crime de estupro de vulnerável, com pena de reclusão de 8 a 15 anos, que se caracteriza pela prática de conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos (217-A, "caput"), ou com pessoa (de qualquer idade) que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento, ou não pode oferecer resistência (§ 1º). Nesse contexto, se faz necessário a abordagem da nova figura penal que vem causando muita discussão doutrinária face as suas características concernentes a vulnerabilidade da vítima. Dessa forma traçaremos um panorama geral do crime em questão sob o enfoque do menor.

Palavras-chave: estupro; vulnerável, aspectos gerais.

¹ Procurador do Município de Diadema, Advogado militante nas áreas de Direito Civil e Penal, Articulista, Parecerista, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado com especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Cidade de São Paulo.

SUMÁRIO

1 - DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL.....	03
2 – DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	06
3 – ELEMENTOS DO CRIME.....	07
4 – RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL.....	12
5 – CONCLUSÃO.....	18
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	19

1 - DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

A Lei nº 12.015, de sete de agosto de 2009 alterou a nomenclatura do Título VI do Código Penal, procedendo a substituição do termo “crimes contra os costumes” por “crimes contra a dignidade sexual”, buscando adaptar a legislação penal as novas tendências oriundas do desenvolvimento das relações interpessoais e ao próprio regramento constitucional.

A nova denominação dirigida a prática de crimes de natureza sexual desprezou os costumes, muito embora eles estejam englobados pelo conceito de dignidade que é amplo, no sentido de afastar a ideia de defesa de como as pessoas deveriam se comportar sexualmente na sociedade, até porque os costumes representavam uma visão antiquada dos hábitos de uma sociedade ultrapassada.

Ao eleger a expressão “crimes contra a dignidade sexual”, o legislador erigiu a categoria de bem jurídico tutelável a dignidade sexual, passando a ter como fundamento desta proteção, a dignidade da pessoa humana e o respeito à vida sexual, compatibilizando, assim, a norma penal aos preceitos constitucionais, que acabou por albergar com isso, a tutela da liberdade e do desenvolvimento sexual de cada indivíduo.

André Estefam² registra que a necessidade de se reformar o Título VI do Código Penal surgiu com a promulgação da atual Constituição Federal, que erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. O autor ainda observa que a sexualidade deve ser pensada dentro do espaço da pessoa humana, sendo descabidos parâmetros éticos e de moralidade pública. Assim, com esta nova denominação, fica claro que se busca garantir, além da dignidade humana, a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual, a salvo de exploração, a intangibilidade ou indenidade sexual, além do pleno e sadio desenvolvimento da personalidade, no que se refere à sexualidade do indivíduo.

Não se olvide que o eixo de proteção deve limitar-se a esta faceta da dignidade humana, sem imiscuir-se na vida sexual individual, pois no entender de Guilherme de Souza Nucci³, citando Nelson Hungria:

O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que

² ESTEFAM, André. *Crimes sexuais: comentários à Lei 12.015/2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16/19.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 641.

porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento sem ofender direito alheio, ainda que para alguns sejam imorais ou inadequados.

Assim, a criminalização destes tipos penais faz-se importante com o fulcro de proteger precipuamente a liberdade sexual do indivíduo, conforme arrazoado de Luiz Flávio Gomes⁴:

Não são os costumes o objeto jurídico da tutela penal. Toda dogmática penal, na atualidade, só concebe a existência de crime sexual que atente contra a liberdade sexual ou contra o normal desenvolvimento da personalidade (em formação) da criança. Fora disso não é admissível a incidência do Direito penal, sob pena de se confundir a moral com o Direito penal, que não serve para corrigir pessoas nem para proteger determinadas concepções morais. Por força do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, não há espaço no Direito penal para a tutela de uma determinada moral ou religião ou partido político ou ideologia etc.

O novo sistema teleológico já exigia um tratamento jurídico adequado a matéria de acordo com as novas perspectivas criminais. Nesse sentido, José Henrique Rodrigues Torres⁵ preleciona:

não se olvide que, desde a promulgação da Constituição de 1988, a dignidade humana já era reconhecida pela sociedade brasileira como um princípio fundamental e norteador de todo o sistema jurídico, político e social do nosso país. E a sexualidade, como atributo da pessoa humana, já deveria ter sido, desde então, submetida à proteção no âmbito da dignidade humana. Além disso, é preciso lembrar, também, que o Brasil, em face de suas normas e princípios constitucionais, submete-se, também, às normas e princípios de Direitos Humanos, ou seja, de um sistema internacional de proteção do ser humano, especialmente dos mais débeis e fragilizados. Assim, cabia ao Brasil adaptar a sua legislação e as suas políticas públicas a esses princípios. Aliás, não se olvide que, na Conferência do Cairo (1994), ficou afirmado o compromisso do sistema de Direitos Humanos com a necessidade do abandono da concepção patriarcal de controle da sexualidade das mulheres.

Assim, a dignidade sexual, como um valor fundamental, passou a ter adequada proteção do sistema legal brasileiro, promovendo a eliminação daqueles dispositivos penais baseados em uma concepção machista e discriminatória da sexualidade.

⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Reforma penal dos crimes sexuais*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050411115926168> Acesso em: 10/06/2012.

⁵ TORRES, José Henrique Rodrigues. *Dignidade sexual e proteção no sistema penal*. Rev. bras. crescimento desenvolv. hum. [online]. 2011, vol.21, n.2, p. 185-188.

José Henrique Rodrigues Torres⁶, afirma que as modificações introduzidas pela recente legislação são insuficientes, ante a enraizada cultura paternalista, que deve ser superada em nome da influência negativa que poderá causar na formação da convicção sobre a veracidade dos fatos relatados pela vítima, assim dispondo:

Como se vê, para a efetiva garantia da sexualidade como um atributo da dignidade humana, especialmente no âmbito do sistema penal, resta ainda o enfrentamento da ideologia patriarcal, que continua sendo um grande obstáculo para a efetivação da desejada e necessária proteção de um valor jurídico que, segundo a Constituição Federal de 1988, bem como de acordo com a principiologia dos Direitos Humanos, tem importância fundamental para a convivência social. Infelizmente, a ideologia patriarcal, no sistema protetivo da dignidade sexual, tem funcionado como o *Porteiro* que, na obra kafkaniana, impedia o acesso à lei, ou seja, à justiça.

A nova terminologia do referido título também observou e conferiu enfoque a figura da criança e do adolescente, já que a fim de compreender e combater melhor o processo de vitimização da criança, indiscutível a intenção do legislador em proteger com afincos esta categoria de vítimas, fazendo refletir uma concepção de infância universal referente aos direitos sexuais infanto-juvenis na norma penal.

Este entendimento foi extraído da Constituição Federal, que estabeleceu o princípio da proteção integral em seu artigo 227, que dispõe que é dever de todos assegurar à criança e ao adolescente seus direitos, inclusive a dignidade.

Luís Augusto Sanzo Brodt⁷, manifesta-se contrariamente a inovação introduzida ao Título IV, afirmando que:

A alusão à "dignidade sexual" parece-nos, entretanto, também indevida. Se não se quer impor um determinado padrão de comportamento sexual, única postura compatível com a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada prevista no art. 5.º, X, da CF/1988, devemos reconhecer que o bem jurídico a reclamar a intervenção penal é a liberdade sexual, ou seja, a autodeterminação em matéria sexual. Pois somente o emprego de coação física, grave ameaça ou abuso da imaturidade ou deficit de desenvolvimento psicológico dos menores ou dos incapazes conduz a prática sexual ao campo dos comportamentos que estão a exigir repressão penal. Ademais, a própria expressão "dignidade da pessoa humana", que estaria a dar suporte à "dignidade sexual", apresenta conteúdo bastante controverso, o que pode acarretar sérios inconvenientes em matéria de segurança jurídica.

⁶ TORRES, José Henrique Rodrigues. Ob. cit.

⁷ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora*. Ciências penais, vol. 13, p. 170, jul / 2010.

2 – DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A Lei nº 12.015/2009 introduziu figura típica ao Código Penal sob o novo *nomen iuris* de estupro de vulnerável, caracterizado como um tipo autônomo, distinto daquele capitulado no artigo 213 do mesmo diploma legal.

Sob o prisma criminal, a vulnerabilidade esta intimamente ligada a ideia de pessoas que não detém aptidão psicológica para compreender o caráter lascivo do ato sexual ou sequer possuem condições mínimas de normalidade psíquica para manifestar livremente seu desejo quanto a prática da relação sexual. Não é a toa que este termo fora empregado, já que tem o significado daquele que se encontra do lado fraco de uma questão ou do ponto por onde alguém pode ser atacado.

No entender de Guilherme de Souza Nucci⁸, a vulnerabilidade contida no artigo 217-A: “*trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir.*”

A intenção do legislador foi extinguir qualquer questão referente a circunstância fática, sobretudo o próprio consentimento da vítima, para análise da caracterização do delito.

Nos tempos em que a prostituição infantil atinge índices alarmantes, é possível entender a importância da inserção de determinados elementos normativos, com o objetivo de facilitar a adequação da norma ao período histórico vigente, devendo-se observar sempre análise justa de seu grau de ofensividade, pois consoante lição de Guilherme de Souza Nucci⁹:

[...] a ofensividade ou lesividade deve estar presente no contexto do tipo penal incriminador, para validá-lo, legitimá-lo, sob pena de se esgotar o Direito Penal em situações inócuas e sem propósito, especialmente quando se contrata a conduta praticada com o tipo de sanção para ela prevista como regra, ou seja, a pena privativa de liberdade.

Reconheceu-se a mudança de comportamento havido nas últimas décadas, principalmente no que se relaciona à sexualidade, de maneira a prestar abrigo ao menor.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral, parte especial*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 829.

⁹ *Ibidem*.

3 – ELEMENTOS DO CRIME

O estupro mediante violência presumida é o crime praticado contra vítima que não possa oferecer resistência, em face do estado físico ou mental da vítima. Em decorrência da pouca idade, a presunção da insuficiência de discernimento ou inaptidão física é absoluta, cujo critério é estritamente biológico. Nesse sentido, dispõe o Código Penal:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 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.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, admitindo-se co-autoria e participação.

O sujeito passivo é a pessoa vulnerável ou a ela equiparada. Nos termos da lei, vulnerável é o menor de 14 anos, presumivelmente incapaz.

A ausência de maturidade sexual ou desenvolvimento mental completo para consentir com a prática do ato sexual é presumida pela tenra idade da vítima. Como observa Guilherme de Souza Nucci¹⁰:

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

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)*. Revista dos Tribunais, vol. 902, p. 395, dez / 2010.

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.

Para Luís Augusto Sanzo Brodt¹¹, a tipificação da conduta não resultará da mera existência dos elementos objetivos do crime, dependendo do emprego de uma hermenêutica que se compatibilize com os mandamentos constitucionais ligados a culpabilidade, assim dispondo:

Entretanto, entendemos que à constatação da vulnerabilidade não bastam a mera comprovação da idade cronológica ou diagnóstico de doença mental. Caso contrário, ficaríamos atrelados a uma interpretação puramente literal da lei. É preciso proceder a uma interpretação sistemática, em homenagem ao princípio constitucional penal da culpabilidade (art. 5.º, LVII, da CF). A exigência da responsabilidade penal subjetiva, requisito imprescindível à observância do princípio da culpabilidade entendido lato sensu, afasta, na hipótese, o emprego manifesto da presunção jure et de jure. Assim, ainda que se pratique conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso de gravidade equivalente com pessoa menor de 14 anos ou doente mental, é possível que não reste caracterizado o crime do art. 217-A.

Ainda no tocante ao sujeito passivo, temos que a lei equipara o enfermo ou o deficiente mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual ou por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência (§ 1º, art. 217-A), a figura do vulnerável.

Maximiliano Roberto Ernesto Fuhrer¹² apresenta definições esclarecedoras para a caracterização dos elementos que integram o tipo:

Enfermidade é qualquer doença mental ou física com efeitos mentais que prive a vítima do discernimento necessário, como são, em princípio, a esquizofrenia, as psicoses em geral, a epilepsia e a demência senil, por exemplo.

Deficiência mental corresponde à oligofrenia (cretinismo, mongolismo, microcefalia, macrocefalia e oligofrenia difenilpiruvínica). O índice de deficiência é normalmente calculado pelo quociente de inteligência (QI) e pela idade mental.

Discernimento é a faculdade de discernir, de apreciar, de escolher. É a opção seguindo algum critério. Quem se relaciona sexualmente com qualquer pessoa não tem critério de escolha, e, portanto não tem

¹¹ BRODT, Luís Augusto Sanzo. Ob. cit..

¹² FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 178.

discernimento. Ao empregar a expressão normativa necessário discernimento evidentemente não quis o legislador deixar o tipo à mercê de preceitos morais ou sociais ou de visões pessoais do julgador acerca da sexualidade. Por isto, é de se concluir que a elementar se refere a alguma escolha da vítima, de acordo com critério diverso do puramente instintivo. A histórica proteção legal do vulnerável, contida tanto no antigo como no novo texto, indicam que o necessário discernimento se liga também ao conhecimento das consequências sociais, morais e físicas que envolvem o relacionamento sexual. Assim, além da escolha com critério, deve o optante ter noção da possibilidade de gravidez, de contrair doenças sexualmente transmissíveis e da provável reprovação social envolvida. A existência, ou não, do necessário discernimento é questão pericial. A incapacidade de oferecer resistência por qualquer outra causa se refere aos casos em que o paciente está por qualquer outra razão efetivamente tolhido na sua capacidade de entender e de se portar, como ocorre, por exemplo, na intoxicação por álcool ou outras drogas, no estado de coma, no hipnotismo, durante o sono e nas demais situações de fragilidade física ou mental, por doença ou por idade. Apura-se por perícia a capacidade de resistência.

O agente deve ser totalmente desprovido da capacidade de entendimento quanto a prática do ato sexual, uma vez que presente certo discernimento, o delito se desconfigurará. Na lição de Rogério Greco¹³:

É importante ressaltar que não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido. O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

O elemento subjetivo é o dolo específico, o que exige obrigatoriamente uma finalidade libidinoso, com o objetivo de atender o apetite sexual. O agente deve ter plena consciência sobre a condição da vítima. A lei deixou de considerar como elemento normativo do tipo penal a chamada presunção de violência ou grave ameaça, bastando para a realização desta nova infração penal, que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. De acordo com Guilherme de Souza Nucci¹⁴:

A fim de se desfazer tal equívoco, e, em respeito aos princípios constitucionais da intervenção mínima do direito penal, da ofensividade, do contraditório e da presunção de inocência, é que a

¹³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010, v. III. p. 516.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *O crime de estupro* Ob. cit.

vulnerabilidade, merecedora de tutela penal, deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual.

Muito embora o legislador tenha conferido caráter absoluto no que tange a presunção de violência, não se pode deixar de considerar a possível ocorrência do erro de tipo, o que afastaria o elemento subjetivo de maneira a tornar a conduta atípica. Na lição de Guilherme de Souza Nucci¹⁵:

o autor do crime precisa ter ciência de que a relação sexual se dá com pessoa em qualquer das situações descritas no art. 217-A. Se tal não se der ocorre erro de tipo, afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição, visto inexistir a forma culposa.

Enquadram-se nesta hipótese os fatos em que o agente, por erro inescusável e invencível, entende que sua companheira possui idade superior a que aparenta, ou por erro determinado pela própria ofendida ao oferecer dados pessoais inverídicos ao agente, como mentir a idade, oferecer informações alteradas de seu nascimento. Diversos doutrinadores partilham da mesma opinião, dentre eles E. Magalhães Noronha¹⁶, que lecionando, afirma que *"se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de 14 anos, não ocorre a presunção"*.

O elemento objetivo se caracteriza pela prática de conjunção carnal ou ato libidinoso. Maximiliano Roberto Ernesto Fuhrer¹⁷ nos traz as seguintes conceituações:

Conjunção carnal refere-se a introdução do pênis na vagina. A intromissão pode ser completa ou incompleta, pouco importa. Também é irrelevante que ocorra ou não a ejaculação. O coito chamado preambular ou vulvar não é conjunção carnal, mas constitui ato libidinoso diverso. O mesmo ocorre com a introdução do pênis na vagina construída cirurgicamente, em corpo masculino.

Ato libidinoso é toda manifestação física que tem por objetivo satisfazer a lascívia (coito oral, anal, vulvar, *inter femura*, introdução de dedos ou objetos na vagina, no anus, contato das mãos com o corpo, lambidas etc.). É fundamental que exista efetivo contato corporal com a vítima, sem o que, não há falar em estupro.

A consumação do estupro ocorre com a prática imediata de qualquer ato libidinoso, ainda que seja preparatório para a conjunção carnal.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentário à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, p. 38.

¹⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 3, p. 225/226.

¹⁷ FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. Ob. cit.. p. 177.

O estupro de vulnerável é crime hediondo, nos termos do artigo 1º, VI, da Lei nº 8.072/90, devendo o cumprimento da pena se dar em regime prisional inicialmente fechado.

4 – RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL

A sistemática pretérita relativa aos crimes sexuais atentados contra menores de quatorze anos, adotava um critério calcado na presunção de violência ou grave ameaça, mesmo sem presença destes dois últimos elementos, por considerar a incapacidade de discernimento dessas vítimas para consentir com a prática do ato sexual.

No campo doutrinário e jurisprudencial foi travada uma forte discussão acerca do caráter absoluto dessa presunção, girando a controvérsia acerca da possibilidade de se excetuar à regra geral, diante de casos em que a vítima demonstrasse conhecimento e experiência em relação a prática sexual.

Na doutrina, prevaleceu o entendimento majoritário pela natureza relativa da presunção, contrariamente ao entendimento dos tribunais que firmaram posição no sentido de que a presunção de violência era absoluta.

Muito embora com a edição da Lei nº 12.015/09, o direito tenha se modificado, apresentando uma nova realidade para os crimes dessa natureza, o questionamento continua pertinente, na medida em que a categoria jurídica já conhecida no âmbito penal, agora passou a ser denominada presunção de vulnerabilidade, considerando o menor de quatorze anos hipossuficiente, frágil, incapaz de consentir validamente para a realização de qualquer ato sexual.

Constata-se a adoção de um critério puramente biológico, sem qualquer justificativa plausível capaz de oferecer suporte a este elemento. Nesse ponto, Guilherme de Souza Nucci¹⁸, aponta as impropriedades da lei:

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. Cremos que o legislador, ao editar o dispositivo em análise, afastou-se novamente da realidade social, vez que ignorou não só a precocidade das crianças e adolescentes, como persistiu em utilizar um critério etário para definir

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *O crime de estupro* Ob. cit.

aqueles que em hipótese alguma podem manter relações sexuais. Por tais razões é que defendemos a relativização de sua vulnerabilidade.

Importante salientar que a norma penal se apresenta incompatível com a própria legislação que rege os direitos e garantias da criança e do adolescente. Assim aponta Guilherme de Souza Nucci¹⁹, citando inclusive posicionamento de outra doutrinadora a respeito do assunto:

Não se pode olvidar, ademais, que a atual Lei, tal como a anterior, mostra-se em total dissonância do que prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo equivocadamente a idade de 14 anos para a iniciação sexual. Discorrendo sobre o tema, Klelia Canabrava Aleixo acentua que, embora a Lei 12.015/2009 tenha substituído a questão da moralidade pela tutela da dignidade e da liberdade sexual, o legislador continuou adotando uma postura proibitiva e moralista sobre a sexualidade infanto-juvenil, partindo da consideração de que o exercício da sexualidade pelos menores de 14 anos é irregular, desviante e deve ser objeto de proibição. A autora alude aos estudos de Matta e Correia, que, partindo do cotidiano da 12.^a Promotoria Criminal de Fortaleza, verificaram que parte dos inquéritos lá existentes tinha como objetivo restringir a liberdade sexual de menores por escaparem ao modelo culturalmente aceito, por envolverem homossexualidade ou diferenças atinentes à classe, raça ou religião do parceiro. E conclui a autora: "pensar a Proteção Integral afirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente implica no reconhecimento de que crianças e adolescentes estão em condição peculiar de desenvolvimento, o que não as reduz à condição de objeto de intervenção. Assinalar a questão da responsabilidade no seio do direito à sexualidade não significa adotar uma perspectiva repressiva, calcada em juízos de natureza moral ou na sua negação, contrario sensu, implica em disponibilizar o acompanhamento e a orientação".

Considerando esse aspecto, João Daniel Rassi²⁰ propõe a adoção de uma presunção fracionada, de modo a conferir valor irrestrito a vulnerabilidade do menor de doze anos, por haver uma integração total com as normas de natureza civil protetivas da criança e do adolescente e a relativização dessa conjectura referente ao menor compreendido entre a idade de doze e quatorze, assim dispondo:

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.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro Ob. cit.

²⁰ RASSI, João Daniel. *A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 92, p. 61, Set / 2011.

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-á 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.

Nesse campo da presunção, Santiago Fernando do Nascimento²¹ descreve a necessidade da prática delituosa ser apoiada em uma conduta real e efetiva, devendo-se afastar pretensas ilações:

Ressalte-se que, em matéria de sexualidade, a intervenção do Estado deve cingir-se à exclusiva criminalização das relações obtidas mediante o constrangimento real e efetivo, não podendo haver lugar para a presunção, pois presunções não passam de ficções, com as quais é, no mínimo, difícil de trabalhar, notadamente em matéria penal, onde sempre estão em jogo a liberdade e a dignidade da pessoa. Veja-se que estes últimos elementos são alçados como princípios de ordem constitucional, não podendo, por óbvio, o legislador infraconstitucional afrontar estes princípios com uma ficção puramente legal. Para Karam, "uma norma que presuma uma violência, ainda quando o ato é absolutamente consentido pela dita "ofendida", acaba por servir como um instrumento estatal para tolher a liberdade de escolha deste menor no que concerne a sua própria vida, inibindo a sexualidade daqueles que supostamente se diz querer proteger". Há de se tomar o cuidado de não tornar os mecanismos penais de tutela de determinados grupos de pessoas consideradas mais frágeis, como instrumentos de inferiorização destes grupos, por supostas reduções de capacidade física, psíquica ou cultural de seus integrantes.

Muito embora a lei presuma, *iuris et de iure*, que pessoas menores de quatorze anos não têm discernimento para a prática de atos sexuais, plenamente possível o

²¹ NASCIMENTO, Santiago Fernando do. *Análise crítica da presunção de violência nos crimes sexuais*. Revista dos Tribunais, vol. 880, p. 394, fev / 2009.

afastamento desta presunção mediante a produção de prova inequívoca de que a vítima possui experiência no campo sexual e apresenta comportamento incompatível com a regra de proteção jurídica pré-constituída. Admitir o contrário seria contemplar a imputação por responsabilidade objetiva, contrariando o Direito Penal moderno que consagra a responsabilidade subjetiva, em que o dolo e a culpa devem ser provados. Mesmo antes da nova legislação Luiz Regis Prado²² apontava que "não se deve aceitar a presunção de violência como fonte de certeza criminal, pois, o mesmo pode promover o desprezo pela prova e não revelar a sua verdadeira natureza."

O Superior Tribunal de Justiça já emprestou interpretação a dispositivo do Código Penal, reconhecendo a aplicação plena da responsabilidade subjetiva:

EMENTA: RESP - PENAL - ESTUPRO - PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. O direito penal moderno é direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se a conduta delituosa. Conduta e fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O direito penal da culpa é inconciliável com presunções de fato, que se recrudescem a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem, corolário do imperativo da justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e princípio da personalidade (sentido atual da doutrina) a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. (Sexta Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Resp 46.424, D.J.U. 08.08.1994).

Ao conferir caráter absoluto ao conceito de vulnerabilidade, estar-se-á obstaculizando a produção de prova em contrário, já que o simples fato de manter relação sexual com menor de quatorze anos irá gerar uma presunção de culpabilidade, circunstância essa que viola diretamente os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e da presunção da inocência.

Outro aspecto importante apontado por Francisco Dirceu Barros²³ é que a vulnerabilidade absoluta acarreta problemas ligados a família, citando o atentado contra o princípio da paternidade responsável e contra o princípio da harmonia familiar, assim descrevendo:

²² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. 4 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.3.

²³ BARROS, Francisco Dirceu. *Vulnerabilidade nos Novos Delitos Sexuais*. Carta Forense, 02 de março de 2010.

Imagine que uma mulher com 13 anos esteja grávida e o pai negue a paternidade. Você acha que o suposto pai vai querer fazer o exame de DNA para depois ser condenado em uma pena que varia entre 8 a 15 anos de reclusão? Difícil imaginar que em tal situação o suposto pai assumiria a sua responsabilidade. Daí nasce à fundamentação para que a maioria da doutrina considere que a "presunção de vulnerabilidade" seja relativizada, admita prova em contrário e seja aplicada em cada caso concreto.

Nessa conjuntura, João Daniel Rassi²⁴ propõe um estudo sob a ótica da responsabilidade da vítima, uma vez que determinadas pessoa contribuem para a lesão do bem jurídico de que são titulares, podendo a elas serem atribuídas uma corresponsabilidade, dependente da existência de um consentimento válido e consciente, que pode acabar por excluir a própria tipicidade do fato, como acentua:

Não obstante as novas perspectivas de política criminal em relação à vítima, nos delitos sexuais seu protagonismo reveste da própria essência desta categoria de delitos, uma vez que é a partir de sua manifestação de vontade que se poderá identificar a prática do crime. Nos crimes sexuais, portanto, o dissenso da vítima é a base da construção de todo injusto típico. Seu consentimento, por outro lado, quando exercido dentro das condições de validade e sem qualquer vício, produz a exclusão típica. Cabe indagar, portanto, em quais circunstâncias o consentimento da vítima poderá ser considerado válido a ponto de afastar consequências penais, ainda que seja verificada a existência de elementos do tipo. Para que o consentimento seja válido, em primeiro lugar, deve ser manifestado por aquele que consente com o ato sexual, de forma que seja possível de ser apreendido. A exteriorização da vontade, desta forma, é fundamental na avaliação do consentimento, uma vez que deve ser inequívoca, capaz de afastar o elemento "violência ou grave ameaça" presente nos tipos penais referentes a estes delitos. Esta exigência, conforme Roxin justifica-se pela impossibilidade probatória das vontades internas (tanto do agente quanto da vítima) para a configuração do tipo penal. Outro fator muito relevante para a análise dos delitos sexuais é a capacidade de compreensão da vítima. Sendo assim, deve também o consentiente ser capaz de compreender o ato sexual, uma vez que o consentimento deve ser sempre visto como expressão da liberdade de ação em geral, sendo eficaz somente quando houver entendimento suficiente do sentido e das consequências de sua expressão. Finalmente, havendo capacidade de compreensão e sendo o consentimento exteriorizado de modo a ser apreendido, sua validade depende da inexistência de qualquer vício.

Não se pode desprezar, que na atual realidade social, o menor vem amadurecendo precocemente nas coisas do sexo, possuindo cada vez mais cedo uma vida sexual ativa, praticando com normalidade atos dessa natureza de forma plenamente

²⁴ RASSI, João Daniel. Ob. cit.

consentida. Nessas situações, ainda que reprovável a conduta daquele que adere a vontade do menor e com ele pratique ato sexual, não se mostra proporcional a aplicação de sanção tão gravosa, tendo em vista a perda do estado de inocência, ingenuidade, ou seja, o próprio estado de vulnerabilidade, que é o fundamento ético-jurídico para a proteção integral dessa categoria de pessoas. Maria Lúcia Karam²⁵ discorre a respeito:

Embora possa não ser recomendável, sendo, porém, espontâneo e consentido, o relacionamento sexual com adolescentes, ainda que contando com menos de 14 anos, ainda que muito mais velhos seus parceiros, não pode ser objeto de repressão penal, notadamente em um momento histórico em que (...) o conceito de liberdade, neste campo da sexualidade, passou por verdadeira revolução, discrepando-se de tal forma daquele de outrora, que só seria comparado ao antigamente dava a noção de libertinagem.

Dessa forma, a condição de vulnerabilidade deverá ser avaliada casuisticamente, dependendo da conjugação de elementos que subsidiem e sejam capazes de ofertar elementos comprobatórios desse próprio estado, afastando suposições fictícias amparadas numa interpretação simplória, baseada unicamente no significado da letra da lei. Consoante ensinamento de Guilherme de Souza Nucci²⁶:

Caso se aplique ao art. 217-A uma interpretação meramente literal, poder-se-á chegar à absurda hipótese de se considerar como autor do crime de estupro um indivíduo de 18 anos que queira, por meio de casamento, constituir família com a menor de 14 anos que engravidou, ainda que haja o livre consentimento desta. Não se pode esquecer que o Código Civil, no art. 1.520, permite expressamente o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, em caso de gravidez. Nessa linha, em cumprimento aos princípios norteadores do direito penal, não basta a comprovação da idade para a tipificação do crime de estupro de vulnerável, uma vez que o critério etário não é absoluto. A melhor solução reside na aferição casuística do grau de maturidade sexual e desenvolvimento mental do suposto ofendido, para definir se é ou não vulnerável, aplicando-se a lei de maneira mais justa ao caso concreto. Em última análise, consoante a relativização da vulnerabilidade, expressamente conferida aos deficientes mentais e enfermos - conforme discorreremos a seguir - entendemos que, por interpretação extensiva, deve-se garantir igual tratamento aos menores de 14 anos, reputando-se como vulneráveis apenas aqueles que efetivamente não possuem o necessário discernimento para a prática sexual.

²⁵ KARAM, Maria Lúcia. *Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, ano 1, n. 2. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *O crime de estupro Ob. cit.*

5 – CONCLUSÃO

As considerações finais procuram sintetizar as conclusões da pesquisa realizada, cujo aprofundamento necessário restou limitado pelas restrições metodológicas presentes em toda investigação em grau dissertativo, mantendo, porém, aberta a reflexão para futuro detalhamento, em sede própria. Neste sentido, conclui-se:

1 - Procederam modificação legislativa na parte do Código Penal que trata dos crimes contra a liberdade sexual, substituindo seu título para a denominação de crimes contra a dignidade sexual, em um verdadeiro prestígio ao princípio da dignidade humana.

2 - A alteração da lei apresentou como foco a adoção de medidas protetivas em favor da criança e do adolescente, estabelecendo novos paradigmas em observância ao princípio da proteção integral, consagrado na Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente.

3 - Houve a introdução de figura típica ao Código Penal sob o novo *nomen iuris* de estupro de vulnerável, caracterizado como um tipo autônomo, distinto daquele capitulado no artigo 213 do mesmo diploma legal.

4 - Com essa nova modalidade delitiva, criou-se uma espécie de presunção, denominada presunção de vulnerabilidade, desconsiderando a capacidade volitiva do menor de 14 anos, tratando-o como inimputável em matéria sexual.

5 - O legislador se preocupou em abandonar as circunstâncias fáticas, adotando como elementos caracterizadores do crime a simples comprovação da materialidade do ato sexual, baseando-se na necessidade de proteção ao menor, incapaz de autodeterminar-se, desprezando a busca e compreensão da verdade real no tocante ao comportamento da pretensa vítima.

6 - Conferir caráter absoluto ao elemento vulnerabilidade fere diretamente os princípios do contraditório, ampla defesa e presunção de inocência, além de consagrar a responsabilidade objetiva, fatos que distanciam do fundamento do próprio Direito Penal atual que tem como base a culpabilidade, sendo inaceitável aplicação de sanção sem considerar este elemento do fato típico.

7 - Muito embora se reconheça que o jovem esteja num processo de formação biológica, moral e psicológica, a melhor solução reside na aferição casuística do grau de maturidade sexual e desenvolvimento mental do suposto ofendido, para definir se é ou não vulnerável, aplicando-se a lei de maneira mais justa ao caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Francisco Dirceu. *Vulnerabilidade nos Novos Delitos Sexuais*. Carta Forense, 02 de março de 2010.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora*. Ciências penais, vol. 13, p. 170, jul / 2010.

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

FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Reforma penal dos crimes sexuais*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050411115926168> Acesso em: 10/06/2012.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010, v. III.

KARAM, Maria Lúcia. *Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente*. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, ano 1, n. 2. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996.

NASCIMENTO, Santiago Fernando do. *Análise crítica da presunção de violência nos crimes sexuais*. *Revista dos Tribunais*, vol. 880, p. 394, fev / 2009.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 3.

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

_____. *Manual de direito penal: parte geral, parte especial*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)*. Revista dos Tribunais, vol. 902, p. 395, dez / 2010.

_____. *Crimes contra a dignidade sexual: comentário à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*.

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

RASSI, João Daniel. *A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 92, p. 61, Set / 2011.

TORRES, José Henrique Rodrigues. *Dignidade sexual e proteção no sistema penal*. Rev. bras. crescimento desenvolv. hum. [online]. 2011, vol.21, n.2, p. 185-188.