

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

THAYNÁ SANTANA DE ANDRADE

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE SOBRE A VULNERABILIDADE
DOS ADOLESCENTES ENTRE 12 E 14 ANOS**

**ARACAJU
2017**

THAYNÁ SANTANA DE ANDRADE

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE SOBRE A VULNERABILIDADE DOS
ADOLESCENTES ENTRE 12 E 14 ANOS**

Monografia apresentada a Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE, como um dos pré-requisitos para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Ermelino Costa Cerqueira

**ARACAJU
2017**

A553e ANDRADE, Thayná Santana de.

Estupro de Vulnerável: uma análise sobre a vulnerabilidade dos adolescentes entre 12 e 14 anos / Thayná Santana de Andrade. Aracaju, 2017. 54f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito

Orientador: Prof. Esp. Ermelino Costa Cerqueira

1. Estupro de Vulnerável 2. Vulnerabilidade 3. Vida Sexual
I. TÍTULO.

CDU 343.541(813.7)

THAYNÁ SANTANA DE ANDRADE

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE SOBRE A VULNERABILIDADE
DOS ADOLESCENTES ENTRE 12 E 14 ANOS**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE.

Aprovada em 07/12/2017

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Ermelino Costa Cerqueira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE

Prof. Esp. Fábio Brito Fraga
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE

Prof. Esp. Ivis Melo de Souza
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE

À minha mãe, minha primeira mestra, inspiradora do meu caráter.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, por ter me concedido energia para a realização desta pesquisa, e por mais uma vitória, sem a Tua ajuda jamais teria alcançado.

A todos os professores do curso de Direito, com os quais tenho respeito e admiração.

Ao Professor Ermelino Cerqueira, que com sua grande dedicação, paciência e sabedoria, proporcionou a orientação neste trabalho.

A minha grande amiga Vanessa Sandrine, que sempre estava pronta para me auxiliar no que eu desejasse.

Aos grandes colegas que durante esse 5 anos compartilhou diversos momentos. Obrigada, a vocês Janaína, Géssica, Wesley, Edvânio e Euler a minha gratidão.

O campo de derrota não está povoado de fracassos, mas de homens que tombaram antes de vencer. (Abraham Lincoln).

RESUMO

Esta monografia visa esclarecer sobre a vulnerabilidade relativa do adolescente entre os 12 e 14 anos de idade no crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro. Demonstrará as consequências e prejuízos oferecidos pela presunção absoluta da vulnerabilidade, que nega o direito do contraditório e ampla defesa, declarando dessa forma alguém culpado através de critérios simplesmente objetivos. Faz uma análise sobre o desenvolvimento biológico, moral e psicológico do menor nos dias atuais, concomitantemente pelo amplo acesso à informação, em especial, à internet, mostrando as constantes mudanças da sociedade, principalmente no que diz respeito aos adolescentes, que estão se adiantando na vida sexual. Por fim, busca resolver o conflito que o legislador faz entre o entendimento, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Penal Brasileiro, sobre os atos do adolescente, que pode ser responsabilizado pela prática de atos infracionais, mas não pode ter a voz ativa para decidir sobre sua vida sexual.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Relativa. Vulnerabilidade. Vida sexual.

ABSTRACT

This paper aims to clarify the relative vulnerability of the adolescents between 12 and 14 years of age in the crime of rape of vulnerable under article 217-A of the Brazilian Penal Code. It will demonstrate the consequences and losses offered by the absolute presumption of vulnerability, which denies the right of the adversary and ample defense, declaring in this way, someone guilty by means of simply objective criteria. It analyzes the biological, moral and psychological development of the child in the present day, concomitantly by the wide access to information, especially the internet, showing the constant changes of society, especially with regard to adolescents, who are advancing in the sex life. Finally, to resolve the conflict that the legislator makes between the understanding in light of the Statute of the Child and the Adolescent and the Brazilian Penal Code on the acts of the adolescent, who can be held responsible for the practice of infractions, but can not have the active voice to decide on their sex life.

Keywords: Rape of vulnerable. Relative. Vulnerability. Sex life.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	ESTUPRO DE VULNERÁVEL	12
2.1	Conceito	12
2.2	Elementos Objetivos e Subjetivos do Tipo e os Sujeitos do delito.....	14
2.3	Erro de Tipo e Ação Penal do Delito	17
3	PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA	20
3.1	Vulnerabilidade Absoluta x Vulnerabilidade Relativa.....	27
4	CONSENTIMENTO VÁLIDO	33
4.1	Desenvolvimento dos Adolescentes.....	37
5	ENTENDIMENTO PREVALECENTE	44
6	CONCLUSÃO.....	46
	REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia contempla a contextualização acerca do crime de Estupro de Vulnerável, positivado pelo Código Penal Brasileiro no artigo 217-A, sendo inserido pela Lei 12.015/09, alterando o antigo artigo 224 do mesmo código conceituado como “violência presumida”.

O primeiro capítulo traz o conceito do delito sendo caracterizado pela conjunção carnal ou a prática de qualquer ato libidinoso com menores de 14 anos, como também, com pessoas com enfermidade ou deficiência mental que não tenha qualquer discernimento ou qualquer resistência para a prática de relações sexuais, desde que o autor tenha conhecimento dessas circunstâncias.

Em seguida, no segundo capítulo, intitulado “Estupro de Vulnerável”, apresenta o conceito da vulnerabilidade, identificando quais são os sujeitos vulneráveis que estão elencados na norma do Código Penal, como também, explicando quais são os elementos subjetivos e objetivos do tipo. Além disso, ressalta como pode ocorrer o erro do tipo e a ação penal apropriada para o delito.

No terceiro capítulo, com o título “Violência Presumida”, explica-se que antes da Lei nº 12.015/09 o antigo art. 224 do Código Penal já ocasionava uma discussão sobre o caráter absoluto ou relativo da presunção da violência, ou seja, se caberia ou não a produção de provas em sentido contrário. Além disso, discute a violação de princípios constitucionais e penais, através do entendimento “legal” que a norma estabelece (caráter absoluto).

Ainda no terceiro capítulo, são postas algumas considerações a respeito da vulnerabilidade absoluta (responsabilidade objetiva) e a vulnerabilidade relativa (analisando o caso concreto).

Existem diplomas normativos e orientações doutrinárias que trazem a baila a discussão a respeito da (in)vulnerabilidade do adolescente entre 12 e 14 anos de idade, pois, para o legislador, eles não possuem qualquer discernimento e nem capacidade para aquiescer com a prática de relações sexuais.

Entretanto, considerar de forma absoluta a vulnerabilidade do menor, poderá gerar graves consequências para a vida do acusado, sendo imputado por um crime que não cometeu, mesmo que tenha sido consentido pelo adolescente.

No quarto capítulo, intitulado “Consentimento Válido”, destaca-se o dissenso da vítima em relação ao ato sexual para suas condições de validade e, desta

maneira, excluir a tipificação, apresentando os requisitos para tal validação. Ainda no mesmo capítulo é tratado o desenvolvimento – psíquico e físico - dos adolescentes nos dias de hoje, revelando decisões de alguns Tribunais que consideraram a anuência do menor (em relação aos adolescentes) na prática do ato sexual para fundamentar a absolvição dos acusados, como por exemplo, a polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal, relatada pelo Ministro Marco Aurélio em 1996.

De acordo com o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) os adolescentes que praticam atos infracionais são responsabilizados com medidas socioeducativas, assim, para o legislador, essas pessoas tem conhecimento da prática dos atos que cometem.

É nesse ponto que ocorre o conflito entre o Código Penal Brasileiro e o Estatuto da Criança e do Adolescente, pois quem tem discernimento para a prática de atos infracionais e que são responsabilizados por tais atos pode perfeitamente ter discernimento e capacidade para a prática de relações sexuais.

Dessa forma, porque defender a vulnerabilidade absoluta do crime de estupro de vulnerável em relação aos adolescentes que tenham entre 12 e 14 anos de idade?

Para esclarecer esse problema foram criadas perguntas que norteiam o tema, como: quais as características do crime de estupro de vulnerável? O que a psicologia fala sobre o desenvolvimento sexual e o amadurecimento fisiológico dos adolescentes nos dias de hoje? De que forma a tecnologia influencia os assuntos de cunho sexual na vida dos adolescentes?

Esta pesquisa propôs-se a responder estes questionamentos, demonstrando que o adolescente entre 12 e 14 anos pode ter voz ativa sobre suas escolhas atinentes à vida sexual, manifestando o consentimento válido para a prática do ato sexual, cabendo às autoridades aplicarem o delito de forma racional e mais justa.

Quanto à metodologia da pesquisa, o estudo foi desenvolvido com base no método dedutivo, com o intuito de conhecer os fatos e fenômenos relacionados ao crime de estupro de vulnerável. Para tanto, recorreu-se à pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, a qual possibilitou compreender a vulnerabilidade dos adolescentes entre 12 e 14 anos.

O desenvolvimento da pesquisa contribuiu a uma reflexão acerca do crime de estupro de vulnerável, pois é um tema que vem sendo alvo de muitas críticas desde que foi criado, principalmente no tocante ao conceito da vulnerabilidade em

relação aos adolescentes que o próprio delito abrange, visando interpretar uma tentativa de descaracterização do crime se houver o consentimento do menor – entre 12 e 14 anos de idade -, defendendo a ideia de que a vulnerabilidade, nesse caso, é relativa.

À guisa de conclusão, sintetizou-se todo o exposto, trazendo à baila respostas para as questões levantadas na gestão desta pesquisa.

2 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

2.1 Conceito

O estupro de vulnerável, explica Gilabert (2014, p. 60) está dentro do Título “Crimes Contra a Dignidade Sexual”, elencado no artigo 217- A do Código Penal Brasileiro que, anteriormente à Lei nº 12.015/09, era previsto no art. 224, conceituado como “violência presumida”. O artigo define que o delito é caracterizado pela conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos, como também, com pessoa com enfermidade ou deficiência mental, que não tem discernimento para o ato ou com pessoa que não ofereça resistência, mesmo que não seja mediante violência física ou grave ameaça.

Martelleto (2011, não paginado) diz que o Estado procurou dar uma resposta a nefasta prática de ofensas sexuais contra crianças e adolescentes, que acometem, sobretudo, aquelas regiões do País com os menores índices de IDH – Índice de Desenvolvimento Humano. O legislador pátrio acabou por criar o artigo 217-A do Código Penal, através do Projeto de Lei nº 253, de 2004, do Senado Federal, que foi sancionado e convertido na Lei nº 12.015/09, com o objetivo de combater a violência e a exploração sexual contra as crianças e os adolescentes, especialmente a prática sexual com menor de 14 anos de idade, mesmo se livremente consentida por ele.

O crime de estupro de vulnerável difere, então, do estupro comum elencado no artigo 213 do Código Penal que, segundo Martins (2011, p. 31), ocorre contra pessoas capazes, ou seja, que tenham atingindo a maioridade civil. A consumação do crime só acontecerá se o estuprador, ao praticar, tenha agido com *violência ou grave ameaça* contra a vítima.

Martins (2011, p. 32) conclui ainda que, a expressão “violência ou grave ameaça” passou a ser circunstância elementar do tipo penal sob comentário (art. 213 – estupro comum), tudo em razão do antigo artigo 224 do Código Penal. Desse modo, o crime só se consuma com a presença de pelo menos um dessas elementares (violência ou grave ameaça).

A partir disso, perante o artigo 217-A do Código Penal, Giorgis apresenta que:

Denomina-se *pessoas vulneráveis*, então, os seres de relativa ou absoluta incapacidade de proteger seus proveitos ou que não tenha

poder, inteligência, educação, recursos, forças ou outros atributos necessários a garantir suas conveniências. (GIORGIS, 2010, p. 31).

Martins (2011, p. 30) explana que a palavra *vulnerabilidade* deriva da palavra latina *vulnus (eris)* que significa “ferida”, sendo posteriormente definida como suscetibilidade de ser ferido.

Diante do referido artigo 217- A, Gilabert (2014, p. 61) deixa claro que o conceito de vulnerabilidade não é fixo no nosso sistema, dependendo do tipo penal a ser apreciado. No crime de estupro de vulnerável, por exemplo, o conceito recai sobre a vítima menor de quatorze anos, portadora de enfermidade ou deficiência mental que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que até mesmo, por outra causa, não pode oferecer resistência.

Para Rassi (2011, p. 69-70) são vulneráveis as pessoas que merecem maior proteção, porque estão em uma situação de fragilidade, ensejando diversos efeitos penais em certas condutas praticadas contra ela. Sobre outro aspecto, a Lei nº 12.015/09 optou por utilizar a palavra “vulnerabilidade” para se referir a doutrina estrangeira, que em algumas situações denomina *abuso sexual* nos casos em que a vítima não consentiu.

Sendo assim, Rassi (2011, p. 70) ainda explana que, é a especial vulnerabilidade da vítima, a ser avaliada no caso concreto, que permite inserir a legitimidade de tal proteção pessoal, mesmo em que aquela, ainda que capaz, apresente alguma fragilidade pessoal, se expondo facilmente à ação de pessoas que se aproveitam dessa situação para auferir vantagens.

Martins (2011, p. 34) ainda explica que não fica a margem desse tipo penal as vítimas ligadas a prostituição infantil ou infanto-juvenil, um meio que crianças e adolescentes usam para conseguirem dinheiro fácil.

Ainda sobre esse tema, Martinelli (2011, p. 16) ressalta que o conceito de vulnerabilidade vai além do direito. Vulneráveis são os sujeitos que podem ser atacados ou ofendidos, “são pessoas que por condições sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais e de saúde têm as diferenças, estabelecidas entre elas e a sociedade que os envolvem, transformando em desigualdade”.

Assim, Martinelli (2011, p. 23) ainda explica:

Vulneráveis, portanto, não possuem consentimento válido para situações de provável prejuízo, nas quais sua vulnerabilidade é relevante. Uma pessoa faminta e não possui dinheiro para se alimentar, provavelmente consentirá, contra sua vontade real, para se submeter a uma situação humilhante. Quem é vulnerável encontra-se em conflito da sua vontade real contra a vontade manifestada no caso concreto, por questão de necessidade e não por consciência.

A violação a liberdade sexual, conclui Martinelli (2011, p. 23), pode se dar pela falta de capacidade para decidir ou consentir ou por alguma outra fragilidade da vítima, capaz de comprometer o seu consentimento.

2.2 Elementos Objetivos e Subjetivos do Tipo e os Sujeitos do Delito

Segundo Gilaberte (2014, p. 69) o elemento objetivo se caracteriza em “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos”. O verbo “ter” significa conquistar, atrair, possuir, eliminando a carga coativa que existe no estupro “genérico”. Não que não possa ser praticado mediante grave ameaça ou violência, mas o estupro de vulnerável trata o crime de forma livre, admitindo inclusive que seja integrado por um eventual constrangimento usado na conquista para a prática sexual.

Já o segundo núcleo do tipo corresponde ao verbo “praticar” que significa realizar, executar, fazer. Vale lembrar que a conjunção carnal se define pela introdução do pênis na vagina e ato libidinoso é qualquer ato que contenha conteúdo sexual (destaca-se que um simples beijo pode não se caracterizar como ato libidinoso).

Conjunção carnal, ainda explica Gilaberte (2014, p. 69), é a introdução do pênis na cavidade vaginal. E, em relação ao ato libidinoso, é qualquer outro ato de cunho sexual que recaia sobre o corpo da vítima, sendo que não precisa ter o contato físico (como nos casos em que o agente se contenta a contemplar a vítima nua, e depois a obriga a introduzir certos objetos na cavidade vaginal). Devendo ser respeitada a proporcionalidade da norma no que tange a atos de reduzida reprovabilidade como beliscões nas nádegas ou beijos destituídos de cunho sexual.

Por outro lado, como elemento subjetivo, Gilaberte (2014, p. 72) explica que o delito exige um especial fim de agir, qual seja a satisfação da lascívia pelo sujeito

ativo do delito. Ainda que o agente não seja movido pelo instinto sexual, mas sim por um desejo sádico ou vingativo. Ou seja, tem que haver o dolo.

O sujeito ativo é a pessoa que pratica o delito, podendo ser tanto homem quanto mulher. Cunha (2017, p. 496), completa:

Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, a pena será majorada de metade (art. 226, II).

Além da majorante relatada na citação acima, com o advento da Lei 12.015/09, Leal e Leal (2009, p. 36) dizem que, o legislador inovou, aplicando assim, mais duas majorantes: a pena será aumentada “de metade, se do crime resultar gravidez” e “de um sexto, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador” (artigo 234-A, III e IV do Código Penal, respectivamente).

Diante disso, Leal e Leal (2009, p. 36-37) explanam que, quando a ação estupradora causar gravidez, atinge profundamente a dignidade sexual da ofendida, pois provoca um grande trauma psicológico na vítima, mesmo que ela possa abortar de forma legal. No caso da transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, se for desconhecido para o agente estuprador, a presença de dolo fica comprometida, podendo alegar erro de tipo. Mas se o agente tem a intenção de transmitir a doença, ele irá incorrer em concurso formal impróprio com o crime de lesão corporal seguida de morte ou de homicídio.

Já os sujeitos passivos são definidos como os menores de quatorze anos (*caput*), enfermos ou deficientes mentais ou pessoas que não ofereçam resistência (formas qualificadas do artigo).

No caso das pessoas que não podem oferecer resistência, Gilaberte (2014, p.71) exemplifica:

Aqui são vários exemplos: a mulher em estado comatoso que é submetida a conjunção carnal por enfermeiro que ingressa sorrateiramente em seu quarto; a manutenção de ato libidinoso com vítima em estado absoluta embriaguez, por força do uso de álcool ou qualquer outra substância; a submissão de pessoa portadora de paraplegia completa a atos sexuais, sem que essa possa oferecer resistência; o sono profundo que faz com que a pessoa adormecida demore a perceber ser ela molestada pelo agente; os toques genitais pelo médico em vítima anestesiada, etc. Importa esteja a vítima

totalmente impedida de combater o impulso sexual do autor, de modo que, na embriaguez incompleta, por exemplo, não há de se falar de estupro de vulnerável. (GILABERTE, 2014, p. 71).

No caso dos menores de 14 anos, Leal e Leal (2009, p. 30) ressalta que, para que se configure o crime de forma objetiva, basta que o agente tenha conhecimento da idade do menor e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

Já no caso das pessoas enfermas ou que tenham alguma deficiência mental, Gonçalves (2016, p. 720) explica que é necessária à realização de perícia médica para a constatação de que o problema mental pode retirar da vítima, por completo, o discernimento para o ato sexual.

Nesse viés, Leal e Leal (2009, p. 32) ressalta que o conhecimento da condição de enfermidade mental da vítima já integra o conceito de dolo e, por isso, não é necessária a previsão de forma expressa no texto da norma incriminadora.

Nesse diapasão, Leal e Leal (2009, p. 32) complementam:

A outra hipótese descrita no §1º é da vítima mentalmente capaz, mas que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Seria o caso da vítima que apresente algum tipo de deficiência física, seja permanente ou momentânea. Como exemplo podem ser mencionadas as hipóteses de vítima gravemente ferida, adoecida, anestesiada ou portadora de grave deficiência física permanente.

Sobre as formas qualificadoras, Martins (2011, p. 36) ressalva que acontecem tanto no estupro comum quanto no estupro especial, se da conduta do agente ativo resulta lesão corporal grave ou morte da vítima, respectivamente alinhadas nos artigos 213, §§1º e 2º, e 217-A, §§ 3º e 4º, ambos do Código Penal.

Além disso, Leal e Leal (2009, p. 40) esclarecem que, na nova redação do inciso VI do artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos, há a indicação expressa que o crime de estupro de vulnerável é considerado hediondo, tanto na sua forma simples quanto nas suas formas qualificadas.

O crime se consume, explana Gilaberte (2014, p. 72), quando há introdução do pênis, mesmo que seja parcial, na vagina da vítima (se mulher) ou com a prática de ato libidinoso diverso. A tentativa também é possível, caracterizando o delito como plurissubsistente.

Vale lembrar que o crime em comento, segundo Gilaberte (2014, p. 72), é sempre doloso, sendo certo que devem estar abrangidas todos os elementos do fato típico, inclusive no tocante da condição em que vítima se encontra. Não se punindo a modalidade culposa.

2.3 Erro de Tipo e a Ação Penal do Delito

Leal, J.J. e Leal, R.J. (2009, p. 32) explicam que durante a vigência do antigo art. 224 do Código Penal, muito se discutia sobre o caráter absoluto ou relativo da presunção de violência. Porém, mesmo que o sentido literal da norma apontasse para uma regra absoluta, a doutrina entendeu que, em casos excepcionais, a presunção ali prescrita diante de um eventual erro inevitável poderia ser afastada.

Gilaberte (2014, p. 70) explana que é possível que se verifique erro de tipo do sujeito ativo, ao manter relações sexuais com pessoa que supunha não ser menor de 14 anos, quando na verdade mantinha um afeto com parceiro menor.

O erro de tipo é definido como uma impressão falsa da realidade pelo sujeito ativo. No caso do crime de estupro de vulnerável, o erro de tipo poderá ocorrer se ficar claro que o agente do delito manteve relações sexuais desconhecendo a idade da vítima, pois como se trata de um crime doloso, o sujeito ativo deverá ter conhecimento da idade da vítima para que assim se configure o crime de estupro de vulnerável.

Diante do exposto, Leal e Leal (2009, p. 32), concluem:

A verdade é que um processo interpretativo baseado na compreensão lógica, sistêmica e teológica da norma em exame levava à conclusão de que, nos casos em que o sujeito passivo possui idade próxima aos 14 anos e compleição física precocemente desenvolvida, o agente poderia incidir em erro de tipo. Em consequência, a presunção de violência ou de grave ameaça deveria ser relativizada sempre que, em face das circunstâncias do caso concreto, o agente não tivesse como saber o real estado de menoridade da vítima.

A partir dessa conclusão, Leal, J.J. e Leal, R.J. (2009, p. 33) ressaltam que se isso é verdadeiro, a presunção da vulnerabilidade do menor de 14 anos pode, também, ser afastada diante da prova inequívoca de que a vítima de estupro possui

experiência da prática sexual e apresenta comportamento incompatível com a regra de proteção pré-constituída. Por isso, é possível admitir uma exceção à regra geral, desde que essa condição de experiência sexual do sujeito passivo gere um fator determinante para o agente incidir em erro de tipo.

Assim, sustenta Araújo e Lima (2014, p. 148), sempre que o agente não tiver como saber a real idade da vítima, ou seja, supor não estar presente tal elementar incidirá sobre a falta percepção da realidade, inexistindo dolo e, por consequência, tornando o fato atípico. Deve-se destituir o caráter absoluto da vulnerabilidade e reconhecer o afastamento da regra geral do artigo 217-A.

Sobre a ação penal do crime de estupro de vulnerável, define Martins (2011, p. 43) que ela será a *pública incondicionada*, pois é apropriada e adequada para a apuração de todos os crimes contra pessoas vulneráveis, previstos no Capítulo II, e, portanto, tipificados nos artigos 217-A, 218, 218-A e 218-B.

Vale destacar que a ação penal pública incondicionada é promovida por denúncia do Ministério Público, ou seja, não precisa que a vítima se manifeste ou que ocorra a sua representação.

Contudo, segundo Giorgis (2010, p. 43):

Existe uma exceção em que é admitida a ação penal privada subsidiária para apuração desses crimes, no caso de omissão e inércia do Ministério Público pelo fato de deixar de oferecer a denúncia. Neste caso específico, pois, o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo, tem legitimidade para propô-la ou intentá-la, nos termos dos arts. 29 e 30, respectivamente do, do CPP.

Gonçalves (2016, p. 723) ainda conclui que existe julgado do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual a ação penal só é incondicionada se a vítima não estava apenas momentaneamente em uma situação de vulnerabilidade. De acordo com esse julgado, quando a vítima é menor de 14 anos ou doente mental, a ação penal será sempre incondicionada, porque a vulnerabilidade não é momentânea.

Por fim, Gentil e Jorge (2009, p. 13) explicam que os processos em que se apura o crime de estupro de vulnerável, tramitarão em segredo de justiça, de acordo com o artigo 234-B do Código Penal. Essa expressão é caracterizada quando o juiz dispõe sobre a possibilidade de restringir a publicidade da audiência ou dos atos processuais que pode ocorrer risco de escândalo, grave inconveniência ou perigo.

Vale lembrar, segundo Gilaberte (2014, p. 74), que o crime de estupro de vulnerável é mais severa do que norma anterior a Lei nº 12.015/9 (artigo 224 do Código Penal – violência presumida, que cominava uma pena de seis a dez anos de reclusão), sendo a pena cominada de oito a quinze anos de reclusão.

3 PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

Antes da Lei nº 12.015/09, Gomes (1996, p. 158) dizia que se a Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado nº 253/1994 que acompanhou o Código Penal de 1940 fosse concebida como interpretação autêntica (que parte do próprio sujeito que elaborou o preceito), a presunção de violência da antiga norma do art. 224, para a maioria dos doutrinadores e das jurisprudências, teria a natureza absoluta, ou seja, não caberia nenhuma possibilidade de provas em sentido contrário – *iuris et de iuris*.

Gomes (1996, p. 159) explica ainda que a presunção de violência, ao menos no que tange às hipóteses de menoridade e debilidade mental, é baseada em uma ficção jurídica (*fictio iuris*), ou seja, supõe que a vítima, só por ser menor ou débil mental, não tem capacidade de consentir ou não o pode fazer validamente.

Nesse diapasão, Aleixo (2010, p. 8-9), comenta:

A legislação penal brasileira, desde o período do Império até o Código de 1940, criminalizou condutas consideradas atentatórias à honra e à moralidade sexual. O objeto da tutela penal não era a liberdade, no particular aspecto do exercício da sexualidade, mas a moralidade com vistas ao considerado aceitável em matéria de comportamento sexual.

O bem jurídico até então tutelado era, segundo explana Martinelli (2011, p. 10), os “bons costumes”, compreendido como parcela da moralidade pública. Esta por sua vez definida como um conjunto de normas que conduzem a comportamentos a serem observados no plano sexual.

A justificativa para essa natureza absoluta, explica Aleixo (2010, p. 8-9), está assentada no discurso da necessidade de proteção do “desenvolvimento regular da sexualidade da criança e do adolescente”. Essa proteção foi posta a partir da consideração de que o exercício da sexualidade pelos menores de 14 anos é irregular, desviante e deve ser objeto de proibição.

Aleixo (2010, p. 8-9) ainda acrescenta que essa proteção remonta a ideologia do Código de Menores que tem o viés da tutela, do controle dos menores desajustados socialmente e que devem ser objeto de intervenção. Essa proteção se

dá a partir da proibição do exercício da sexualidade e a ignora como inerente a própria constituição humana, insuscetível de uma abordagem legalista de regulação.

Nesse diapasão, Aleixo (2010, p. 8-9), complementa:

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.

Com isso, Prudente (2008, p. 78) explana que, o que se pretendia com a antiga norma do artigo 224 do Código Penal, era proteger a vítima, em virtude das suas limitações, permanentes ou não, ou seja, proteger as pessoas que não possuem capacidade de discernir entre a conveniência de adotar postura em relação ao sexo.

Leal e Leal (2009, p. 30) afirmam que o Direito penal entende que, durante a infância, período determinado até um limite de idade, a criança encontra-se em um processo de formação, tanto no plano biológico quanto no plano psicológico e moral. Sendo assim, se o agente delituoso mantém relação sexual ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos, o bem jurídico protegido pelo Direito Penal será considerado indisponível de pleno direito.

Já Prudente (2008, p. 79) diz que a fixação para uma idade-limite em 14 anos é polêmica, pois, se trata de critério subjetivo, baseado no que se presume ser um desenvolvimento mental das pessoas nessa faixa etária. Além disso, todos os indivíduos não se desenvolvem da mesma maneira, dependendo dos fatores pessoais, culturais, costumes e do tempo que determinam variações relevantes, fazendo com o que nem sempre o limite legal seja adequado.

Agora, elucidam Leal e Leal (2009, p. 33), o direito mudou e a situação jurídica é outra. Porém, apenas formalmente. Não se pode mais falar de presunção de violência ou grave ameaça. Estamos diante da denominada presunção da vulnerabilidade, em face da prática de relação sexual de qualquer natureza.

Nesse diapasão, Gomes (1996, p. 173) esclarece que, a presunção de natureza absoluta será afastada, quando houver erro de tipo sobre a idade ou quando a vítima menor conta com maturidade sexual e adere voluntariamente ao ato sexual.

Porém, há os que negam esse caráter absoluto, concebendo-o, no entanto, de natureza relativa, isto é, admitem prova em sentido contrário – *iures tantum*.

Jorio (2012, p. 8-9) esclarece que:

O Código Penal previa em seu art. 224, a, que a violência deveria ser presumida nos casos em que houvesse conjunção carnal ou quaisquer atos libidinosos praticados com vítimas menores de 14 anos, o que levaria à configuração, conforme o contato sexual averiguado, dos crimes de estupro ou de atentado violento ao pudor. Embora a previsão legal fosse clara e objetiva começaram a surgir algumas opiniões que vem sendo construída a partir de casos concretos e de situações do mundo fático, no sentido de que a norma, que talvez fosse justificada em 1940, não mais condiz com a realidade dos tempos de hoje. Começou a ficar cada vez mais claro que, no Brasil real e contemporâneo, não eram todas as pessoas de 14 anos que definitivamente possuíam condições para tomarem decisões. A relativização da presunção da violência nada mais era do que as particularidades do caso concreto para a averiguação da validade ou invalidade do consentimento da vítima. Porém, essa relativização deveria ter limites, até porque seria inadmissível averiguar a validação do consentimento de uma criança de 8 anos, por exemplo.

Nesse diapasão, Faria e Vianna (2016, p. 49) esclarecem que as crianças não são só destituídas da capacidade cognitiva para realizar atos sexuais, como também precisam de proteção especial do Estado, pois não se aplicam as questões debatidas aqui. Além disso, também não irá se aplicar aos atos sexuais que envolvem algum tipo de contraprestação, pois o consentimento, nesses casos, está subordinado a variantes sociais no qual o menor vive.

Ainda sobre as crianças, Gomes (1996, p. 196) explana que se o ato sexual for praticado contra estes, configurará abuso sexual. Pois seu consentimento, não possui nenhum valor jurídico.

Desse modo, Jorio (2012, p. 8-9) explica que, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente que classifica como criança aquela pessoa com até 12 anos incompleto e adolescente aquela pessoa com 12 até 18 anos incompletos, conferir que a presunção de violência, para as crianças, seria absoluta, configurando-se o crime sexual independente das peculiaridades no caso concreto e, que para os adolescentes entre 12 e 14 anos (limite para a incidência da presunção), seriam observadas as características concretas da vítima, podendo gerar a exclusão do crime caso fosse averiguada a validade do consentimento.

Gomes (1996, p. 183) ainda vai além, explicando que há limites constitucionais das presunções no Direito Penal no antigo art. 224 do CP, ressaltando que a presunção “legal” de violência viola princípios, tais como, os princípios da presunção de inocência, do fato (Direito Penal do fato), do *nullum crimem sine iniuria* e o da culpabilidade.

Para o princípio da presunção de inocência todo acusado é considerado inocente até que se comprove legalmente a culpabilidade, ou seja, a participação do acusado no delito deve estar evidenciada no processo. Gomes (1996, p. 184), ressalta:

O art. 224 do CP, em conclusão, na parte em que presume a violência, conflita com o princípio constitucional da presunção da inocência. Não foi recepcionado (parcialmente) pela Constituição brasileira de 1988, porque desobriga o acusador daquela ‘mínimo probatório’ (relacionado com a violência), sem o qual a presunção de inocência resulta intacta.

Já quanto ao princípio do fato, Gomes (1996, p. 184-185) comenta que no Direito Penal moderno a responsabilidade do agente deve ser atrelada sempre a um fato, que tem que ser real e comprovado no plano processual. Vale dizer, que por esse princípio, o agente só poderá ser declarado culpado “por aquilo que ele fez, não por aquilo que ele é”; é a culpabilidade do fato. Fica claro então, que no art. 224 do CP, o legislador presumia um fato, fazendo com que o agente fosse punido não por um fato existente na realidade, mas sim sobre o que ocorreu no plano empírico.

Para o princípio do *nullum crimem sine iniuria*, não existe crime sem lesão ou perigo de lesão ao bem tutelado. O bem tutelado nos crimes sexuais, em geral, é a liberdade sexual, sem lesão a esse bem jurídico não há que se falar em crime sexual violento. Gomes (1996, p. 186) enfatiza que no antigo art. 224 do CP o legislador presumia essa lesão que não era derivada da conduta do agente.

E por fim, o princípio da culpabilidade assinala que para haver crime, é necessário que o fato pertença materialmente ao seu autor, que haja nexos subjetivo (demonstrar dolo e culpa) e que seja obra de um ser responsável, ou seja, que o agente tenha a possibilidade de normal acesso à proibição. Gomes (1996, p. 187) explica que o que falta na presunção legal de violência, no art. 224, é que sequer existe vínculo material do agente com o fato.

Nesse viés, explana Gomes (1996, p. 161) que há um defeito no sistema acolhido pelo Código Penal Brasileiro. Violência é fato, e fato não pode ser presumido por legislador, principalmente quando é para prejudicar o autor, que, aliás, é presumidamente inocente. O melhor caminho que nossa legislação poderia seguido era permitir o exame dos requisitos típicos do crime sexual em cada caso concreto, procurando ver se houve ou não lesão ou perigo de lesão ao bem tutelado.

Gomes (1996, p. 168) ainda explica que, se a presunção legal da violência em relação ao menor de 14 anos baseia-se no entendimento de que ele nada sabe sobre sexo (por ser imaturo, ingênuo), é inegável que a base dessa suposição acham-se corrompidas. A faixa etária (catorze anos) que serviu de base para o legislador em 1940, já não serve mais para esse milênio.

Nesse diapasão, Gomes (1996, p. 168), continua:

Aceitar sem nenhum questionamento a presunção de violência prevista no artigo 224 do CP, particularmente no que concerne ao menor de catorze anos, significa ignorar a realidade, o mundo que nos circunda. Continuar imaginando que esse menor, em hipótese alguma conta com noção sobre a sexualidade humana é querer negar o óbvio e ululante. Ao menos no que diz respeito ao adolescente (de doze a dezoito anos), a *ficção iuris*, de que ele é absolutamente inocente, ignorante, em geral, já não condiz com nossa realidade.

O que Gomes (1996, p. 168) quer dizer é que, hoje, na era da internet e da comunicação de massa, é enorme a quantidade de informação sexual, transmitida abertamente, em qualquer horário, pela mídia e outras redes de comunicação.

Diante do exposto acima, Prudente (2008, p. 78) opina sobre a inconstitucionalidade da norma em debate:

Há entendimentos sustentando a inconstitucionalidade dessa norma penal, uma vez que nada poderia ser presumido em matéria penal, a ponto de ofender a responsabilidade penal subjetiva ou próprio princípio da presunção de inocência. Em tese, pois, para quem assim opina, não se poderia falar em presunção de violência: ou a violência é demonstrada no caso concreto, ou não se trataria de figura típica, embora pesem posições em sentido contrário, propugnando pela constitucionalidade de referida norma, já que o legislador, ao elaborar uma norma penal, baseado em fatos da vida social e em elementos colhidos pela experiência do cotidiano, pode eleger determinados parâmetros para a aplicação da lei penal.

Nesse viés, Leal e Leal (2009, p. 33) explicam que o Supremo Tribunal Federal, de maneira cautelosa, vem admitindo, em alguns casos muito especiais, a exceção a regra da então presunção de violência, observando quando a vítima apresente aparência de jovem maior de 14 anos. Dessa forma, ficou estabelecido que não se configura crime de estupro de vulnerável se a suposta vítima menor de 14 anos aparenta idade superior e admitiu que não foi constrangida a manter relações sexuais com o acusado, tendo o feito por livre e espontânea vontade.

Diante disso, Gentil (2012, p. 66) ressalta que por haver uma dupla interpretação da antiga redação do Código Penal (art. 224), em 1996, uma polêmica e conhecida decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada nos autos do HC nº 73.662-9/MG, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, deliberava que a presunção de violência não se sustentava quando houvesse evidências de que a vítima tivesse, por vontade livre, consentido com a prática de relações sexuais.

O objetivo dessa decisão tinha por finalidade explicar que a violência ou grave ameaça que não fosse real, seria considerada *presumida apenas relativamente*, ou seja, que fosse admitida prova em contrário (*juris tantum*), como verifica-se abaixo:

Diante de tais colocações, forçoso é concluir que não se verificou o tipo do artigo 213 do Código Penal, no que preceitua como estupro o ato de “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em juízo, ou seja, haver mantido relações com o paciente por livre e espontânea vontade. O quadro revela-se realmente estarecedor, porquanto se constatava que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promiscua tudo conduzindo a procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. (BRASIL, 1996).

Contudo, Gentil (2012, p. 67) ainda explica que essa decisão operava o chamado controle difuso de constitucionalidade, aplicando-se ao caso do processo que estava em julgamento, mas não se estendendo aos demais. A lei não havia sido declarada inconstitucional de modo a ser banida do ordenamento jurídico.

Assim, Oliveira e Costa (2015, p. 132) explica que a partir da Lei nº 12.015/09, foi abandonado o “sistema de presunção de violência”, que tantas controvérsias geravam, e estabeleceu como crime o ato de manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com pessoas vulneráveis elencadas no tipo penal.

Ou seja, o legislador substituiu a presunção dos crimes sexuais por expressa vedação legal, criando assim, uma *presunção absoluta de vulnerabilidade*.

Desde logo, diz Rassi (2011, p. 65) que, é importante ressaltar que a classificação do Código Penal, no tocante a maioridade, não seguiu a disposição estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente, exigindo do aplicador da lei punitiva a interpretação das normas. Na previsão estatutária, os absolutamente incapazes são os menores de 12 anos, e não os menores de 14 anos, como prevê a o direito penal.

Nesse caso, explica Martelleto (2011, não paginado), trata-se de verdadeira afronta aos desígnios contidos tanto no art. 227 da Constituição da República quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que, visando superar toda a história da humanidade consistente na indiferença jurídica para com este público, estabeleceu, de maneira inarredável, serem crianças e adolescentes sujeitos de direitos, superando de uma vez por todas a premissa de que crianças e adolescentes são meros objetos de intervenção do mundo adulto, como tão bem apregoava o já felizmente sepultado Código de Menores.

Martelleto (2011, não paginado) ressalta sobre o tema:

Aí reside a inconstitucionalidade da lei, que retirou da suposta vítima o direito de manifestar-se quanto à escolha do momento da iniciação sexual, reduzindo-lhe a dignidade humana, como expressão da plenitude do indivíduo enquanto ser humano, sujeito dotado de direitos, inclusive à felicidade e ao prazer, por não poder se relacionar sexualmente antes de completar 14 anos, sob pena de incriminação do parceiro.

Nesse sentido, Martelleto (2011, não paginado) conclui que o art. 217-A, do Código Penal, padece de inconstitucionalidade parcial, seja ao adotar um conceito de vulnerabilidade pessoal pelo critério etário (menor de 14 anos), com presunção absoluta de violência, deixando de excepcionar circunstâncias fáticas admissíveis e toleradas socialmente, consubstanciadoras da dignidade da pessoa humana, seja pela desproporcionalidade, tanto na incidência da norma penal quanto pela pena cominada.

Gentil e Jorge (2009, p. 10) enfatizam que, ao afastar a presunção de violência e estabelecer um tipo próprio, no qual idade, enfermidade ou deficiência mental da vítima e impossibilidade de oferecer resistência constitui elementar, e para

qual são fixadas penas maiores, o próprio legislador deu maior severidade ao tratar sobre o assunto.

Gomes (1996, p. 176) ainda explana que, a preocupação da doutrina que encara a presunção da violência como presunção relativa, tem o intuito de suavizar ou atenuar o rigor da norma estabelecida pelo legislador. Embora cuide de vítima menor de 14 anos, deve-se admitir provas em sentido contrário. Nesse caso, a doutrina acaba por permitir que se prove a tal maturidade que o menor possa ter.

3.1 Vulnerabilidade Absoluta x Vulnerabilidade Relativa

Diante de tais considerações a respeito da presunção de violência, e por estarem interligadas, surgem também indagações quanto à vulnerabilidade dos respectivos sujeitos passivos que o art. 217-A do Código Penal tipifica.

Preliminarmente, Giorgis (2010, p. 29) explica que:

A ideia de pessoa vulnerável transcendeu ao âmbito médico, invadiu outros campos do saber e hoje ilumina alguns ordenamentos jurídicos, como acontece nas relações de consumo ou familiares, os movimentos de proteção dos direitos fundamentais, as diferenças de gêneros e sexo, setores onde tal hipossuficiência é fato frequente; a vulnerabilidade de menores, mulheres e idosos em algumas pugnias forenses, onde surgem decisões poucos equânimes ante a fragilidade material do adversário, faz propugnar-se uma recomposição das forças no processo pela intervenção judicial e emprego da teoria da prova dinâmica.

Como já explicada na pesquisa, a vulnerabilidade apresenta graus e consequências penais diferentes. São vulneráveis as pessoas que merecem maior proteção, porque estão em situação de fragilidade, explana Rassi (2011, p. 69).

Rassi (2011, p. 69) destaca que a vulnerabilidade poderá ser encontrada dentro da capacidade de compreensão da vítima, ou como vício do consentimento. A vulnerabilidade como capacidade de compreensão, revela que o consentimento deve ser visto como uma expressão da liberdade geral, inexistente por parte de quem não tem suficiente entendimento do sentido e das consequências do ato sexual. Já a vulnerabilidade como vício do consentimento, revela que o consentimento pode estar sujeito a fraude, a violência física e a ameaça.

Nesse contexto, Araújo e Lima (2014, p. 145) explicam que a *vulnerabilidade absoluta* determina que o agente seja considerado culpado, sem que lhe seja

oportunizada a produção de prova em contrário, ofendendo princípios constitucionais, cerceando o direito de defesa do indivíduo e aplicando a responsabilidade objetiva para a condenação, ou seja, considera nesse caso que os sujeitos passivos envolvidos não tem discernimento algum para consentir tal ato.

Para Jorio (2012, p. 8-9):

No plano do Legislativo, a motivação para a fixação do critério etário absoluto é bem clara: a criação de um *inimigo* – “o pedófilo” – e de um *Direito Penal do Inimigo*, para combatê-lo. O terrorismo da *pedofilia* (expressão demonizada e jamais explicada ou classificada como o que ela realmente é – uma doença mental oficialmente catalogada pela Organização Mundial de Saúde) e a assunção do posto de guardião das pobres e indefesas crianças e suas famílias são formidáveis catalisadores de votos.

Nesse viés, Martins (2011, p. 45) explica que, por incrível que pareça, os pedófilos usam o ambiente familiar, no qual as crianças e os adolescentes parecem estar mais protegidos, e por lá acontece, na sua grande maioria, a prática dos seus crimes. Por isso, a maior incidência de casos de estupro é praticada pelos que vivem mais próximos das crianças e adolescentes: como por exemplo, os pais, padrastos, tutores, religiosos, vizinhos, professores e amigos.

Porém, Araújo e Lima (2014, p. 144) ainda acrescentam que considerar de forma absoluta a vulnerabilidade do menor de 14 anos geraria graves consequências para a vida do acusado, que seria considerado culpado por um crime que não cometeu, sem ter oportunidade de se defender de tal alegação. Seria imputada a ele a responsabilidade objetiva, na qual não há juízo de dolo ou culpa, independentemente da intenção do agente.

Já em relação à vulnerabilidade relativa, Araújo e Lima (2014, p. 145), ressalta que devem ser analisadas as peculiaridades no caso em concreto, fazendo o julgamento de dolo e culpa na conduta do agente, se havia ou não o desígnio de cometer o crime, e, principalmente, se houve o consentimento do menor envolvido.

Nesse sentido, Gentil diz que:

“No caso específico, do que é aqui discutido, interessa mais de perto considerar duas hipóteses: 1) que o significado de estupro é, como sempre foi, um de uma violação sexual, isto é, um ato sexual cometido mediante violência sexual. Fala em favor dessa ideia o próprio sentido etimológica do vocábulo estupro, originário do latim, em que *stuprum* representa, antes de qualquer coisa, um ato de

violência. Sendo assim, a falta de violência concreta na relação sexual de alguém com quem nisto consinta afasta inevitavelmente o conteúdo criminoso da conduta, porque lhe falta *ofensividade*; 2) que o estupro de vulnerável, da forma como é legalmente definido, apoia-se em elementos estritamente objetivos, os quais não fornecem, por si sós, componentes capazes de emprestar *aquela mesma ofensividade* à conduta; em suma, somente o fato de ter sido o ato praticado com menor de catorze anos, sem violência e com o consentimento do(a) parceiro(a), não contem qualquer ofensividade apta a justificar a incidência de uma norma penal incriminadora.” (GENTIL, 2012, p. 68).

A grande crítica é em torno do menor que, segundo Condé (2012, p. 38), não parece ser razoável equalizar uma pessoa com doze anos ou mais, pleno de suas faculdades, a um indivíduo acometido de enfermidade ou doença mental, que não tenha condições de expressar validamente seu consentimento, pois o amadurecimento fisiológico do menor varia de pessoa para pessoa e que, trata-se de questão de saúde pública, ou seja, peritos deveriam verificar o desenvolvimento físico do (a) ofendido (a) a fim de conhecer se o menor é imaturo ou não.

Ou seja, a ênfase de que o mentalmente enfermo ou deficiente não tem o discernimento para a prática do ato, é totalmente válida. Como explica Rassi (2011, p. 81):

“Diante dos casos que em que há por parte da vítima o *timor reverentiae*, não há consentimento válido, estando a vítima em um estado de vulnerabilidade tal que fica impossibilitada a oferecer resistência, na medida em que o medo também pode ser subsumido na cláusula genérica ‘por qualquer outra causa’ prevista no §1º do art. 217-A”.

Em suma, Condé (2012, p. 47) deixa evidente que quando o menor tiver menos de 12 anos não haverá dúvidas: ele é uma criança e, portanto, não há maturidade para a vida sexual, e isso impõe a intervenção penal do Estado. Entretanto, o menor que já possui 12 anos ou ainda é menor de 14 anos, já é adolescente e sua vulnerabilidade pode ser discutida.

Jorio (2012, p. 8-9) complementa:

Embora a previsão legal fosse absolutamente clara e taxativa, começaram a surgir opiniões – na maioria das vezes, construídas a partir de casos concretos e de situações do mundo fático – no sentido de que a norma, que talvez se justificasse em 1940, não mais condizia com a realidade vivenciada no final do século XX. Começou

a ficar cada vez mais claro que, no Brasil real e contemporâneo, não eram todas as pessoas menores de 14 anos que definitivamente não possuíam condições de decidir validamente. Adolescentes de 12 ou 13 anos apresentavam formação corporal de proporções adultas. Disponham de fartura de informações e conhecimentos relativos à sexualidade.

Para Rassi (2011, p. 75) a elementar da idade da vítima, não deve ser absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14 anos de idade, caso em que a sua vulnerabilidade poderá ser analisada em caso concreto, tendo em vista a sua relativa capacidade.

No entanto, em se tratando de menor de 12 anos, fica mantida a presunção da vulnerabilidade, *jure et de jure*, tornando a norma típica.

Neste diapasão, Nucci (2011, p. 851) compreende que:

A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual, não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação.

Ainda sobre a relativização da vulnerabilidade, Condé (2012, p. 146) acrescenta que o menor de 14 anos - pela realidade social do jovem de hoje -, não é mais ignorante ou inocente em matéria sexual, iniciando cada vez mais cedo em relacionamentos amorosos, com desenvolvimento físico e psicológico precoces, frequentando lugares e eventos em que só é permitida a entrada de maiores, com atitudes não condizentes com o comportamento de uma criança.

A partir disso, Leal, J.J. e Leal, R.J. (2009, p. 33) conclui que é evidente que o menor precocemente amadurecido em relação a prática sexual, mesmo não sabendo qual foi o motivo que o levou a essa condição, não deixa de merecer a proteção especial do Direito. Porém, pode perder o seu estado de inocência ou ingenuidade, principalmente se aparentar idade superior e complexidade física precocemente desenvolvida.

Demonstra-se, no entanto, que o Direito não é estático, devendo amoldar-se às mudanças sociais, ponderando sempre quanto às diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais.

Nesse viés, Carvalho e Chagas (2012, p. 8-9), complementam:

Compartilha-se, aqui, o entendimento de que a vulnerabilidade dos menores de 14 anos (e maiores de 12, excluindo-se as crianças), assim como ocorria com a “presunção de violência” do famigerado art. 224, deve ser relativa, e não absoluta, em virtude de uma transformação nos costumes que se impõe pela própria evolução dos tempos. A exclusão da tipicidade, nesse caso, poderia ser alcançada a partir de uma interpretação restritiva do tipo penal do art. 217-A, já que nem tudo o que diz o legislador pode ser interpretado de forma literal. Deve-se atribuir, portanto, um maior conteúdo axiológico à expressão contida no *caput* do art. 217-A do CP, já que nem todo menor de 14 anos deverá ser considerado necessariamente “vulnerável” em matéria de sexo.

Diante de tal entendimento, Jorio (2012, p. 8-9) explana que quando se relativiza a vulnerabilidade, o que se faz é reconhecer que o consentimento, naquele particular caso, é válido. É irrelevante a supressão da “presunção de violência”, pois a *ratio essendi* da “presunção de vulnerabilidade” é exatamente a mesma. Se há consentimento, e se ele é válido, desfaz-se por completo a noção de ofensa à dignidade sexual. Se não há lesão efetiva a um bem jurídico, o uso do Direito Penal não é mais que violência gratuita.

Leal e Leal (2009, p. 34), complementam:

Essa tem sido a posição – evidentemente bastante cautelosa – do STF ao admitir, em casos muito especiais, em que a vítima apresente aparência de jovem maior de 14 anos, a exceção a regra da presunção de violência. Assim, ficou estabelecido, que não se configura o crime de estupro se a suposta vítima, embora menor de 14 anos, aparenta idade superior, possui comportamento promíscuo e admite não haver sido constrangida a manter relações sexuais com o acusado, tendo-o feito por livre e espontânea vontade. Em outra oportunidade, ficou prescrito que a jurisprudência do Tribunal reconhece a atipicidade do fato delituoso quando se demonstra que a ofendida aparenta ter idade superior a 14 anos.

A nosso ver, ainda explanam Leal e Leal (2009, p. 34), deve ser reconhecida a validade da norma que estabelece a incapacidade absoluta do menor de 14 anos para consentir a práticas de atos sexuais ou libidinosos, o que é consolidada pela orientação jurisprudencial do STF, mas é também possível reconhecer o afastamento dessa regra nos casos excepcionais de erro inevitável.

Portanto, Rassi (2012, p. 6-7) diz que não seria tipificado como abuso sexual quando se trata de relações em que há afeto, como nas experiências sexuais entre

menores, desde que sejam naturais e façam parte do saudável desenvolvimento da identidade sexual.

Nestes termos, ainda conclui Rassi (2012, p. 6-7) que a nova sistemática legal deve ser aplicada e, embora tenha dado tratamento diferente aos casos em que há conjunção carnal praticado pelo menor, a situação é semelhante àquela da presunção, assim entendida como relativa. Para tornar possível a correta aplicação do tipo penal, deverão ser levadas em consideração todas as circunstâncias em que o crime foi praticado num juízo de valor fático sobre a existência ou não do abuso sexual, este sim, objeto de proteção legal.

4 CONSENTIMENTO VÁLIDO

Nos crimes sexuais, Rassi (2011, p. 63) explica que, o dissenso da vítima é a base da construção do todo injusto típico. Seu consentimento, por outro lado, quando exercido dentro das condições de validade e sem qualquer vício, produz a exclusão típica. Assim, cabe indagar se o consentimento da vítima poderá ser considerado válido a ponto de afastar as consequências penais.

Não obstante, ainda elucida Rassi (2011, p. 63), as novas perspectivas de política criminal em relação à vítima, nos delitos sexuais, o seu protagonismo será revestido pela própria essência desta categoria de delitos, uma vez que é pela prova da manifestação da vontade que se poderá identificar a prática do crime.

Carvalho e Chagas (2012, p. 9-10) acrescentam:

Os tribunais permanecem em patente dúvida a respeito da aplicabilidade do art. 217-A em relação aos menores de 14 anos, sem uma orientação pacífica a respeito de se a vulnerabilidade dos mesmos há de presumir-se em qualquer caso ou se, nos mesmos moldes do que ocorreu com a antiga “presunção de violência”, deveria a mesma admitir exceções. A doutrina também diverge a respeito, sendo, porém, majoritário o entendimento de que se trata de uma vulnerabilidade relativa, que pode ser derrubada havendo prova em contrário que demonstre a maturidade sexual do menor, afastando-se assim o paternalismo estatal que protegeria a dignidade sexual dos menores de 14 anos mesmo contra a sua vontade.

Um dos princípios fundamentais no Direito Penal no Estado Liberal e Democrático de Direito, segundo Martinelli (2011, p. 11) é o princípio da autonomia. Para ele, ser autônomo é ser uma pessoa conduzida por considerações, desejos, condições e características que não sejam impostos externamente, mas que sejam parte daquilo que alguém considera autêntico em si próprio.

Por isso que o estudo da vulnerabilidade passa, necessariamente, pelo consentimento da pessoa. E o consentimento só é válido se a pessoa possuir a autonomia suficiente para consentir, complementa Martinelli (2011, p. 11).

Ainda sobre a autonomia, Martinelli (2011, p. 12) ainda explana que, a pessoa autônoma pode fazer aquilo que lhe é pedido, mas por sua própria vontade, e não apenas pela vontade de quem lhe pediu. Esse sujeito possui a habilidade psicológica de governar a si mesmo, conforme seus desejos.

Além disso, só pode ser autônomo quem tem capacidade de discernimento. Sob esse óbice, Martinelli (2011, p. 14) ainda afirma:

A validade do consentimento depende de alguns fatores, que podem ser enumerados da seguinte forma: (1) autonomia para dispor do bem jurídico; (2) consciência das prováveis consequências do ato para o qual se consente; (3) disponibilidade do bem jurídico.

Nesse diapasão, Martinelli (2011, p. 17) complementa dizendo que a ausência de qualquer um desses requisitos torna o consentimento inválido. Se não há validade no consentimento, cabe ao Direito Penal intervir no comportamento para evitar a ameaça ao bem jurídico tutelado. Portanto, é onde surge a vulnerabilidade.

Assim, Martinelli (2011, p. 18), explica que:

Diversos fatores podem contribuir para um consentimento forçado, contrário a vontade real do indivíduo. Dificuldades econômicas, falta de informação suficiente, desespero emocional, etc. o vulnerável não dispõe de todos os recursos intelectuais necessários para dar seu aval sobre eventual lesão. Falta-lhe a consciência dos fatos ou, se estiver consciente, não há meios de resistir ao comportamento lesivo a si próprio. Por não haver opções e, devido a maior fragilidade, forçosamente pratica aquilo que não faz parte da sua vontade, muitas vezes, a depender da espécie de vulnerabilidade, com a devida consciência.

Por esse viés, mesmo antes da Lei nº 12.015/09, no antigo art. 224 do Código Penal, Gomes (1996, p. 194) entendia que o adolescente por ser um sujeito que pode ser sancionado por ato infracional porque possui “certa” capacidade de compreensão – nunca idêntica a de um adulto, evidentemente, mas com certa capacidade motivacional – e assim, encarado como capaz de compreender o sentido ético do seu ato infracional, não terá como excluir a capacidade de compreensão para o ato sexual.

Gomes (1996, p. 195) ainda conclui que em 1940 o menor com 14 anos ou menos, era considerado como absolutamente incapaz de compreender sobre atos sexuais. Mas com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, a situação mudou: há uma distinção, através da idade, entre criança (menores até 12 anos incompletos) e adolescente (entre os 12 e 18 anos incompletos).

O problema que se apresenta para quem interpreta a lei penal, ressalva Rassi (2011, p. 65), reside na vítima que está no lapso dos 12 aos 14 anos, pois os jovens dentro desse intervalo são considerados absolutamente incapazes pelo

Estatuto da Criança e do Adolescente (sendo inválida sua vontade para as consequências da norma penal) e relativamente incapazes para o Código Penal, sendo que a sua vontade pode ser considerada, dentro das circunstâncias fáticas do delito, para a composição da vontade e consentimento.

Nesse viés, Rassi (2011, p.66), complementa:

Com isso afirmamos que, nos delitos contra o menor, deve-se considerar primordialmente a situação de vulnerabilidade que o Estatuto visa proteger, conjugando-a com a vulnerabilidade pensada pelo legislador penal, mas respeitando a capacidade de compreensão do jovem entre 12 e 14 anos sempre que este não estiver em situação de fragilidade.

Com isso, Martinelli (2011, p. 22) diz que, o critério é o mais objetivo possível, permitindo-se concluir que o legislador não adotou o critério do ECA de distinção entre crianças e adolescentes. Quer dizer, é possível aplicar medidas socioeducativas ao menor a partir dos 12 anos, entretanto, antes de chegar aos 14 anos é considerado sexualmente vulnerável.

Nesse viés, Gomes (1996, p. 166) questionava esse conflito, pois, se o adolescente conta então com decisão de sujeitar-se a medidas socioeducativas por ato infracional seria estranho dizer que o menor de 14 anos de idade não tem capacidade ética de entender sobre a prática sexual ou não ter capacidade de consentir validamente sua vontade. Ou seja, para se sujeitar as medidas socioeducativas impostas pelo ECA, a vontade do adolescente seria válida. Nesse caso, o seu consentimento não seria válido, no caso de anuir ao ato sexual?

Diante disso, Gomes (1996, p. 167), ainda conclui:

Se o adolescente tem capacidade ética para compreender o ilícito e, desse modo, subordinar-se a advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e até mesmo internação (que no fundo é prisão) – art.112 -, lógica alguma existe atualmente na teoria da ficção jurídica que prega a imaturidade do menor para compreender o caráter sexual do ato. Quem tem capacidade para o mais, tem para o menos.

O reconhecimento legal, explica Gomes (2008, p. 166), de que o adolescente está sujeito a medidas socioeducativas, inconfundíveis com as aplicadas as crianças (medidas de proteção), é prova mais de que suficiente de que o legislador introduziu certa capacidade de discernimento e de compreensão.

Ademais, Martelleto (2011, não paginado) explica que o próprio ECA, estabelece no seu ordenamento jurídico, o assentamento do adotante maior de 12 anos, conferindo assim, uma efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo ao interessado, mesmo que de tenra idade, possa manifestar sua vontade. Então, por que uma outra legislação cria uma presunção absoluta de vulnerabilidade, sem qualquer margem para a manifestação da vontade, daquele que figura parte na relação íntima e privada?

A partir disto, o adolescente, para os termos da lei, passou ter capacidade de compreensão, ou seja, tem vontade juridicamente relevante para poder consentir validamente, e essa capacidade não pode ser negada no que concerne sobre os atos sexuais. Vale lembrar, que o mesmo não pode ser dito, em princípio, quanto à criança.

Rassi (2011, p. 64) explica que:

“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”.

Diante de tal entendimento supracitado, há ainda outro fator que é muito relevante para a análise dos delitos sexuais: a capacidade de compreensão da vítima. Rassi (2011, p. 64) diz que o sujeito deve ser capaz de compreender o ato sexual, uma vez que o consentimento deve ser sempre visto como expressão de liberdade de ação em geral, sendo eficaz somente quando ficar claro que há entendimento suficiente do sentido e das consequências de sua expressão.

Nesse viés, Leal e Leal (2009, p. 28) comentam que, como a liberdade sexual é considerada um bem jurídico disponível, o consentimento da vítima deverá eliminar a tipicidade da conduta. Demonstra, dessa forma, a importância do grau de desenvolvimento psicossomático da vítima para que possa se manifestar, a sua adesão ou sua recusa ao ato sexual pretendido pelo parceiro.

Com isso, não se pode desconhecer que essa é uma questão fundamental para se estabelecer o juízo de adequação típica do fato praticado, como também, da culpabilidade no caso de crime de estupro de vulnerável, explicam Faria e Vianna (2016, p. 28).

Prudente (2008, p. 80) complementa:

Deve ser levado em conta o envolvimento da menor com seu parceiro, e deste com a menor, e se houve convergência de vontade dos parceiros inerente à prática sexual comum, livre de vício, consentindo a menor à prática do ato sexual. Verificar se a menor compreendia as consequências dos seus atos.

O consentimento dos atos sexuais, ainda explica Prudente (2008, p. 80), deverá ser comprovado pela própria vítima, não somente sustentando o depoimento do réu, bem como as demais provas levantadas para que colaborem com a exclusão da tipicidade do delito.

Conclui ainda Prudente (2008, p. 81) que, deve-se buscar provar a vontade da vítima em relação ao caso concreto. Ressaltando que deve haver maior rigor sobre a conduta do agente nesse caso, pois a infância e a adolescência são fases da vida em que o ser humano se encontra mais vulnerável.

4.1 Desenvolvimento dos adolescentes

Acerca da polêmica da maturidade do menor de 18 anos, Faria e Vianna (2016, p. 16) entendem que vem sendo objeto de discussão nas mais diversas áreas de conhecimento. Pois, por um lado, a criança recém-formada é vista pela sociedade como destituída de compreensão, de capacidade de tomar decisões, assistida para realizar as tarefas mais fáceis da vida civil. E por outro lado, o adolescente infrator, muitas vezes acusado de utilizar sua presumida inocência para praticar atos da vida adulta, sem, no entanto, arcar com as consequências.

Nesse viés, Faria e Vianna (2016, p. 17) esclarecem que o artigo 217-A impede que o adolescente que já tenha iniciado sua fase de amadurecimento sexual a esta época desenvolva naturalmente. O legislador categoricamente afirma que nenhuma adolescente é capaz de consentir com atos sexuais antes de ter completado catorze anos, deixando de olhar o contexto socioeconômico, biológico e familiar.

Embora seja contraditório, Faria e Vianna (2016, p. 16) expõe que, tal colocação não se apresenta como um simples e previsível paradoxo. Isto porque, a adolescência, período compreendido entre os 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de

idade, é altamente influenciada por fatores externo e internos, pois é uma etapa da vida que a personalidade está em fase final de estruturação.

Porém, antes de abordar sobre o assunto, Faria e Vianna (2016, p. 21-22), explicam o que seria a adolescência:

Embora não exista um conceito internacional de adolescência, a Organização Mundial da Saúde a define como período biopsicossocial ocorrente na segunda década de vida do indivíduo, ou seja, entre 10 e 19 anos. Este também é o critério adotado pelo Ministério da Saúde do Brasil e pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE. Já para o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990 – ECA), o período é compreendido entre os 12 aos 18 anos.

A partir disso, Faria e Vianna (2016, p. 22) dizem que o primeiro fator considerado quando da análise do desenvolvimento do adolescente na perspectiva do consentimento para os atos sexuais é, geralmente, a puberdade, pois é uma fase do ciclo vital para o ser humano na qual ocorrem diversas mudanças hormonais, como por exemplo, os hormônios gonadotróficos e sexuais, que são responsáveis pelas modificações corporais, despertando interesse e curiosidade no adolescente e, desta maneira, fazendo com que tenham seus próprios desejos e impulsos.

Nesse diapasão, Faria e Vianna (2016, p. 23) complementam dizendo que, o menor púbere tende a buscar sensações ligadas a sexualidade. Porém, as mudanças corporais e aumento hormonal, não podem ser analisados como único fator responsável pela maturidade sexual, haja a vista a grande interferência de fatores neurológicos, sociais e psicológicos.

Já o desenvolvimento neurológico, comentam Faria e Vianna (2016, p. 24):

Quanto ao desenvolvimento neurológico, sabe-se que entre os 12 e os 17 anos de idade, o adolescente já possui as estruturas necessárias ao bom raciocínio e à avaliação emocional dos acontecimentos que os vivencia. Falta-lhe, contudo, a integração funcional entre tais estruturas, o que compromete o comportamento dotado de racionalidade ao nível do padrão adulto, aferida pela capacidade de deliberação e a avaliação efetiva dos riscos que o funcionamento cognitivo pleno permite.

Pela análise feita, Faria e Vianna (2016, p. 25) explicam que embora os aspectos neurológicos sejam imprescindíveis para o desenvolvimento e para a maturidade do adolescente, percebeu-se, ao longo dos séculos, que tais fatores

jamais podem ser analisados fora do contexto social no qual o indivíduo vive. Ou seja, é mediante a socialização, que se opera a progressiva transformação de uma pessoa.

Completam Araújo e Lima (2014, p. 146):

A vulnerabilidade do menor de 14 anos é relativizada pela realidade social do jovem de hoje, que não é mais ignorante ou inocente em matéria sexual, iniciando cada vez mais cedo em relacionamentos amorosos, com desenvolvimento físico e psicológico precoces, frequentando lugares e eventos em que só é permitida a entrada de maiores, com atitudes não condizentes com o comportamento de uma criança.

Outro fator influenciador para o amadurecimento sexual dos adolescentes, explicam Faria e Vianna (2016, p. 30), está associada às comunidades nas quais há carência de infraestrutura e o adolescente não possui seu espaço próprio, tendo dessa forma, uma maior tendência para a iniciação sexual, pois, a acepção do sexo será vista como um meio de entretenimento comum.

Nesse diapasão, Prudente (2008, p. 80) também sustenta que se observa que meninas do interior começam a despertar muito cedo para questões de sexo e relacionamento, especialmente diante das cenas de sexo exibidas na televisão.

Ainda acrescentam Faria e Vianna (2016, p. 30) que outra situação que influencia a prática de relações sexuais muito cedo dos adolescentes é a antecipação das tarefas típicas da vida adulta (tais como trabalho, auxílio no provento da família, etc.).

Nos dias de hoje, Martelleto (2011, não paginado) complementa:

Há uma erotização generalizada, veiculada pelos meios de comunicação em massa, através das músicas, das novelas, dos programas de auditórios, da moda, da internet, etc, difundem a ideia de liberdade sexual sem parâmetro ético, moral ou de idade, o que banaliza o próprio ato sexual.

É nesse contexto de acesso irrestrito à informação, explica ainda Martelleto (2011, não paginado), que as crianças e os adolescentes estão crescendo diante de estimulações e experimentos da prática sexual cada vez mais cedo, ainda que não estejam maduros suficiente para compreenderem as consequências de uma vida

sexual ativa, devendo-se, portanto, aferir o grau de maturidade e discernimento desses jovens, no caso concreto.

Antes da Lei nº 12.015/09, Gomes (1996, p. 165) já explicava que a quantidade de informações, esclarecimentos, e ensinamentos envolvendo o assunto “sexo”, fluiu rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas com menos de 14 anos também, uma visão teórica sobre a vida sexual e, dessa maneira, produzindo uma consciência bem mais clara quanto a disponibilidade do próprio corpo.

A partir das considerações já demonstradas, revelam-se decisões de alguns Tribunais que consideraram a anuência do menor (em relação aos adolescentes) para a prática do ato sexual gerando a absolvição dos acusados, como por exemplo, uma decisão que versou sobre a violência presumida do antigo art. 224 do Código Penal, foi gerado através de um acórdão proferido pela 3ª Seção do Supremo Tribunal Federal, no EREsp 1.021.634. Bechara (2012, p. 546) diz:

Conforme entendeu a relatora, Min. Maria Thereza de Assis Moura, acompanhada pelos Ministros Og Fernandes, Marco Aurélio Belizze, Vasco Della Giustina e Adilson Vieira Macabu, não é admissível preconizar a ideia de presunção absoluta de violência no exercício da sexualidade com adolescentes menores de 14 anos quando a própria realidade afasta o injusto da conduta do acusado. Nesse sentido, destacou-se a necessidade do Direito Penal amoldar-se às mudanças sociais, notadamente no campo sexual [...].

Diante desse acórdão, Bechara (2012, p. 549) explica que, embora a preocupação com a proteção e o desenvolvimento da criança e do adolescente seja amparada pela lei constitucional, a discussão quanto as formas e condições dessa proteção na área penal deve ganhar autonomia, permitindo-se ao legislador penal a intangibilidade na liberdade sexual, quando estas forem afetadas em práticas envolvendo menores de 14 anos.

O que não cabe aqui, diz Bechara (2012, p. 550) é o Direito Penal proibir de forma absoluta o exercício da sexualidade, impedindo que os adolescentes que tenha discernimento para tal, possam desenvolver socialmente. Não há dúvidas que o Direito Penal deve evoluir no campo sexual e a jurisprudência vem desempenhando o papel fundamental nesse sentido.

Gentil (2012, p. 65) também comenta sobre uma decisão recente da 7ª Câmara do TJRS, no qual foi proferido um acórdão, relatado pela Desembargadora Naele Ochoa Piazzeta, absolvendo réu acusado de ter praticado estupro de

vulnerável, contra uma adolescente de 12 anos de idade, pois as informações consideradas pela relatora diante do caso concreto, mostram que o fato foi praticado sem violência, visto que, havia plena concordância da suposta vítima, que, aliás, já versava em contatos sexuais, apesar da pouca idade.

A decisão do tribunal gaúcho complementa Gentil (2012, p. 70), possui o mérito de dar a partida a uma discussão que estava contida graças a redação aparentemente inequívoca do artigo 217-A do Código Penal.

Devido a isto, acreditam Faria e Vianna (2016, p. 41), que o art. 217-A é perfeito para os adolescentes que não formaram sua capacidade de consentimento antes dos 14 anos, pois, busca garantir que o adolescente se desenvolva sem os traumas que poderiam ser causados pela atividade sexual fora do tempo ideal. Porém, aos adolescentes que já desenvolveram a capacidade de consentir e a compreensão inerente a vida sexual, a norma do artigo mencionado se torna inútil, na medida em que se retira toda sua lesividade.

Nesse diapasão, Faria e Vianna (2016, p. 42) explicam:

Se o adolescente já possui capacidade de decisão o suficiente para escolher pela prática de um ato sexual, seu companheiro não lesa bem jurídico algum, razão pela qual é totalmente ilógico que a ele seja imputada uma pena pelo seu comportamento. Vê-se, portanto, que a presunção absoluta de violência ou fraude extraída do artigo 217-A do Código Penal não pode ser mantida, na medida em que pode causar a figura absurda de violação do bem jurídico protegido pela própria tipificação penal do comportamento.

Gomes (1996, p. 196) explana que a vontade do adolescente possui relevância jurídica. Se o ato sexual ocorreu com seu consentimento, conseqüentemente, nenhum crime existiria, pois seu consentimento é válido.

Nesse viés, Faria e Vianna (2016, p. 18) esclarecem que ao punir o parceiro sexual do adolescente menor de 14 anos que é capaz de efetivamente consentir validamente para sua própria participação no ato sexual, o dispositivo implica, na verdade, no contrário do seu objetivo, uma vez que acaba por vedar a autonomia e a liberdade sexual do adolescente.

Esta situação, ainda explanam Faria e Vianna (2016, p. 18), acaba confrontando o princípio da lesividade, pois estaria aplicando uma norma incriminadora em uma situação onde nenhum bem jurídico foi lesado.

Um argumento que constantemente está sendo usado para defender a determinação da idade de 14 anos como único critério de definição da idade de consentimento no Brasil, complementa Faria e Vianna (2016, p. 44), é observado mediante construção jurisprudencial, que aceita práticas de atos sexuais com indivíduos entre os 12 e 14 anos de idade.

Segundo Faria e Vianna (2016, p. 44), o juiz, ao analisar que o adolescente possuía plenas condições de consentir com o ato sexual, poderia facilmente deixar de responsabilizar o parceiro do adolescente criminalmente.

Faria e Vianna (2016, p. 47) ainda explanam que desconsiderar a evolução moral dos costumes sociais e o grau de desenvolvimento de maturação sexual, ao invés de proteger os adolescentes, acaba por criar a possibilidade de violar um bem jurídico que também pertencem a eles: a liberdade sexual.

A restrição completa de atos sexuais que envolvam os menores de 14 anos impede o desenvolvimento saudável daqueles que já possuem desejo de iniciar a vida sexual, complementam Faria e Vianna (2016, p. 47).

Diante desse entendimento, Jorio (2012, p. 8-9) esclarece:

O Direito é uma construção artificial, uma convenção posta a serviço da sociedade, não o contrário. O mundo é dinâmico e muda por si. Queira o Direito ou não. Permita a lei ou não. Mas esse grupo tende a desaparecer. Se não for pela mudança das convicções, será em virtude do perecimento da geração conservadora e iludida e sua substituição pela geração que vivencia, hoje, a modificação do comportamento sexual.

A conclusão de tudo que se expos, explica Gomes (1996, p. 195), é a seguinte: um adolescente pode consentir validamente frente a um ato sexual. Claro que vai depender do caso concreto. Mas em princípio, desde 1990, o adolescente vem tendo vontade juridicamente relevante, para poder consentir validamente. O mesmo não pode ser dito em relação às crianças.

Ou seja, um ato praticado contra a criança, complementa Gomes (1996, p. 195), será sempre considerado abuso. Já a relação sexual praticada com um adolescente, com sua anuência, poderá afastar o tipo do delito sexual, que em regra é juridicamente válido. Enquanto se tratar de criança, haverá *innocentia concilli*, já em relação ao adolescente, cada caso é um caso, podendo haver violência real ou podendo haver o consentimento válido. Tudo dependerá do caso concreto.

E quando o adolescente, continua explicando Gomes (1996, p. 195), pratica relação sexual com a plena consciência do que está fazendo, não há de haver crime. Pois, para a presunção de violência, por ser a vítima menor de 14 anos, é preciso ficar constatada que ao tempo do fato, que a vítima fosse completamente ignorante em matéria sexual. E mais! Que a vítima, de livre vontade e sabedora do que fazia, já vem mantendo relação sexual com o “agente”.

5 ENTENDIMENTO PREVALECENTE

Diante das divergências já apresentadas, explica Cunha (2017, não paginado) que, o entendimento majoritário diz não haver espaço para discussão a respeito da presunção de vulnerabilidade, pois a lei nada presume. A redação da norma é clara e inequívoca: proíbe-se a relação sexual com menor de 14 anos.

Nesse viés, jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça esclarecem nas suas decisões, a objetividade da norma do artigo 217-A do Código Penal. Como por exemplo, o Agravo Regimental no Recurso Especial 1418859/GO, julgada no STJ e relatada pelo Ministro Sebastião Reis Júnior em 2014, que diz:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ARTS. 213, § 1º, E 217-A DO CP. VIDA PREGRESSA DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL DENOMINADA ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ADOÇÃO DOPARECER MINISTERIAL COMO RAZÃO DE DECIDIR. LEGALIDADE. 1. A condição objetiva prevista no art. 217-A do Código Penal encontra-se presente, in casu, porquanto suficiente 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, o que efetivamente se verificou nestes autos, para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação desse crime ou a suposta experiência sexual pregressa da vítima.

Outro exemplo é o Agravo Regimental em Habeas Corpus, julgada recentemente no STF e relatada pelo Ministro Gilmar Mendes:

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Penal e Processual Penal. Estupro de vulnerável. Condenação de primeiro grau confirmada pelo TJ/RS. 3. Possibilidade de constrição da liberdade antes do trânsito em julgado do processo. 4. Ausência de violação ao princípio constitucional da presunção de inocência. 5. Inexistência de teratologia, abuso de poder ou flagrante ilegalidade. 6. Aplicabilidade do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral. Tema 925. 7. Precedentes. 8. Suposta violação ao princípio da colegialidade. Inocorrência. Faculdade prevista no artigo 192, caput, do RISTF: possibilidade de o relator, monocraticamente, denegar ou conceder a ordem de habeas corpus, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal. 9. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 142291 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma,

julgado em 30/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170
DIVULG 02-08-2017 PUBLIC 03-08-2017)

Nesse viés, Cunha (2017, não paginado) explana que, para eliminar definitivamente qualquer controvérsia que pudesse ter restado, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou, recentemente, a súmula 593 que diz:

O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Freitas (2017, não paginado) conclui dizendo que, o Ministro Felix Fischer pontuou que a súmula foi editada pela Comissão de Jurisprudência baseada em inúmeros precedentes da Corte.

Em um deles, comenta Freitas (2017, não paginado), durante o julgamento de REsp sob o rito dos repetitivos, a 3ª seção fixou a tese, em agosto de 2015, segundo a qual “para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A 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.”

6 CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo analisar a vulnerabilidade dos menores entre os 12 e 14 anos de idade que o artigo 217-A do Código Penal concebe na sua interpretação, uma natureza absoluta, onde não caberia nenhuma prova em sentido contrário.

Para que a pesquisa alcançasse a meta pré-estabelecida, com o intuito de compreender o nosso objetivo, foram apresentadas as características do crime de estupro de vulnerável, o entendimento da psicologia sobre o desenvolvimento sexual e o amadurecimento fisiológico dos adolescentes nos dias de hoje, a forma de como a tecnologia influencia os assuntos de cunho sexual na vida dos adolescentes, entre outras questões.

Dito isso, fez-se necessário que a metodologia da pesquisa fosse baseada no método dedutivo, com o intuito de conhecer os fatos e fenômenos relacionados ao crime de estupro de vulnerável. Para tanto, recorreu-se à pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, a qual possibilitou compreender a vulnerabilidade dos adolescentes entre 12 e 14 anos.

Primeiramente, faz-se necessário diferenciar o estupro comum (artigo 213 do CP) do estupro de vulnerável (artigo 217-A do CP). O primeiro terá a sua configuração se no ato sexual houver, pelo menos, uma das elementares da norma – violência ou grave ameaça.

Já o segundo, terá sua configuração se o agente praticar atos sexuais com menores de 14 anos, como pessoas enfermas ou deficientes mentais ou qualquer pessoa que não puder oferecer resistência.

Além disso, para chegar a tal resultado, tivemos que identificar como se deu a evolução histórica do crime de estupro de vulnerável no Brasil, buscando entender como se chegou a interpretação da referida norma nos dias de hoje. Verifica-se, que o antigo artigo 224 do Código Penal era intitulado de “violência presumida”.

Dessa forma, sendo justificada por condutas que eram consideradas como atentatórias à honra e à moralidade sexual, na época no qual a norma referida foi editada. Buscava-se aí, a proteção do desenvolvimento da criança e do adolescente. Essa proteção concebeu o caráter absoluto da norma.

Nessa perspectiva, o advento da Lei nº 12.015/09 contribuiu para o fortalecimento de outras interpretações para o crime de estupro de vulnerável. De

alguns anos para cá, observa-se que os adolescentes estão cada vez mais cedo iniciando o desenvolvimento sexual, dispondo de informações necessárias relativas à sexualidade.

Além disso, cumpre considerar que estão despertando suas vontades e desejos através das mudanças hormonais, como também, deve ser verificado o contexto social em que o adolescente vive.

Com isso, buscou-se compreender que seria injusto alguém ser considerado culpado por um crime que não cometeu, observando claro, as peculiaridades do caso em concreto e, principalmente, se houver o consentimento do menor que esteja envolvido.

No tocante a iniciação sexual, ficou constatada que os jovens de hoje começam cada vez mais cedo em relacionamentos amorosos, além de apresentarem um rápido desenvolvimento físico e psicológico, perdendo, desta forma, o seu estado de inocência ou ingenuidade.

Nesse diapasão, buscou-se compreender o consentimento válido dos adolescentes entre 12 e 14 anos que o crime de estupro de vulnerável engloba. Pois, observou-se que, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (desde 1990), os adolescentes possuem a capacidade de compreensão da prática de atos infracionais e sendo, conseqüentemente, responsabilizados por tais condutas (medidas socioeducativas) e, que para a prática de atos sexuais não teriam tal discernimento.

Por derradeiro, buscou-se entender que o legislador não poderia expressar uma idade exata para o critério de vulnerabilidade, já que se trata de algo subjetivo. Trata-se, então, de questão de saúde pública, pois o amadurecimento físico e biológico varia de pessoa para pessoa, sendo assim, algo teria que ser avaliado por médicos ou peritos competentes para tal caso.

Dentre as observações garimpadas, registrou-se julgados que absolveram os acusados diante de evidências segundo as quais os adolescentes envolvidos teriam consentido a prática da relação sexual, como por exemplo, o famoso e polêmico HC nº 73.662-9/MG, relatada pelo Ministro Marco Aurélio em 1996 em uma decisão do Supremo Tribunal Federal.

À guisa de conclusão, buscou-se através da pesquisa demonstrar que a vulnerabilidade dos adolescentes entre 12 e 14 anos de idade deve ser relativizada pela realidade sexual dos mesmos nos dias de hoje, que não são mais ignorantes em matéria sexual, demonstrando que podem ter voz ativa sobre suas escolhas

atinentes a sua vida sexual, manifestando o consentimento válido para a prática do ato sexual, cabendo às autoridades a aplicar o delito de forma racional e mais justa.

Apesar disso, compreende-se através do entendimento prevalecente que a vulnerabilidade não pode ser presumida, ou seja, se uma pessoa adulta teve relações sexuais ou praticou algum ato libidinoso com as elementares do tipo, já fica configurado o estupro de vulnerável. E para não haver mais discussões, foi aprovada recentemente a súmula 593 do STJ, que tem como objetivo tipificar o crime, mesmo que fique constatado que o agente já tenha relacionamento amoroso com a vítima menor.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klelia Canabrava. Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 17, n. 209, p. 8-9, abr. 2010.

ARAÚJO, Amanda; LIMA, Hessen Handeri de. **O estupro de vulnerável e a presunção relativa da vulnerabilidade, quanto aos menores de 14 anos**. Fenord, Minas Gerais. Disponível em: <http://www.fenord.edu.br/revistaacademica/revista2014/textos/art07revaca2.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2017.

ARAÚJO, Fabio Roque. **O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal**. Salvador: JusPODIVM. 2011.

BANDEIRA, Thaís. Dos crimes contra a dignidade sexual: Mudanças de paradigmas e o advento da lei 12.015/2009. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**, v. 3. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 445-458.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Presunção de violência no estupro de vulnerável: comentário à decisão da 3ª Seção Criminal do STJ no ERESP 1.021.634. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 511-551., jul./ago. 2012.

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 03 out. 2017.

_____. Coordenadoria de Editoria e Imprensa do STJ. **Decisão: Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa**. 2012. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105>. Acesso em: 15 maio 2012.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2017.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado, 13 de jul. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 07 out 2017.

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

_____. **Curso de direito penal**, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Gisele Mendes de; CHAGAS, Edmar José. O STJ e a polêmica em torno do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 236, p. 9-10., jul. 2012.

CENDRA LÓPEZ, Jacobo. El consentimiento prestado por personas con discapacidad intelectual en relación con el delito de abusos sexuales. **La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario**, Madrid, v. 10, n. 104, p. 53-62., set./out. 2013.

CONDÉ, Teófilo Tavares Ducarmo. **Estupro de vulnerável**: relativização da vulnerabilidade do maior de doze anos. Barbacena, 2012. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-74b4f5118c3951acd24058e0dc8bbbbb.pdf>>. Acesso em: 26 abr.2017.

CONEGUNDES, Karina Romualdo. **A Nova Sistemática dos Crimes Contra a Dignidade Sexual**. Revista de Direito. Viçosa: UFV, v. 1, n. 3. 2011.

COSTA, Aline. **Estupro de vulnerável**: a vulnerabilidade do menor de 14 anos. WebArtigos. Publicado em 17/08/2012. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/estupro-de-vuneravel-a-vunerabilidade-do-menor-de-14-anos/94148/#ixzz2AmAhXg3R>>. Acesso em: 01 out. 2017.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de direito penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

DEPINÉ, Pablo José. Um ano de Lei 12.015/2009 - criticando a lei e as críticas à lei. Capítulo I - Dos crimes contra a liberdade sexual, 2011. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/10498-Um-ano-de-lei-120152009-Criticando-a-lei-e-as-criticas-a-lei-Capitulo-I-dos-crimes-contra-a-liberdade-sexual>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

FARIA, Alécia Alvim Machado; VIANNA, Tulio. Maioridade sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 24, n. 118, p. 15-54, jan./fev. 2016.

GAMBOGI, Carla da Costa. **Da (des) proporcionalidade da pena ênfase no crime de estupro de Vulnerável – um olhar sobre a tutela (violação?) do Estado aos**

princípios constitucionais. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). PUCRS: Porto Alegre. 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/carla_g> Acesso em: 24 set. 2017.

GENTIL, Plínio Antonio Britto. Estupro de vulnerável consentido: uma absolvição polêmica. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 65-70., dez./jan. 2012.

GENTIL, Plínio Antonio Britto; JORGE, Ana Paula. O novo estatuto legal dos crimes sexuais: do estupro do homem ao fim das virgens. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 7-16., out./nov. 2009.

GILABERTE, Bruno. **Direito Penal: crimes contra a dignidade sexual.** Rio de Janeiro: F. Bastos, 2014. 195 p.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Crimes sexuais e a pessoa vulnerável. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 20-34., fev./mar. 2010.

GOMES, Ademário Castro. **Da inexistência do crime de estupro e atentado violento ao pudor com a supressão da violência presumida pela lei nº. 12.015 de 2009.** Artigo Científico (Especialização em Direito Penal e Processo Penal). Escola de Magistrados da Bahia. Salvador: 2010.

GOMES, Luiz Flávio. A presunção de violência nos crimes sexuais: enfoque crítico : 1ª parte. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 158-181., jul./set. 1996.

_____. A presunção de violência nos crimes sexuais (enfoque crítico): 2a. parte. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 169-196., out./dez. 1996.

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

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial.** 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011. V. 3.

_____. **Código Penal comentado.** 4 ed. Niteroi, Rio de Janeiro, 2010.

JORGE, Paulo César Bandeira de Melo. **Os novos tipos penais estupro e estupro de vulnerável (Lei nº 12.015/2009):** Principais alterações. Artigo Científico

(Especialização em Direito Penal e Processo Penal). Escola de Magistrados da Bahia. Salvador: 2010.

JORIO, Israel Domingos. Vulnerabilidade relativa, sim. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 236, p. 8-9., jul. 2012.

KELLER, Daniel. **Dos crimes contra a dignidade sexual**. II Seminário de Ciências Criminais do Patronato de Presos e Egressos. Salvador, 27 out. 2012.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal unificado de estupro comum e a figura do estupro de pessoa vulnerável. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 17-42., out./nov. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional** volume I. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

MARTELLETO, Fernando Campelo. Inconstitucionalidade parcial do Art. 217-A do Código Penal, 2011. **Inconstitucionalidade parcial do Art. 217-A do Código Penal**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/10505-Inconstitucionalidade-parcial-do-art-217-a-do-codigo-penal>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 68, p. 7-24., jun./jul. 2011.

MARTINS, Manoel Soares. A nova definição legal de estupro à luz da Lei nº 12.015/2009. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 68, p. 25-46., jun./jul. 2011.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)** 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal II**. Parte Especial – arts. 121 a 234-B do CP. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 413.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de Direito Penal**. 7ª Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011. 1151p.

_____. **O crime de estupro sobre o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

OLIVEIRA, Luana Pellegrini de; COSTA, Rafael de Oliveira. Da superação da incapacidade e vulnerabilidade absolutas como requisito para a configuração do crime previsto no artigo 217-A, § 1º, do código penal, nas hipóteses de enfermidade ou doença mental. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 14, n. 59, p. 129-144., out./dez. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. – Parte Especial - 11. ed. Ver. atual. e ampli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 13. ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Considerações críticas acerca das disposições gerais relativas aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p. 76-93., out./nov. 2008.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**, parte geral, v. 1. 8 ed. Salvador: JusPODIVM. 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas. 2013.

RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 61-93., set./out. 2011.

_____. A vulnerabilidade sexual do menor. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 235, p. 6-7., jun. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SBARDELLOTTO, Fábio Roque. **Crimes contra a liberdade e o desenvolvimento sexual** - considerações preliminares. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/.../materialsbardellotto_lei12015.pdf>. Acesso em 08 out. 2017.

SILVA, Mário Alves da. **STJ absolve acusado de estuprar garotas de programa de 12 anos.** Disponível em: < <http://tribunadacidade.ning.com/profiles/blogs/stj-absolve-acusadode-estuprar-garotas-de-programa-de-12-anos>> Acesso em: 07 set. 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula nº 608.** Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2694>
> Acesso em: 07 out. 2017.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia:** aspectos psicológicos e penais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.