

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**VILMA MELO DA SILVA**

**O DISCERNIMENTO DO SUJEITO ENTRE 12 E 14 ANOS QUANDO DA  
EXISTÊNCIA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

**Aracaju  
2012**

**VILMA MELO DA SILVA**

**O DISCERNIMENTO DO SUJEITO ENTRE 12 E 14 ANOS QUANDO DA  
EXISTÊNCIA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

**ORIENTADORA:**  
**Profª Esp. Marcela Pithon.**

**Aracaju**

**2012**

**VILMA MELO DA SILVA**  
**O DISCERNIMENTO DO SUJEITO ENTRE 12 E 14 ANOS QUANDO DA**  
**EXISTÊNCIA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Monografia apresentada à Comissão Avaliadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

**Aprovada em: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Profª Esp. Marcela Pithon.  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

Prof. MSc. Fernando Ferreira da Silva Júnior  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

Profª MSc Ariadne Cedraz de Cerqueira  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico esta monografia a Delmo Aragão, pessoa mais que especial em minha vida, que me incentivou na escolha do tema e me deu forças para continuar. Foi ainda o responsável, por *contribuir com tantos ensinamentos, tanto conhecimento, tantas palavras de força e ajuda*, mostrando-me que por mais que o *caminho* esteja difícil e doloroso, devo prosseguir, pois lá na frente, quando esse caminho já estiver no final, olharei para trás e me sentirei vitoriosa.

Obrigada por sempre estar ao meu lado, fortalecendo-me!

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente a **DEUS**, por tudo que tenho e por tudo que sou, por cada instante da minha vida, meu maior porto seguro. Com a ajuda do Senhor, eu tive forças e a coragem que eu precisava para chegar ao final dessa pequena, grande jornada, não me deixando sozinha em nenhum momento. Muito obrigada meu **Deus**.

Aos meus PAIS **Jonas Raimundo da Silva** e **Ilma Vieira de Melo** pelo amor incondicional. Ambos são responsáveis pela minha existência, Vocês são pra mim um grande exemplo de força, de coragem, perseverança e energia infinita para nunca desistir diante do primeiro obstáculo encontrado. Vocês são e sempre serão meu maior porto seguro, meus amores eternos. Vocês me ensinaram direta e indiretamente lições pra toda uma vida. Obrigada por estarem sempre comigo.

A você minha filha, **Bárbara Melo**, que é um anjo enviado por **Deus** para me trazer uma vida de alegria, esperança e magia, por ter me feito valorizar cada instante que passo em sua companhia, sabendo que hoje nada faz sentido se não for para contribuir com o seu futuro. Amo-te eternamente!!!

Ao meu namorado, melhor amigo e companheiro de todas as horas, **Delmo Aragão**, este espaço não caberia as tantas palavras que evidenciam o seu merecimento e o de mais ninguém, obrigada pela sua existência e presença em minha vida. Amo-te eternamente.

Aos meus **irmãos**, um especial muito obrigada! Amo vocês.

Aos meus parentes que indiretamente enviaram pensamentos positivos. Obrigada!

Agradeço a minha professora orientadora, **Marcela Pithon**, que teve paciência e que me ajudou bastante com as suas preciosas e incisivas pontuações á concluir este trabalho.

Agradeço em especial, a minha professora de TCC, **Hortência**, por seus ensinamentos, sua atenção e simpatia.

Agradeço também aos meus professores: **Alexandre Manoel, Vladimir Mota, Pedro Durão Evânio Moura, Ana Paula, Clara Angelica, Dayse Coelho, Marlene Leites, Matheus Brito, Manoel Cruz, Vitor Condorelli, Vitor Costa, Alessandro Buarque, Marcelo, André Costa**, enfim todos que durante esses cinco anos contribuíram com os seus ensinamentos.

Agradeço aos coordenadores de direito e ao diretor Sr. Ionaldo, as meninas da secretaria, em especial a Valdecir, as meninas da biblioteca e a todos da faculdade Fanese.

Um alô para as colegas e em especial para amigas: Rosiane Matos, Marta Prado, Lúcia Helena (*in memória*), Cinole, Zenaide, Jacira, Natália Almeida, Adrielle, Lucinalva, Verônica, Jesina, Andréa Reis, Terezinha e Alessandra. .

**Muito obrigada!**

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

Nelson Hungria.

## RESUMO

O tema abordado busca demonstrar a necessidade de adaptação e interpretação do direito face às constantes transformações socioculturais, afastando a interpretação rígida das normas, e adaptando-se aos princípios ético-morais prevalentes em determinado período histórico, satisfazendo a finalidade da lei, e não apenas sua aplicação irrestrita. Dentro desta ótica é que se analisa o crime de estupro do menor de 14 e maior de 12 anos à luz da presunção da vulnerabilidade que vem determinada na lei 12015 de 2009, derrubando a antiga vigência do art. 224 do CPB (Código Penal Brasileiro) que se socorria da “presunção de violência” para proteção de determinadas classes. Desta forma, é traçado um breve histórico dos crimes sexuais em relação aos inimputáveis (menor de 18 anos e maior de 14 anos) e vulneráveis (menor de 14 anos e maior de 12 anos) e sua aplicação jurídica desde a antiguidade até os nossos dias. Expõe-se a conceituação e traz-se a tona as elementares do tipo, bem como os sujeitos e as ações penais inerentes a esse delito. A violência continua a ser analisada de maneira formal quando do cometimento do crime de estupro (hoje definido no art. 213, CP) sendo ainda desconsiderado o entendimento do vulnerável, quando este for vítima desta espécie de crime. O presente estudo leva em consideração os diversos pensamentos doutrinários e julgados quando da aplicação da responsabilidade subjetiva neste tipo de situação. Necessário se faz ainda ressaltar a diferença da validade do consentimento dado pela criança e pelo adolescente a luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. Contextualiza a atual sociedade e a conjectura da necessidade de proteger de uma maneira eficaz os hodiernos jovens, atendo-se aos menores de catorze e maiores de doze anos. A pretensão, dessa forma, é buscar alcançar a verdadeira justiça por meio da adequação da Lei de modo que se atenda às necessidades da sociedade, considerando a dinamicidade do Direito, chegando-se assim a pensar na relativização da vulnerabilidade.

**Palavras - chave:** Estupro. Vulnerável. Presunção de violência.

## **ABSTRACT**

The topic seeks to demonstrate the need for adaptation and interpretation of law in the face of constant socio-cultural transformations, eliminating the rigid interpretation of the rules, and adapting itself to ethical and moral principles prevailing in a given historical period, satisfying the purpose of the law, and not just its unrestricted application. Within this perspective is that it analyzes the crime of rape under 14 and over 12 years in light of the presumption that the vulnerability is determined by law 12,015 of 2009, toppling the old term of art. 224 of CPB (Brazilian Penal Code) socorria that the "presumption of violence" to protect certain classes. Thus, it traced a brief history of sex offenses in relation to unimputable (under 18 and over 14) and vulnerable (under 14 years and greater shape 12 years) and its legal application from antiquity to the present day. It explains the concepts and brings to light the elemental type, as well as the subjects and actions inherent to this criminal offense. Violence continues to be analyzed in a formal way when the commission of the crime of rape (now defined in art. 213, CP) still being disregarded understanding the vulnerable, when he is the victim of this kind of crime. This study takes into consideration the various doctrinal thoughts and judged when applying the subjective responsibility in this kind of situation. Is even necessary to point out the difference of the validity of the consent of a child and teenager by the light of the Statute of Children and Adolescents. Contextualizes the current conjecture society and the need to protect effectively in a way today's youth, in keeping with minors fourteen and over twelve years. The claim, therefore, is to seek to achieve true justice through the law of adjustment so that it meets the needs of society, considering the dynamics of law, coming up just thinking about the relativity of vulnerability.

**Keywords:** Rape. Vulnerable. Presumption of violence.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>HISTÓRICO DOS CRIMES SEXUAIS EM RELAÇÃO AOS INIMPUTÁVEIS.....</b>	<b>14</b>
	<b>2.1 Conceito de Inimputável Segundo o Código Penal antes da Reforma da Lei 12015/2009.....</b>	<b>14</b>
	<b>2.2 Presunção da Violência nos Crimes contra os Costumes.....</b>	<b>16</b>
	<b>2.3 Estupro em face do inimputável e em face do Menor de 14 anos e Maior de 12 anos.....</b>	<b>18</b>
<b>3</b>	<b>DOS CRIMES SEXUAIS APÓS O ADVENTO DA LEI 12.015/2009.....</b>	<b>21</b>
	<b>3.1 Conceito de Inimputável segundo o Atual Ordenamento Jurídico Penal .....</b>	<b>21</b>
	<b>3.2 Presunção da Violência nos Crimes contra a Dignidade sexual .....</b>	<b>23</b>
	<b>3.3 Estupro em face do Inimputável e em face do Menor de 14 anos e Maior de 12 anos Conforme a Alteração Promovida pela Lei 12015/2009 .....</b>	<b>26</b> <b>30</b>
	<b>3.4 Definição de vulnerável e delimitação do estupro quanto ao sujeito passivo .....</b>	
<b>4</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>36</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>38</b>
	<b>ANEXO A - Processo AgRg no REsp 1214407 / SC.....</b>	<b>42</b>
	<b>ANEXO B - Recurso Especial com Pedido de Uniformização de Jurisprudência. Incidente não Processado.....</b>	<b>46</b>
	<b>ANEXO C - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....</b>	<b>48</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema em estudo trata do estupro de vulnerável, restringindo-se à classe atinente ao menor de 14 e maior de 12 anos. Necessário se faz, entretanto, um estudo sobre a redação anterior a Lei 12015/2009 e o atual tratamento penal para esta categoria.

Pretende-se com este trabalho alcançar os seguintes objetivos: questionar o engessamento promovido pelo judiciário quando da edição da norma que trata do estupro quando a vítima for maior de 12 e menor de 14 anos, de modo que se atente para as particularidades do caso concreto, buscando-se com isso a verdadeira aplicação da justiça.

Considerando o fato de que a relação sexual na adolescência tem se iniciado cada vez mais cedo, o legislador preocupou-se em tutelar este grupo de uma maneira destacada, o que fica evidenciado na alteração promovida nos crimes contra a dignidade sexual.

Em razão das incontáveis situações em que não se justifica o teor literal da lei no que toca a presunção absoluta quanto à proteção do menor de 14 e maior de 12 anos, necessário se faz que sejam feitas ponderações quanto à aplicação das normas que protegem a dignidade sexual deste grupo de pessoas, razão pela qual vem à jurisprudência, reduzindo o rigor do dispositivo no caso concreto no que se refere a esses jovens que possam ter discernimento para consentir a prática sexual.

Em se tratando o direito de uma ciência social, a programação abstrata da norma não se confunde com sua incidência concreta. Cada caso é um caso, e deve ser visto com suas particularidades para que então se alcance a verdadeira justiça, o que fica ainda mais em evidência quando se fala em Direito penal.

Ainda que reprovável a conduta daquele que adere à vontade do menor de 14 e maior de 12 anos e com ele pratique ato sexual, não se mostra proporcional à aplicação de sanção tão gravosa em determinados casos, o que justifica a ponderação quanto à aplicação da norma.

A importância desse estudo reside exatamente na necessidade de informar que a Lei 12015/2009, que protege o estupro já entrou em vigor defasada, considerando a presunção absoluta legitimada pela norma, no que tange a desconsideração do discernimento dos adolescentes entre 12 a 14 anos, referente à prática de ato sexual.

O presente estudo tem como finalidade adequar a proteção dada pelo legislador aos crimes contra a dignidade sexual relativo aos menores de 14 e maiores de 12 anos, a real situação, de modo que não sejam desconsideradas as particularidades de cada caso, quando então passa a se tornar inservível a presunção absoluta de violência. Foram estabelecidas as seguintes questões norteadoras para o entendimento do tema: Será que em nenhum momento o menor de 14 e maior de 12 anos possui o entendimento do fato criminoso? Será possível considerar um menor entre 12 e 14 anos sempre vulnerável no sentido de justificar uma proteção extrema, levando em consideração a sua experiência sexual ou a sua aparência física?

O Estudo em comento enfatiza o tema supracitado com base na subdivisão em dois capítulos:

O capítulo II traz uma breve abordagem sobre o histórico dos crimes sexuais em relação aos inimputáveis onde será exposto: a definição de inimputável segundo o Código Penal antes da Lei 1205/2009; a presunção de violência nos crimes contra os costumes, se analisa a sua aplicação absoluta ou relativa, e como era o estupro em face do inimputável e em face do menor de 14 anos e maior de 12 anos antes da alteração promovida pela Lei 12015/2009.

No capítulo III, são abordados os crimes sexuais após a realidade da Lei 12015/2009, que terão: a definição de inimputável segundo o atual ordenamento jurídico penal; a presunção de violência nos crimes contra a dignidade sexual, momento em que se ressalta a situação dos adolescentes que sofrem violência sexual; e como os tribunais, doutrinadores, e pensadores se revezam, na busca de uma maior conscientização da problemática, que atingiu e atinge, de forma muitas vezes mascarada, a sociedade brasileira, em todas as épocas; como é o estupro em face do inimputável e em face do menor de 14 anos e maior de 12 anos conforme a alteração promovida pela lei 12015/2009 e por fim a definição de vulnerável e a delimitação do estupro.

O estudo proposto contemplou uma abordagem exploratória, descritiva e analítica, por se tratar de uma pesquisa bibliográfica, a qual implicou no ordenamento de procedimentos de coleta de informações, visando à solução do problema proposto para essa investigação teórica (LIMA; MIOTO, 2007, p.38).

Para tanto, foi realizado o levantamento das fontes secundárias que descrevem e discutem a temática em apreço, contemplando a doutrina e a

jurisprudência pátria, considerando como critérios de seleção, a atualidade e a cientificidade, abrangendo o período entre 1953 e 2012.

Além disso, foram selecionadas palavras-chave para essa coleta, sendo elas: Estupro – Vulnerável - Presunção de violência. No primeiro momento procedeu-se a busca em repositórios da *WEB* que congregam a produção científica sobre área específicas do conhecimento. Foram pesquisadas as bases: SciELO, Lilacs, JusNavegandi, âmbito-jurídico entre outras originárias de sociedades científicas e instituições de ensino superior, perfazendo 25 (vinte e cinco) obras na forma de artigos científicos, livros e legislação.

A pesquisa bibliográfica se ateve a análise explicativa e crítica dos conteúdos abordados, bem como a síntese integradora e a interpretação das ideias contidas nas obras pesquisadas. Foram consideradas as seguintes etapas: Leitura de reconhecimento que visou localizar e identificar as fontes secundárias; Leitura exploratória que objetivou verificar as ideias abordadas; Leitura reflexiva e/ou crítica que teve como escopo, diferenciar as informações pautadas nas concepções dos autores, implicando na interpretação das ideias (LIMA; MIOTO, 2007, p.40-42).

No segundo momento, recorreu-se ao fichamento bibliográfico, por intermédio do uso da ficha de leitura, que contempla: resumo, citação, comentário e ideação. Portanto, diante do exposto, enfatiza-se que, este estudo servirá para alargar o entendimento que vem sendo dado pelos Tribunais Superiores do País, em relação à relativização da presunção da violência, de modo que se consiga efetivar a justiça numa situação de violação à dignidade sexual do adolescente entre 12 e 14 anos.

## **2 HISTÓRICO DOS CRIMES SEXUAIS EM RELAÇÃO AOS INIMPUTÁVEIS**

### **2.1 Conceitos de Inimputável segundo o Código Penal antes da Reforma da Lei 1205/2009**

São inimputáveis, de acordo com o Código Penal, quem, ao tempo da infração era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, segundo o doutrinador (JESUS, 1985, p 407).

Para conceituar o inimputável o ordenamento penal se socorre de três critérios, tais quais: a) Critério psicológico; b) Critério biológico; c) Critério biopsicológico ou misto.

Para o primeiro, a inimputabilidade somente acontece quando o agente, na ocasião do crime, se achava privado de compreender o caráter ilícito do fato ou determinar-se conforme esta compreensão.

De acordo com o critério biológico, a inimputabilidade deriva da mera existência de deficiência mental, não existindo investigação psicológica no tocante a capacidade de autodeterminação do agente. Assim, havendo a presença de uma das causas de deficiências mentais (doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior), exclui-se a imputabilidade penal, mesmo o agente tendo se mostrado lúcido no momento da prática do crime.

Por fim, para o critério biopsicológico, a inimputabilidade resulta da união dos dois critérios anteriores (biológico e psicológico), de modo que o inimputável será o sujeito que na ocasião do crime, exiba uma causa de deficiência mental, e não tenha, nesse tempo, a aptidão de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esta compreensão.

O Código Penal Brasileiro adotou o critério biopsicológico que estabelece que para que o sujeito seja considerado inimputável não é suficiente a doença mental, sendo necessário ainda que na ocasião do crime, o agente não esteja num estado de compreender e desejar o ato ilícito, segundo (FUHER, 2000, p. 16-29).

Ressalte-se que nesse critério adotado pelo Código Penal Brasileiro existe uma exceção relativa aos menores de 18 anos, pois que o ordenamento informa que os mesmos são considerados inimputáveis independentemente da capacidade de

compreender ou desejar o crime. Portanto, os menores de 18 anos se adequam ao conceito fixado pelo critério biológico, estabelecendo assim uma presunção absoluta de inimputabilidade, não se discutindo, com isso, se o menor de 18 anos tem ou não capacidade de compreender ou desejar o ato praticado.

Conforme, Delmanto (2002, p. 235), o critério biopsicológico é o melhor e mais aceito critério, pois o menor de 18 anos não tem personalidade já formada, ainda não alcançou a maturidade de caráter.

Independentemente do critério que se use para aferir o modo de responsabilizar aquele que pratica um ilícito, certo é que o pleno discernimento da personalidade moral desses menores trata-se, de uma pura ficção.

Considere-se ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA considera criança a pessoa que ainda não atingiu os 12 anos, não se lhe impondo nenhuma medida disciplinar. Os menores que possuem entre 12 e 18 anos são, pelo Estatuto, considerados adolescentes, e sendo-lhes atribuídas várias medidas disciplinares quando do cometimento de crimes, sendo que a mais severa é a internação em estabelecimento adequado e possui prazo máximo de três anos. O menor de 18 anos mesmo sendo emancipado, adverte o Estatuto, continuará incapaz penalmente, uma vez que a capacidade civil é diferente da penal.

Não se pode negar que alguns jovens de 16, 14 ou 12 anos de idade têm a capacidade de entender a natureza ilícita de determinados atos devido ao seu desenvolvimento intelectual e o acesso a várias informações, não justificando assim que o direito penal, no que atine aos crimes sexuais o proteja de modo absoluto sempre.

Segundo Minahim (1992, p.155) é sabido que para que o jovem tenha personalidade completa não será apenas por meio de inúmeras informações, mas com o amadurecimento biológico, o que se adquire com o passar do tempo. Porém, essas inúmeras informações têm contribuído muito para a formação da personalidade e da capacidade de autodeterminação desses jovens. Se isso não fosse verídico, não teríamos tantos crimes cometidos por menores de 18 anos.

No critério biológico, a idade do agente é fator de inimputabilidade absoluta. Dessa maneira, o inimputável não deve responder pelo ilícito, apesar de cometê-lo, porquanto da presença de todos os requisitos da estrutura do crime, dentre eles, a vontade de cometer o fato. Com efeito, o inimputável tem o desejo de praticar o crime, só que, ao tempo da infração, não tem a capacidade de entender, segundo

este critério, porque a sua conduta é criminosa (incapacidade de entender o caráter ilícito do fato) ou, então, seu impulso patológico supera seu controle racional (incapacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento), de acordo com Hungria, (1949, p. 393/394).

O doutrinador Capez (2005, p.187), quando fala sobre o menor de 18 anos e o silvícola apresenta a seguinte definição: "é o desenvolvimento que ainda não se concluiu, devido à recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência em sociedade, ocasionando imaturidade mental e emocional." Para o silvícola, entretanto, cumpre informar que o mesmo só é tratado como inimputável se não possuir vivência cotidiana dentro da sociedade, com acúmulo de experiências e noções sociais, políticas e morais do meio em que está inserido.

Portanto, o entendimento de que o sujeito até determinada idade não tem discernimento nem desenvolvimento completo para lhe ser imputado culpabilidade vem desde o século XIX, tempo em que já se compreendia que "os jovens deveriam ter um tratamento diferenciado e não poderia estar sujeitos a penas criminais se não fossem capazes de avaliar as consequências de seus atos", segundo González (2007). Assim sendo, ignorar a possibilidade de entendimento do menor de 18 anos, de um modo geral, representa um retrocesso no direito penal.

## **2.2 Presunção da Violência nos Crimes Contra os Costumes**

A presunção de violência estava previsto no artigo 224 do Código Penal: "Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância". (Jesus, 2007, p.776).

Essa violência descrita no Código Penal refere-se à violência presumida, ficta ou indutiva, e apesar dessa crítica se dá por causa das ocasiões concretas do crime, conforme diz o doutrinador Jesus (2007, p.776).

Para um melhor entendimento de tal violência, Taquary (2005, p.15) informa da necessidade de observar o conceito do instituto, explicando que presumida é devido a uma criação jurídica, uma ficção, pois que não houve o uso de força física contra a pessoa (violência real), porém existe a idealização de algumas situações que supunham a vítima não ter vontade, logo não podia permitir ou oferecer resistência a determinado ato.

O legislador fez uma análise das possibilidades de presunção previstas na lei, onde na primeira hipótese que era o caso de menor de quatorze anos, tal presunção era relativa e seria aplicada até o dia em que o menor completasse 14 anos. Em razão da presunção citada, o agente devia ter plena consciência da situação da vítima, pois seria justificável o erro sobre a idade, caso o sujeito ativo não tivesse condições de observar a verdadeira idade, que podia ser pelas condições físicas bem desenvolvidas da vítima, em que seria excluída a aplicação de tal dispositivo.

Havia ainda uma segunda hipótese, que tratava daqueles protegidos pela presunção legal de violência que é o caso de se tratar de alienado ou débil mental, necessário neste caso a prova pericial para certificar do estado da vítima, devendo ainda, o sujeito ativo ter real consciência da situação da vítima, por sua responsabilização, sendo insuficiente a simples dúvida acerca do seu real estado.

Por fim, o terceiro grupo que era protegido pela presunção, era a situação da vítima que não podia oferecer resistência, possuindo aplicação ampla, pois não existia previsão expressa de quais seriam essas hipóteses.

Importante citar alguns exemplos em que podia ocorrer presunção com base nesta última hipótese, como embriaguez completa, uso de entorpecentes, deficiência física e dentre outras tantas possibilidades, segundo Bitencourt (2007, p.903).

Para Jesus (2007, p. 780) era considerável nas três hipóteses que a resistência fosse nula, ou seja, que em razão da situação da vítima não conseguir oferecer qualquer tipo resistência e ou percepção ao ato ilícito praticado em razão de sua condição física ou mental.

Sendo assim, no caso dos antigos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor praticado contra criança ou adolescente, que tinha a previsibilidade de presunção de violência, deveria ser cumprida a regra geral do artigo 225 do Código Penal, isto era, a ação penal seria privada, devendo-se haver responsabilização mediante ação penal privada ou pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não podiam prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis a manutenção própria ou a da família, conforme, o entendimento de Taquary (2005, P. 40).

Portanto, para Capez (2007, p.67) todos os crimes praticados mediante violência presumida, independente das características da vítima, originar-se-ão mediante queixa-crime do ofendido ou de seu representante legal, só sendo possível se socorrer da ação penal pública se for uma das hipóteses dos incisos do artigo

225 do Código Penal (se a vítima ou seus pais não podem prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis a manutenção própria ou da família e se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador).

A violência é, portanto presumida quando o agente comete o crime de estupro contra a vítima menor de catorze anos, alienada ou débil mental, mesmo que haja o consentimento de quaisquer desses sujeitos passivos citados.

O consentimento de uma menor de 14 anos era, portanto inválido, mesmo que esta possuísse um desenvolvimento físico e psíquico superior a sua idade, de modo que a lei só levava em consideração a idade da vítima, que era elementar do tipo penal, sendo a presunção de violência absoluta.

Por, falta de previsão legal a presunção de violência não era crime hediondo.

### **2.3 Estupro em Face do Inimputável e em Face do Menor de 14 anos e Maior de 12 anos.**

O crime de estupro, de acordo o artigo 213 era assim descrito: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ao grave ameaça (Pena - reclusão, de 6 a 10 anos)”.

Possuía previsão como crime hediondo, e, o dissentimento (discordância) da vítima devia ser sincero e positivo, manifestando-se por resistência evidente; não bastando a oposição meramente simbólica, por simples gritos, ou passiva e inerte.

Acaso não chegasse a ocorrer à conjunção carnal, mas a vítima engravidasse pela mobilidade dos espermatozoides, o agente não responderia pelo “estupro” e sim pelo “atentado violento ao pudor” (entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência).

Situação interessante era quando a mulher que obrigava o homem à prática de conjunção carnal, sendo neste caso responsabilizada por constrangimento ilegal.

Para que uma mulher pudesse responder pelo estupro era necessário que a mesma colaborasse com o delito cometido por algum homem, a exemplo de estar uma mulher ajudando a segurar a vítima, instigando-o a prática do “estupro”.

Quando o pai praticava conjunção carnal com a filha sem ela resistir, a responsabilização também se dava com enquadramento no “estupro”, pois o simples

temor reverencial (respeito que a filha tem pelo pai) vinha sendo reconhecido muitas vezes como elemento caracterizador da grave ameaça.

Na hipótese do homem embebedar ou hipnotizar a mulher, deveria responder pelo “estupro”, mediante violência indireta.

O estupro em face do inimputável estava disponível no artigo 215 do código penal que assim versava:

Ter conjunção carnal com mulher honesta (aquela que não rompeu com o mínimo de decência exigida pelos bons costumes), mediante fraude (o agente provoca na mulher uma visão distorcida da realidade, para conseguir induzi-la à prática da conjunção carnal - ex.: agente ingressa em um quarto escuro onde a mulher aguarda seu marido para com ele manter relação sexual; curandeiro exige de pessoa rústica a prática de conjunção carnal como único meio de retirar “encostos”, “mandingas” etc.”.):

Pena - reclusão, de 1 a 3 anos.

§ único - Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 e maior de 14 anos (se não for maior de 14 anos, o agente responderá pelo “estupro” com presunção de violência): Pena - reclusão, de 2 a 6 anos. (Capez 2005, p.196).

A menoridade, por sua vez, não permite a formação da culpabilidade em razão da inimputabilidade que gozam os menores de dezoito anos. Isso se deve à presunção de seu incompleto desenvolvimento psíquico-social e moral. Assim sendo, o ato praticado pela criança ou pelo adolescente poderá ser típico e ilícito, porém jamais culpável, de modo que eles jamais serão sujeitos ativos de contravenção ou crime.

Destarte, a conduta delituosa executada por criança ou adolescente é denominada tecnicamente de ato infracional, e diferente do que possa se supor não estarão isentos de responsabilidade, mas serão punidos de acordo com o seu entendimento, conforme previsto no Estatuto da Criança e Adolescente - ECA.

Já o estupro em face do menor de 14 anos e maior de 12 anos era preconizado no artigo 224 que presumia violência, se a vítima fosse menor de 14 anos, excluindo-se a presunção de violência, entretanto, se o agente provasse ter ocorrido erro de tipo, ou seja, se demonstrasse que, por erro plenamente justificável pelas circunstâncias, tivesse suposto ter a vítima mais de 14 anos. Um exemplo dessa hipótese era a situação da vítima que mentiu sobre sua idade, e aparentava possuir idade mais avançada.

A presunção de violência podia ser aplicada também para a pessoa alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância, se a doença mental deveria

retirar totalmente da vítima a capacidade de entendimento sobre a natureza do ato; deve ser comprovada pericialmente, e pessoa que não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência, sendo assim indiferente que o fator impossibilitante da defesa da vítima tenha ou não sido provocado pelo agente – doença, paralisia, velhice, embriaguez, desmaio, ministração de sonífero ou drogas etc.; deve ficar demonstrado que a vítima estava completamente impossibilitada de resistir, conforme Capez (2005, p.196).

### **3 DOS CRIMES SEXUAIS APÓS O ADVENTO DA LEI 12.015/2009**

#### **3.1 Conceito de Inimputável Segundo o Atual Ordenamento Jurídico Penal**

Conforme a Constituição Federal em seu artigo 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Do mesmo jaez é o artigo 27 do Código Penal: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” (VIANNA, 2008).

São também inimputáveis, de acordo com o artigo 26 do Código Penal, quem, ao tempo da infração era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Também estará configurado em razão da inimputabilidade a existência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado ou ainda por embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

A inimputabilidade trata, pois, da incapacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Dessa maneira, o inimputável não deve responder pelo ilícito, apesar de praticá-lo, estando presentes todos os requisitos da estrutura do crime, dentre eles, a vontade de cometer o fato.

Com efeito, o inimputável tem o desejo de praticar o crime, só que, ao tempo da infração, não tem a capacidade de entender porque a sua conduta é criminosa (incapacidade de entender o caráter ilícito do fato) ou, então é incapaz de determinar-se de acordo com esse entendimento. (CAPEZ, 2005, p.85, 86)

No entender de Capez (2007, p. 309):

[...] doença mental é a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar a vontade de acordo com esse entendimento. Compreende a infindável gama de moléstias mentais, tais como epilepsia condutopática, psicose, neurose, esquizofrenia, paranoias, psicopatia, epilepsias em geral etc.

Nessa linha de intelecção, diz Hungria (1953, p. 334) que:

[...] doença mental abrange as psicoses, que poderão ser constitutivas (esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva, epilepsia genuína, paranoia, parafrenias e estados paranoicos) ou adquiridas (traumáticas, exóticas, endotóxicas, infecciosas e demências por senilidade, arteriosclerose, sífilis

cerebral, paralisia geral, atrofia cerebral e alcoolismo). E o desenvolvimento mental retardado será encontrado nas várias formas de oligofrenia (idiota, imbecilidade, debilidade mental).

Acerca da configuração da inimputabilidade, estabelece Delmanto (2007, p. 101) que:

São três os (*requisitos*) necessários para que se afirme a inimputabilidade prevista no *caput* deste art. 26: 1. *Causas*. Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Cumpre observar que o nosso Diploma Penal não indica quais seriam "essas doenças mentais", cabendo à psiquiatria forense defini-las [...] 2. *Consequências*. Incapacidade completa de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão. 3. *Tempo*. Os dois requisitos anteriores devem coexistir ao tempo da conduta. Assim, não basta a presença de um só dos requisitos, isolado. Necessário se faz que, em razão de uma das duas causas (requisito 1), houvesse uma das duas consequências (requisito 2), à época do comportamento do agente (requisito 3).

O critério adotado pelo Código Penal para esses inimputáveis (pessoa com doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e o sujeito que não, por qualquer outra causa, oferecer resistência) permaneceu o mesmo, qual seja, o critério biopsicológico, por meio do qual o inimputável para ser considerado como tal, na ocasião do crime, o sujeito não possuía condições de compreender e desejar o ato ilícito.

A exceção quanto aos menores de 18 anos permaneceu, sendo adotado para eles o critério biológico atendo-se exclusivamente a idade do agente ou vítima.

Esse critério biológico é justificado pelo fato de que esses menores de 18 anos são imaturos e não atingiram o grau de desenvolvimento físico-mental suficiente para poder compreenderem o significado ético social das suas ações, não conseguindo distinguir o que é certo e o que é errado.

Quando a Constituição Federal (art. 228) e o Código Penal (art. 27) se referem à inimputabilidade não querem dizer irresponsabilidade, mas apenas tratam da não sujeição destes das penas previstas na parte especial (ou leis extravagantes) do Código Penal. (VIANNA, 2008).

Com relação ao menor de dezoito anos, Costa Júnior (2000, p.119) afirma que:

[...] mesmo que dotado de capacidade plena para entender a ilicitude do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento, a lei o considera imaturo e, portanto inimputável. Uma presunção *juris et de jure*, assentada em mero critério biológico.

Conforme Dotti (2005, p. 411):

Segundo este critério, também chamado de etiológico, a inimputabilidade é declarada uma vez comprovada a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Não se indaga a respeito das condições psicológicas do agente quanto ao entendimento acerca do fato praticado e da capacidade ou não de se determinar. A constatação da anomalia deve ser feita através de perícia médico-legal.

Segundo Mirabete e Fabbrini (2007, p. 207), é o sistema de aferição de acordo com o qual:

[...] aquele que apresenta uma anomalia psíquica é sempre inimputável, não se indagando se esta anomalia causou qualquer perturbação que retirou do agente a inteligência e a vontade do momento do fato. É evidentemente, um critério falho, que deixa impune aquele que tem entendimento e capacidade de determinação, apesar de ser portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto, etc.

Sobre o critério biológico Mirabete (2005, p. 272) dispõe que:

Adotando um critério puramente biológico, de idade do autor do fato, dispõe a lei que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis. Não se leva em conta o desenvolvimento mental do menor que, embora possa ter ser penalmente capaz de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento, não poderá ser responsabilizado penalmente por suas ações. Trata-se de um caso de presunção absoluta de inimputabilidade, e, embora não se possa negar que um jovem menor de idade tem hoje amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos, não se admite a prova de que era ele, ao tempo da ação ou omissão, capaz de entendimento e determinação. A regra foi elevada a nível constitucional, prevendo expressamente a inimputabilidade dos menores de 18 anos (artigo 228 da CF).

Resta claro assim, que a Lei n. 12015 de 2009 nada alterou neste ponto, permanecendo inalterado o conceito do inimputável.

### **3.2 Presunção da Violência nos Crimes Contra a Dignidade Sexual**

Com o advento da Lei n. 12015 a presunção de violência foi extinta, acabando de vez a discussão que havia nos tribunais brasileiros, principalmente os superiores, no que dizia respeito à natureza da presunção de violência, quando os delitos eram praticados contra vítima menor de 14 (catorze) anos, pois antes desta lei se exigia a elementar (violência ou grave ameaça) embora se presumisse a sua existência - artigo 224, do Código Penal. Para o Supremo Tribunal Federal – STF a presunção de violência era absoluta, permanecendo assim, a divergência jurisprudencial, considerando que inúmeros julgados definiam que a presunção era relativa, entendimento concordado pela doutrina com a edição da lei supracitada.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp. nº. 46.424, decidiu pela inconstitucionalidade do art. 224 do CP por este desprezar a responsabilidade subjetiva:

EMENTA: RESP - PENAL - ESTUPRO - PRESUNÇÃO DE VIOLENCIA. O direito penal moderno é direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se a conduta delituosa. Conduta e fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O direito penal da culpa é inconciliável com presunções de fato, que se recrudescça a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem, corolário do imperativo da justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e princípio da personalidade (sentido atual da doutrina) a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, REsp 46.424, D.J.U. 08.08.1994).(Grifei).

O Supremo Tribunal Federal, assim se posiciona sobre o tema:

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada à aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224 alínea "a", do Código Penal. (HC 73662, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 21/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34535 Ement Vol-01842-02 PP-00310 RTJ Vol-00163-03 PP-01028). (Grifei).

Para Nucci (2009, p. 34-35) não há mais sentido a divergência, considerando que o legislador não mais exigia a elementar "grave ameaça ou violência", no caso do sujeito passivo ser menor de 14 anos, revogando assim todo o artigo 224 do Código Penal, e criando, o novo tipo com *nomen juris* - estupro de vulnerável (art. 217-A), do Código Penal. Segundo este artigo, a possuir tal condição de vulnerabilidade aquele que não consegue consentir validamente o ato sexual.

Acerca de tal alteração, observa-se o entendimento de Nucci:

Assim fazendo, o que se pretende é inserir, tacitamente, sem mais falar em presunção – um termo que sempre gerou polêmica em direito penal, pois atuava contra os interesses do réu -, a coação psicológica no tipo idealizado. Proíbe-se o relacionamento sexual do vulnerável, considerado o menor de 14 anos, o enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, bem como aquele que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência. Em outros termos, reproduz-se o disposto no art. 224 no novo tipo penal do art. 217-A, sem mencionar a expressão de violência presumida 217.

Em virtude de tal revogação a presunção de violência prevista no artigo 224, deixa de existir, pois não há mais necessidade de conjunção entre tal dispositivo e o artigo 213 para a constatação da existência da presunção de violência que ocasionava na incriminação do agente (NUCCI, 2009, 34-35).

Pinheiro (2009, p.660) diz que o novo tipo penal, estupro de vulnerável consiste na conduta do sujeito ativo “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”, conforme dispositivo legal.

Porém o legislador previu mais duas outras hipóteses de vulnerabilidade, previstas no § 1º, quais sejam, “alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”.

No estupro de vulnerável não é necessário que haja violência para sua caracterização, não se podendo falar sequer em presunção da mesma. De acordo com Greco (2009, p.67), não será necessário o emprego de violência ou grave ameaça, podendo o ato ser cometido inclusive com o consentimento da vítima, que mesmo assim estará caracterizado o crime.

Theodoro (2010, p.50) informa que quando se referir ao menor de 14 anos, o sujeito ativo do crime deverá, de modo obrigatório, cometer dolosamente, de forma voluntária e consciente o ato, devendo ainda conhecer condição da vítima para que esteja presente o crime.

Mas, se o agente não conhecia a real condição da vítima, acontecerá então erro de tipo, com isso sua conduta poderá ser atípica ou ainda ocorrer desclassificação para o delito de estupro em sua forma simples, caso a conduta tenha sido praticada com o emprego de violência ou grave ameaça, conforme, Greco (2009, p. 66-67).

Com a Lei 12.015/2009, os crimes sexuais que atingem os vulneráveis passaram a ser considerados crimes hediondos, entendimento confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ.

O artigo 224, já revogado, previa pena de seis a dez anos de reclusão, quando houvesse presunção de violência. Com a mudança, o novo dispositivo,

artigo 217-A prevê um aumento significativo, quando se atinge o vulnerável, de modo que a pena passa a ser de 8 a 15 anos de reclusão.

A esse respeito Nucci (2009 p.34-35):

Elevou-se a pena para reclusão, de oito a quinze anos. Nesse caso, resolve-se mais um problema, consistente na incidência do aumento determinado pelo art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, quando fosse aplicável o art. 224 do Código Penal. A antiga discussão sobre o pretenso bis in idem está superada. O estupro de vulnerável recebe pena autônoma e superior ao estupro comum, demonstrando assim a relevância e o impacto social da conduta delituosa.

A revogação do artigo 224 acabou de vez com as discussões referente à violência seja real ou presumida ou ainda absoluta ou relativa, segundo OLIVEIRA (2009).

Com o novo art. 217-A, o STF reforçou seu posicionamento, conforme a seguinte decisão que segue estancando qualquer dúvida neste sentido; de modo que passa a deixar claro o entendimento de proteção absoluta para os vulneráveis, fato questionado neste estudo.

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

### **3.3 Estupro em Face do Inimputável e em Face do Menor de 14 Anos e Maior de 12 Anos Conforme a Alteração Promovida Pela Lei 12015/2009**

Segundo Nucci (2010, p.873), a Lei 12.015/2009 modificou a antiga redação “dos crimes contra os costumes” atribuindo uma nova denominação a referidos crimes, qual seja, “crimes contra a dignidade sexual”. Com isso, o bem jurídico a ser tutelado passa a ser a dignidade sexual, em homenagem aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana.

A proteção do inimputável vem no parágrafo 1º do artigo 213, que tipifica a figura do estupro quando da ocorrência de lesões corporais de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 anos ou maior de 14 anos.

Duas são as hipóteses trazida pelo dispositivo supracitado: 1ª) ocorrência de lesões graves (que abrangem as lesões gravíssimas) decorrentes da conduta do agente; 2ª) vítima maior de 14 anos e menor de 18 anos na data do fato.

Quanto às lesões graves (ou gravíssimas), deixou claro o legislador que tais são resultados devem decorrer da conduta, portanto da violência ou grave ameaça empregadas contra a vítima para que tenha o enquadramento neste tipo.

No que tange à idade da vítima, se maior de 14 e menor de 18 anos, evidentemente, apenas poderá haver qualificadora para o delito se houver dolo, direto ou eventual, do agente quanto à circunstância, sob pena de se estar admitindo responsabilidade penal objetiva, vedada no Direito Penal. Observe-se, também, que se a vítima for menor de 14 anos, ocorrerá estupro contra vulnerável, tipificado no artigo 217-A do Código.

Para Leal (2010), com essa modificação da lei, a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso contra menor de 14 anos extingue a modalidade do tipo penal comum de estupro, passando a utilizar uma nova espécie de tipo penal com nomenclatura própria: “estupro de vulnerável”. Destacando assim, que a espécie “pessoa vulnerável” é um novo conceito de Direito Penal e tem que ser entendido, conforme o artigo 217-A, como toda criança ou mesmo adolescente com menos de 14 anos e maior de 12 anos ou também, qualquer pessoa incapacitada física ou mentalmente de opor resistência à ação do sujeito ativo do crime.

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

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

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

Para o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, criança é a pessoa até os 12 anos de idade, porém o Código Penal prolonga a proteção penal integral, também aos adolescentes menores de 14 anos e maiores de 12 anos, pois pelo conteúdo formal da norma, a liberdade sexual destes seres ainda em formação deve ser assegurada de modo absoluto e sem exceções.

Também inovado, no tipo 217-A do Código Penal é ter como sujeito passivo o indivíduo que se enquadre nas condições de vulnerável, independentemente de seu gênero, quer masculino ou feminino, como aduz Nucci (2009, p. 826), sujeito passivo do estupro vulnerável é “A pessoa vulnerável (menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, ou pessoa com incapacidade de resistência)”.

Outra grande modificação foi em relação ao sujeito ativo do estupro que deixou de ser de apenas o homem, sendo possível a prática também por mulher; conforme resta confirmado por Greco (2011, p. 535) que assim relata:

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

Como diz Nucci (2009, p. 37) o crime de estupro de vulnerável ainda provoca divergência quando se refere à presunção de violência. Agora, aplicado ao termo vulnerável, que assim como presunção de violência também pode ser relativa ou absoluta. Desde a vigência do artigo 224 do Código Penal de 1940, muitos doutrinadores entendiam que é relativa, e não absoluta a vulnerabilidade das vítimas desses crimes que possuam menos de catorze anos.

Noronha (1995, p. 213) afirmava que declarar a presunção de violência absoluta “é inadmissível, porque se puníssemos sempre o agente que tivesse contato carnal com um menor, estaríamos consagrando a responsabilidade objetiva, coisa, entretanto, repudiada pela nossa lei”.

No mesmo sentido Mirabete (2006, p.478) indica circunstâncias inerentes à vítima menor de catorze anos, que se observadas, afastaria a culpabilidade do agente, e portanto, vai de encontro à responsabilidade objetiva penal:

Não se caracteriza o crime, quando a menor de 14 anos se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despuerada e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento. Por outro lado persiste o crime ainda quando menor não é mais virgem, é leviana, é fácil e namoradeira ou apresenta liberdade de costumes [...].

Para o Supremo Tribunal Federal (STF), “[...] [o] sistema jurídico penal brasileiro não admite imputação por responsabilidade penal objetiva”. (STF. Inq.

1.578-4-SP, 18.12.03), o que confirma a necessidade de entendimento da presunção relativa.

Portanto, mesmo depois da inovação do tipo penal autônomo do artigo 217-A, Estupro de Vulnerável, permanece e, se alastra ainda mais a discussão quanto à aplicação objetiva da responsabilidade penal do agente, que é repudiada no ordenamento jurídico pátrio.

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

Apelação Crime. Crimes Contra a Liberdade Sexual. Estupro de Vulnerável. Relação de Namoro Entre Vítima e Réu. Relativização do Conceito de Vulnerabilidade. Rejeição da denúncia. Ausência de justa causa para a ação penal.

A vulnerabilidade da vítima – tal como disposta no art. 217-A do Código Penal – não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário – o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva –, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes (Apelação Crime nº. 70046185104. Des. Sylvio Baptista Neto - Presidente).

Para que haja a configuração do estupro de vulnerável, é suficiente que o sujeito ativo tenha conhecimento de que a vítima (sujeito passivo) é menor de 14 anos e maior de 12 anos e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, caso contrário o mesmo poderá alegar erro de tipo, como aduz Greco e não responder pelo delito nesta modalidade (2010, p.514).

Para a lei, o menor de 14 anos e maior de 12 anos é considerado hipossuficiente, vulnerável, frágil, incapaz de consentir para a validade da relação sexual. Assim, o seu direito a liberdade sexual se torna um direito indisponível. Porém, são diversas as situações que levam o agente a cometer um erro sobre a verdadeira idade de uma pessoa, vez que a sociedade passou por várias mudanças sociais e culturais.

Segundo Greco (2009, p.74), se na hipótese concreta, o agente desconhecia qualquer uma dessas características constantes da infração penal em estudo, poderá ser alegado o erro do tipo, afastando-se o dolo e conseqüentemente a tipicidade do fato.

Ainda sobre o erro de tipo, Greco (2011, p.243) salienta a necessidade de o agente ativo conhecer a condição da vítima de possuir menos de 14 (catorze) anos, pois, para incorrer nesse delito, o dolo é essencial; caso contrário, poderá o dito autor alegar o erro de tipo, e que, analisando os fatos e circunstâncias concretas poderão resultar na atipicidade do fato ou desclassificação, que no caso seria a aplicação do estupro nos moldes do art. 213 e para exemplificar essa afirmação, Greco nos descreve a seguinte situação:

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, devido à sua compleição física, bem como pelo modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas etc., quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um motel, onde com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, mantendo em vista a ausência de violência física ou grave ameaça.

Como aduz Ramos (2009), na vigência da nova lei, a ação penal a ser aplicada nos casos da vítima ser menor de 18 anos ou vulnerável é a ação pública incondicionada, correndo a ação em segredo de justiça. Contudo, não é mais necessária à existência dos elementos de não ter o ofendido condições de suportar os custos do processo, de abuso do poder familiar, ou resultar da conduta lesão corporal grave ou morte. Sendo assim, a ação será incondicionada pela simples condição da vítima e não mais em virtude de tais requisitos impostos pela lei anterior, conforme Cabette (2009, p.655-674).

Entretanto, há uma exceção a este critério biopsicológico, que é referente aos menores de 18 anos, não sendo nestes casos necessário que o sujeito passivo seja incapaz de entender ou querer o ato que com ele se pratica. Pois, o Código, para este caso específico adotou o critério biológico, fixando uma presunção absoluta de inimputabilidade, sem qualquer questionamento sobre a real incapacidade de entender ou querer o fato praticado.

### **3.4 Definição de Vulnerável e Delimitação do Estupro**

Vulnerável é quem, de forma absoluta, não tem discernimento suficiente para consentir validamente aos atos sexuais a que são submetidas.

Mesmo concordando em fazer o ato sexual, esse consentimento não será considerado válido, como reza a lei, salvo nas hipóteses em que o sujeito passivo

tem pleno discernimento. Mas, quando não puder oferecer resistência ao ato sexual forçado, o estupro se tipifica dada a ausência de consentimento e não apenas pela impossibilidade de resistência.

Segundo Oliveira (2009), são vulneráveis, portanto: a) O homem ou a mulher que ainda não completou quatorze (14) anos de idade (essa vulnerabilidade cessa à zero hora do dia em que o sujeito passivo faz seu aniversário de 14 anos); b) O homem ou a mulher (com 14 anos ou mais de idade) que não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual, em razão de enfermidade mental ou deficiência mental; c) O homem ou a mulher (com 14 anos ou mais de idade) que por qualquer outro motivo não pode oferecer resistência, como portadores de necessidades especiais com problemas físicos graves (paraplégicos, parapléjicos, acamados em geral impossibilitados de se levantar e de resistir) e pessoas em completo estado de torpor físico e mental em razão do uso, voluntário ou não, de drogas ou bebidas alcoólicas.

O Código tem por vulneráveis e, portanto, passíveis de crime de estupro independentemente do uso de violência ou grave ameaça, os indivíduos que se encontram numa das seguintes hipóteses:

a) menor de 14 anos;

b) quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

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

São casos em que o legislador, valendo-se de um critério de política criminal, declara tais indivíduos incapazes de consentirem validamente, negando-se-lhes o direito de decidirem por conta própria sobre a sua própria autodeterminação sexual.

A vulnerabilidade decorre, pois da idade da vítima – menor de 14 anos. A lei considera que a pessoa nesse estágio de desenvolvimento, não tem a maturidade sexual, não podendo o seu consentimento ser válido, assim, não haverá neste tipo penal elementar de violência ou grave ameaça.

Por este conceito apresentado, depreendemos que hoje o indivíduo dificilmente estará alheio aos assuntos sexuais, ainda que de pouca idade, o que afasta, com raras exceções, a alegação de *inocência* nos casos em que jovens, e principalmente para nosso estudo, os menores de catorze anos e maiores de 12 anos, se envolvem em ações de cunho sexual, conforme Nucci (2009, p. 42).

Nos tempos passados tinha razão o legislador ao apontar a inocência como situação que justificasse resguardar as moças daquela época, pois que naquele tempo a virgindade era mais do que uma “virtude”, era essencial para preservar a honra de toda uma família e para possibilitar um bom casamento; assim, assuntos sexuais eram restritos, e até mesmo proibidos para “moças de boa família”, ensejando rótulo de “perdida” àquelas que se interessavam por tais conhecimentos.

Contudo, atualmente, com raras restrições a informações, dificilmente se encontrará menores de catorze anos totalmente inocentes, em relação ao desconhecimento, no que condiz aos fatos sexuais ou atos libidinosos, ainda que não praticantes, pois estes detêm conhecimento sobre o tema, sendo informados por quase todos os meios de comunicação. (NUCCI, 2009, p.44).

Resta-nos aferir, entretanto, o “grau” de desconhecimento apresentado pelo indivíduo, quando agente passivo dos delitos sexuais, devendo ainda ser averiguada a falta de discernimento necessário para a prática do ato sexual dos portadores de enfermidade ou deficiência mental, ou ainda, a falta de capacidade de oferecer resistência, seja qual for a causa, situações essas, contemplada no parágrafo primeiro do dito estupro de vulnerável segundo Nucci (2009, p.44).

O STF desta forma, mais uma vez, informa por meio do julgado do *Habeas Corpus* nº. 73.662-9, de 1996, do Rel. Min. Marco Aurélio, a necessidade de se pensar na relativização do tema:

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

Em entrevista, a coordenadora da Casa do Adolescente, de São Paulo, afirma Sasson (2009, [n.p.]):

As estatísticas mostram que a idade do início da atividade sexual ocorre entre 14 e 17 anos. Temos, porém, que a primeira relação amorosa está acontecendo antes dos 14, isto é, o primeiro desejo, o primeiro encantamento. Hoje, ser BV - boca virgem - aos 14 anos pode ser um fator de discriminação ou de insegurança entre os adolescentes. Em relação à atividade sexual, não é só precoce a idade cronológica, mas também é precoce o tempo de relacionamento. Desde os anos 90 as pesquisas apontam que o relacionamento sexual faz parte do namoro, portanto houve uma mudança. A atividade sexual que antes se iniciava com profissionais

do sexo, hoje acontece com o namorado, amigos ou conhecidos, o que gera mais insegurança. Os pais de antigamente tinham relações com profissionais do sexo, de forma clandestina, sem conhecimento dos pais, e o homem era aprovado na sua atuação sexual. A mulher era mantida culturalmente virgem.

Vulnerável, desta forma, é um termo de origem latina, *vulnerabilis*, que em sua origem vem a significar a lesão, corte ou ferida exposta, sem cicatrização, ferida sangrentas com sérios riscos de infecção. Demonstra sempre a incapacidade ou fragilidade de alguém, motivada por circunstâncias especiais, segundo Hecker (2001).

Tipos de Vulnerabilidade:

a) Menor de 14 anos

À semelhança do que se passava antes da reforma, há estupro, se, não obstante eventual consentimento, a vítima for menor de 14 anos. Antes da reforma a lei dispunha que “presume-se a violência, se a vítima é menor de 14 anos”. Com a reforma, a expressão *presunção de violência* foi substituída por *vulnerável*.

Apesar disso, temos que a controvérsia que havia antes, sobre o caráter absoluto ou relativo da presunção, permanece, quer porque toda lei, por mais clara, pressupõe e exige interpretação, quer porque as palavras não conseguem alcançar todas as situações, quer porque subjacente à ideia de vulnerabilidade em relação ao tempo em que houver a infração penal.

A idade deve ser provada por meio de certidão de nascimento ou documento equivalente, como aduz Lauria (2011).

b) Portador de Transtorno Mental

De acordo com a classificação de “Transtornos Mentais e de Comportamento da CID (Organização Mundial de Saúde – OMS), a inimputabilidade, total ou parcial, pode resultar, dentre outros, dos seguintes transtornos: demência na doença de Alzheimer, demência vascular, transtornos mentais decorrentes de lesão e disfunção cerebrais, transtornos mentais decorrentes de uso de substância psicoativa, esquizofrenia, transtornos do humor (afetivos), transtorno afetivo bipolar, transtorno depressivo recorrente, transtornos neuróticos relacionados ao estresse, transtornos alimentares, transtornos mentais e de comportamentos associados ao puerpério,

transtornos específicos de personalidade (transtorno de personalidade paranoide, esquizoide, antissocial), retardo mental (leve, moderado, grave, profundo) e outros.

Como transtornos de hábitos e impulsos, são citados: o jogo patológico, o comportamento incendiário patológico (piromania), roubo patológico (cleptomania); como transtornos de identidade sexual e preferência sexual: transexualismo, fetichismo, travestismo, exibicionismo, voyeurismo, pedofilia, sadomasoquismo etc. Ocorre que, embora portador de algum transtorno mental importante, o indivíduo pode levar uma vida absolutamente normal, sobretudo quando adequadamente tratado/medicado. Consequentemente, para a configuração de estupro de vulnerável, não basta que o ofendido seja enfermo ou deficiente mental (conforme expressão usada pelo Código), é necessário, ainda, que seja incapaz de autodeterminação (inimputável), visto que o transtorno não implica necessariamente a inimputabilidade.

A inimputabilidade decorrente de transtorno mental e, pois, a impossibilidade de resistir ao estupro, deve ser provada por meio de perícia.

#### c) Ofendido Impossibilitado de Oferecer Resistência

Haverá também estupro de vulnerável sempre que se tratar de ofendido que, por qualquer razão, esteja, no momento do crime, impossibilitado de oferecer resistência. Como refere Hungria, a incapacidade de resistência (de reação, de defesa) pode resultar de variadíssimas causas (transitórias ou permanentes): enfermidade, paralisia dos membros, idade avançada, excepcional esgotamento, sono mórbido, síncope, desmaios, delírios, uso de droga lícita ou ilícita, hipnose e outros.

Para tanto, é irrelevante se foi o agente, a vítima ou terceiro quem deu causa à situação de vulnerabilidade.

Uma definição biológica para o menor entre 12 e 14 anos é o seu desenvolvimento que inicia com a puberdade. (SAMPAIO, 1995, p.79).

O período da puberdade inicia com o funcionamento dos órgãos sexuais femininos e masculinos. Para as meninas inicia-se mais cedo, ocorrendo logo depois dos dez anos, e/ou quando da sua menstruação, já para os meninos acontece com a possibilidade de ejacular, o que ocorre a partir dos doze anos, mais ou menos.

A adolescência é um período do ciclo da vida que tem sofrido algumas alterações ao longo da história, quer relativamente à localização dos indivíduos no seio dos grupos, quer em relação às suas normas de condutas. Por sua vez, os fenómenos demográficos também têm exercido alguma influência sobre o comportamento dos jovens, assim como o progresso de algumas ciências como a antropologia, a sociologia, a biologia e a psicologia que têm contribuído para o estudo do adolescente integrado no seu meio sociocultural. Ela apresenta características especiais em função das épocas em que vive do ambiente cultural, social e económico. Cada geração é sempre confrontada com os problemas sociais da sua época (BRACONNIER; MARCELLI, 2000, p.101).

Palomba (2003, p. 509), com clareza explica que o desenvolvimento do homem se dá de maneira gradativa:

Os momentos biopsicológicos do desenvolvimento do ser humano, que se faz aos poucos, sem saltos bruscos, podem ser traduzidos em idade, da seguinte maneira: do nascimento aos 12 anos é o período das aquisições mentais, no qual o cérebro sequer atingiu o seu peso definitivo, lembrando que os neurónios (células cerebrais) se maturam pouco a pouco. Dos 13 aos 18 anos, quando se inicia a espermatogênese no homem e ocorre a menarca na mulher, o cérebro ainda não está totalmente desenvolvido, embora já ofereça condições para, no meio social, o indivíduo formar os seu próprios valores ético morais, e ter os seu interesses particulares. A partir dos 18 anos já está biológica e psicologicamente com suas estruturas suficientemente desenvolvidas e, portanto, apto para a vida. Tudo isso se desenvolve aos poucos, paulatinamente, como a fruta verde que com o tempo amadurece.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema escolhido pretende levar todos a uma reflexão no que toca proteção do menor de 14 e maior de 12 anos, de maneira que não se presuma que a violência nos casos em que esta classe seja vítima seja sempre absoluta, mas que se verifique a necessidade de analisar o caso concreto de modo que se garanta uma aplicação justa da lei.

Contudo, não se pretende aqui afrontar o legislador, que querendo resguardar o desenvolvimento das crianças e adolescentes quanto aos planos físico-biológicos, psíquicos e moral, positiva a vulnerabilidade desses frente às mazelas da sociedade, inclusive relacionando o estupro de vulnerável no rol dos crimes hediondos.

O objetivo é levantar o debate sobre o elemento normativo “vulnerável”, evidenciando que o julgador deve compreender a necessidade de ponderação do texto normativo, de modo a permitir a apreciação do caso em análise quando o menor de um modo geral seja vítima dos crimes sexuais, não se utilizando do direito penal para inverter a responsabilidade subjetiva em objetiva, o que inclusive, afronta os princípios constitucionais penais da necessidade de análise da culpabilidade quando da aplicação da pena.

A inocência do menor de quatorze anos e maior de doze anos está cada vez mais difícil de ser comprovada, uma vez que a maturidade sexual está se tornando dia a dia mais precoce, não podendo ser desconsiderado que a própria vítima em determinados casos toma a iniciativa do ato sexual. Então, uma vez tendo o conhecimento do ato sexual, e se dispondo a praticá-lo de modo espontâneo, deve-se levar em consideração o seu entendimento.

Em razão disso, nossos tribunais devem analisar caso a caso, individualmente, para que assim não cometam nenhuma injustiça.

Não parece razoável igualar todos os adolescentes maiores de 12 anos e menores de 14 anos ao patamar de vulneráveis, pois, nem todos estão no estado de inocência, como já explanados alhures.

Pelo exposto fica evidente que a presunção de violência no estupro de vulnerável traz consigo uma grande discussão no que se refere à possibilidade ou não de assumir, quando da proteção dessa classe, a relativização do que consta na norma, tornando a presunção de violência relativa, admitindo-se assim a

apresentação de prova que permita ao acusado provar que não necessariamente o ato praticado contra o “adolescente” foi feito tomando por base a sua inocência.

Fato que inclusive homenageia os princípios constitucionais da presunção da inocência, do contraditório e da ampla defesa.

Por derradeiro, conclui-se que a concordância com o que se encontra disposto no Código Penal no que atine a presunção da violência para os vulneráveis, quando sujeitos passivos dos crimes sexuais, coloca em cheque a própria evolução biológica dos adolescentes, sendo necessário repensar a letra da lei por meio dos estudiosos, bem como através dos novos entendimentos jurisprudenciais que decidindo pela vulnerabilidade relativa – presunção “*juris tantum*”, admitindo a produção de prova em contrário. E, por meio dessa nova visão pode-se até mesmo se pensar no desaparecimento da presunção absoluta, sendo tomando como a base à própria evolução biológica do adolescente.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1v.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRACONNIER, A.; MARCELLI, D. **As mil faces da adolescência**. Lisboa: Climepsi Editores, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Habeas corpus nº 158359**. Sexta Turma. Relator Ministro Og Fernandes. Acórdão 31/08/2010. DJe 27/09/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16781067/habeas-corpus-hc-158359-mg-2009-0250137-1-stj>>. Acesso em 10 nov.2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação criminal nº 70046185104**. j. 08.03.2012. 7ª Turma. Rel. Des. Sylvio Baptista Neto. DJU 03.04.2012. Disponível em: <<http://profeanaclaudialucas.blogspot.com.br/p/secao-jurisprudencia.html>>. Acesso em: 03 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 73662-9-MG-** j. 21.05.1996, 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 20.09.1996. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 03 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 101.456**. 2ª Turma. Rel. Min. Eros Grau. j. 09.03.2010. DJE de 30-04-2010. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 03 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 46.424**. j. 12.04.2011, 6ª Turma. Rel. Min. Luiz Vicente Cemicchiaro. DJU de 08-08-1994. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 03 nov. 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. **Advocacia Dinâmica**. nº 37, ano 29, 13 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.advocaciadinamica.adv.br/>>. Acesso em: 09 nov.2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal: parte especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal: parte geral (arts 1º ao 120)**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

CUNHA. Rogério Sanchez. **Curso de direito penal: parte especial**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v.3.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Código penal comentado**. 7. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. rev., atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DREZETT, Jefferson. Aspectos biopsicossociais da violência sexual. **Anais da Reunión Internacional Violencia: Etica, Justicia y Salud para la Mujer**, agosto de 2000, Monterrey, Nuevo León, México. Disponível em: <[http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:US87Hy22V00J:scholar.google.com/+Dos+crimes+de+estupro&hl=pt-BR&as\\_sdt=0](http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:US87Hy22V00J:scholar.google.com/+Dos+crimes+de+estupro&hl=pt-BR&as_sdt=0)>. Acesso em: 20 out.2012.

DUARTE, Cláudia Tereza Sales; PASSOS, Thallys Mendes. **Breves considerações a respeito da lei 12.015/09 (lei dos crimes contra a dignidade sexual)**. Disponível em: <<http://charlieoscartango.com.br/Images/Artigocrimessexuais.pdf>>. Acesso em: 19 set.2012.

FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Tratado da inimputabilidade no direito penal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. A inimputabilidade penal do adolescente: Controvérsias sobre a idade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31/10/2007 [Internet]. Disponível em: <<file:///C:/Users/Mario/Documents/direito%20-%202009%20-%201/Âmbito%20Jurídico%20-%20Leitura%20de%20Artigo.mht>>. Acesso em 26 set. 2012.

GRAÇA, Camila Barroso; REIS, Claudean Serra. Estupro de vulnerável e a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos. **JurisWay**. São Paulo: JurisWay, 2012. Disponível em: <[jurisway.org.br](http://jurisway.org.br)>. Acesso em: 28 set. 2012.

GRECO, Rogério. **Lei nº 12.015/2009**: dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal**: parte especial. 8.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. v.3.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953. v. 1

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. 1 v.

LAURIA, Tiago. **Manter relações com menor de 14 anos é crime**. São Paulo: JurisWay, 2009. Disponível em: <[jurisway.org.br](http://jurisway.org.br)>. Acesso em: 21 abr. 2012.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal de estupro unificado. Considerações sobre as causas de aumento de pena e a ação penal. **Revista magister de direito penal e processual penal**. São Paulo: Magister, 2010.

LIMA, Telma Cristiane Sasso de; MIOTO, Regina Célia Tamasso. Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica. **Rev. Katál**. Florianópolis v. 10 n. esp. p. 37-45 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v10nspe/a0410spe.pdf>>. Acesso em: 03.11.2012..

MINAHIM, Maria auxiliadora. **Direito penal da emoção**: a inimizabilidade do menor. Revista dos Tribunais, 1992.

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

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2006, v.2.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal**. 26 .ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

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

\_\_\_\_\_. **Direito penal**. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 1v.

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

\_\_\_\_\_. **Crimes contra a dignidade sexual comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Hélder B. Paulo de. **Breves considerações sobre o crime de estupro com a redação da lei 12015/2009**. São Paulo: IBCCRIM, 2011. Disponível em <[http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10467](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10467)>. Acesso em 22 ago.de 2012.

OLIVEIRA, Guizela de Jesus. **Estupro antes e depois da lei 12.015-2009**. São Paulo: Juriswey, 2009. Disponível em: <[jurisway.org.br](http://jurisway.org.br)>. Acesso em: 23 abr. 2012.

OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em:<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9553](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553)[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9553](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553)>. Acesso em: 19 set.2012.

PALOMBA, Guido Arturo. **Tratado de psiquiatria forense civil e penal**. São Paulo: Atheneu, 2003.

PINHEIRO, Lucas Correa Abrantes. **Breves reflexões sobre a Lei 12.015/2009**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v. 21. n.9, set. 2009.

RAMOS, Jaime. **Aspectos do novo crime de estupro e da ação penal na Lei n. 12.05/09 e o direito intertemporal**. Santa Catarina: TJSC, 2009 disponível em: <[tjsc25.tj.sc.gov.br/.../Novo\\_Estupro\\_e\\_acao\\_penal\\_na\\_Lei\\_12.015-09\\_-\\_artigo.doc](http://tjsc25.tj.sc.gov.br/.../Novo_Estupro_e_acao_penal_na_Lei_12.015-09_-_artigo.doc)>. Acesso em: 23 de ago. 2010.

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

SAMPAIO, D. **Inventem-se novos pais**. Lisboa: Editorial Caminho, 1995.

SILVA, Wilson Matos da. Dos crimes contra os costumes. **Contábil & Empresarial Fiscolegis NETLEGIS**, 2012. Disponível em: <[http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:G4MHoSnybuMJ:scholar.google.com/+Dos+crimes+contra+os+costumes&hl=pt-BR&as\\_sdt=0](http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:G4MHoSnybuMJ:scholar.google.com/+Dos+crimes+contra+os+costumes&hl=pt-BR&as_sdt=0)>. Acesso em: 10 out.2012.

SASSON, Emily. **Gravidez na adolescência: a cada 18 minutos uma menina de 10 a 14 anos dá à luz a uma criança, no Brasil**. São Paulo: Fantástico, 2009. Disponível em: <http://especiais.fantastico.globo.com/ligadasmulheres/tag/casa-doadolescente/> Acesso em; 20 out. 2012.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

THEODORO, Luis Marcelo Mileo; BECHARA, Fábio Ramazzini. **Reforma Penal: comentários à lei nº 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIANNA, GUARACI DE CAMPOS. **Incapacidade penal (inimputabilidade) do menor de 18 anos ou Imputabilidade Infracional Juvenil?** São Paulo: IBCCRIM, 2008. Disponível em < [http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10263](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10263)>. Acesso em 10 set. 2012.

**ANEXO A - Processo AgRg no REsp 1214407 / SC<sup>1</sup>****AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL****2010/0169901-0**

Relator (a)

Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (1148)

Órgão Julgador

T6 - SEXTA TURMA

Data do Julgamento

13/09/2011

Data da Publicação/Fonte

DJe 28/09/2011

**Ementa**

**AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 224 DO CP. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INEXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DAVÍTIMA. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA DO STJ. SÚMULA 83/STJ.**

1. O cerne da controvérsia cinge-se, a saber, se a presunção de violência do art. 224 do Código Penal se revela de natureza relativa (*iuris tantum*).

2. A corrente majoritária doutrinária e jurisprudencial, pende em favor da natureza relativa da presunção da violência acentuada no art. 224 do Código Penal, ao afirmar que a existência de determinados fatores impõe, em situações tais, o afastamento da presunção.

3. No caso, o acórdão recorrido firmou-se em consonância com a jurisprudência da Sexta Turma deste Tribunal, no sentido de considerar relativa a presunção de

---

<sup>1</sup> Grifo no original.

violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, a, do Código Penal - revogado pela Lei n. 12.015/2009 -, conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 e maior de 12 anos de idade.

4. Incidência da Súmula 83/STJ.

5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

6. Agravo regimental improvido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

### **Outras Informações**

Não é aplicável o artigo 217-A do Código Penal, o qual prevê o crime de estupro de vulnerável, na hipótese em que a conjunção carnal com menor de catorze anos ocorreu em data anterior ao advento da Lei 12.015/2009, que incluiu o aludido artigo na legislação penal, pois a nova legislação representa, nos termos do artigo 5º, XL, da CF, novatio legis in pejus.

### **RECURSO ESPECIAL Nº 1.189.374 - MS (2010/0061298-0)**

#### **RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES**

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

DO SUL RECORRIDO: R S

ADVOGADO: ANTÔNIO BERNARDES MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO

E OUTROS

#### **EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA LIBERDADE SEXUAL.

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA.

CONSENTIMENTO DAS OFENDIDAS. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/09.

RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DIANTE DAS PECULIARIDADES DA CAUSA.

1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, "a", do Código Penal (hoje revogado pela Lei Nº 12.015/09), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 (quatorze) e maior de 12 (doze) anos de idade.
2. No caso vertente, as provas constantes dos autos não deixam dúvidas de que as relações sexuais ocorreram com o consentimento das vítimas. Sendo assim, não é possível reconhecer a presunção do art. 224 do Código Penal em relação àquelas que, na época dos fatos, contavam com 13 (treze) e 12 (doze) anos de idade.
3. Pela simples leitura das peças constantes nos autos, depreende-se que essas duas adolescentes possuíam maturidade e entendimento sobre a sua sexualidade e o ato que estavam praticando, não sendo corrompidas ou ludibriadas pelo acusado.
4. Entretanto, não há como atribuir capacidade de discernimento à vítima que, na época, possuía apenas 10 (dez) anos de idade, a ponto de considerá-la apta a consentir, validamente, com a prática sexual, por se tratar de menor de tão tenra idade.
5. Não obstante isso, não vejo, como acolher a pretensão do Ministério Público, visto que o Juiz de primeiro grau, ao absolver o recorrido, baseou-se em dois fundamentos autônomos e independentes entre si, quais sejam: a) o caráter relativo da presunção de violência; b) a existência de contradições em aspectos relevantes das declarações das vítimas, suscitando dúvidas e incertezas quanto à autoria do crime.
6. Contudo, da leitura das razões recursais, verifica-se que não houve o ataque ao último fundamento. Dessa forma, atrai a incidência, por analogia, da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal, **verbis**: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.
7. Ademais, a inversão do decidido, nesse ponto, demandaria, necessariamente, o reexame do conteúdo fático-probatório constante dos autos, providência esta incompatível com a estreita via do apelo excepcional, por força do enunciado nº 7 da Súmula do STJ.
8. Recurso especial a que se nega provimento.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) negando provimento ao recurso, e os votos dos Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura no mesmo sentido, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) (voto-vista), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

**MINISTRO OG FERNANDES**

Relator

**ANEXO B - Recurso Especial com Pedido de Uniformização de  
Jurisprudência. Incidente não Processado<sup>2</sup>**

**INICIATIVA EXCLUSIVA DOS ÓRGÃOS DOS TRIBUNAIS. PRECEDENTES  
ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA ADOLESCENTE.  
CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009.**

**ACÓRDÃO HOSTILIZADO QUE CONSIDERA RELATIVA A PRESUNÇÃO DE  
VIOLÊNCIA. MANUTENÇÃO DO DECISUM A QUO. INTERPRETAÇÃO  
ABRANGENTE DE TODO O ARCABOUÇO JURÍDICO. A POSSIBILIDADE DE A  
MENOR, A PARTIR DOS 12 ANOS, SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS É  
INCOMPATÍVEL COM A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA NO  
ESTUPRO.**

**PRECEDENTE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DAS PROVAS ACERCA DO  
CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. SÚMULA 07 DO STJ.**

(...)

2. O delito imputado ao recorrido teria sido em tese praticado anteriormente ao advento da Lei Nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que implementou recentíssimas alterações no crime de estupro. O acórdão absolutório, objeto do presente recurso especial, entendeu ser insustentável que uma adolescente, com acesso aos modernos meios de comunicação, seja absolutamente incapaz de consentir relações sexuais, o que, no entender do Tribunal a quo, implicaria responsabilização objetiva ao réu, vedada no nosso ordenamento jurídico.

3. É inadmissível a manifesta contradição de punir o adolescente de 12 anos de idade por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal. Precedente - HC 88.664/GO, julgado em 23/06/2009 pela 6ª Turma desta Casa e divulgado no Informativo Jurídico nº 400 deste Superior Tribunal de Justiça.

4. No que diz respeito à conclusão do acórdão hostilizado, no sentido de estar bem caracterizada a prova acerca do consentimento da ofendida, é defeso a esta Corte o revolvimento fático probatório, conforme Sumula 07 deste Superior Tribunal de Justiça.

5. Recurso ao qual se nega provimento.

---

<sup>2</sup> Grifo no original.

**(REsp 494.792/SP, Relator Ministro CELSO LIMONGI – DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, DJe 22/2/2010)**

**RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA FIRMADA EM 1 ANO E 5 MESES MAIS O AUMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PASSADOS MAIS DE QUATRO ANOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRESCRIÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO CONCRETA A AFASTAR A HIPÓTESE DELITIVA. RELACIONAMENTO QUE DUROU POR MAIS DE DOIS ANOS. PROVA SEDIMENTADA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. RELACIONAMENTO AMOROSO.**

É de rigor, conforme previsão do art. 61 do CPP, o reconhecimento da prescrição, a qualquer tempo do processo, quando se observa que o prazo prescricional, contextualizado em quatro anos, já restou alcançado desde o ano de 2008.

Em recentes decisões da Sexta Turma (HC 88.664/GO e RESP 403.615/MG), restou afirmado que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, "a", do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de relação afetivo-sexual.

No caso dos autos, restou firmado pela prova colhida na instância ordinária que a menor tinha o Recorrente como um caso amoroso, cujo desenvolvimento fazia questão de deixar claro a amigas próximas que a indagavam sobre o fato.

Inexistindo, portanto, a prova de que os fatos derivaram de violência por parte do réu, mas se desenrolaram ao longo do tempo para uma relação amorosa, inclusive permeada depois por reiteradas relações sexuais é de se afastar a violência presumida e permitir a absolvição do acusado.

Recurso especial conhecido em parte e provido para absolver o réu do crime de atentado violento ao pudor, declarando-se a prescrição superveniente quanto ao crime de corrupção de menores.

**(REsp 804.999/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/09, DJe 1º/2/10)**

**ANEXO C - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>3</sup>****Registro: 2012.0000167187****ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003506-55.2008.8.26.0696, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO sendo apelados PEDRO LUIZ RIBEIRO e DEOCLECIDES DA SILVA XAVIER.

**ACORDAM**, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEDRO MENIN (Presidente), SOUZA NUCCI E ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA.

São Paulo, 17 de abril de 2012.

**Pedro Menin****RELATOR**

Assinatura Eletrônica

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 0003506-55.2008.8.26.0696 2

Apelação Criminal com Revisão nº 0003506-55.2008.8.26

Comarca: Fernandópolis - Vara Única

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO

Apelados: PEDRO LUIZ RIBEIRO e DEOCLECIDES DA SILVA XAVIER

Voto nº 11.500

***Ementa:***

**Atentado violento ao pudor Vítima Robson menor de 14 anos à época dos fatos - Violência presumida Caráter absoluto - Não ocorrência Ofendido que demonstra possuir discernimento do ato praticado Circunstâncias comprovadas pelas declarações da**

---

<sup>3</sup> Grifo no original.

**própria vítima e pela prova testemunhal Tipo penal não configurado Absolvição mantida Admissibilidade.**

**Crime Contra Criança e Adolescente - Artigo 244-A da Lei 8.069/90  
Condenação Não cabimento - Réus que não submeteram as vítimas a exploração sexual, pois manter relação sexual não significa explorar - Absolvição mantida - Apelação ministerial improvida.**

A respeitável sentença de fls. 456/467, proferida pelo MM. Juiz de Direito Doutor Lucas Gajardoni Fernandes, cujo relatório se adota, absolveu o réu PEDRO LUIZ RIBEIRO das acusações dos crimes tipificados nos artigos 214, combinado com 224, alínea "a", ambos do Código Penal, do artigo 244-A da Lei 8069/90 (por duas vezes) e do artigo 218 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal e o acusado DEOCLECIDES DA SILVA XAVIER, como incurso no artigo 244-A da Lei nº 8.069/90, nos termos do artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

O representante do Ministério Público, não se conformando com a respeitável sentença, recorreu objetivando a condenação de Pedro pela prática dos crimes previstos nos artigos 214, combinado com artigo 224, alínea "a", ambos do Código Penal e pelo delito de submissão à prostituição ou à exploração sexual, nos termos do artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a condenação do acusado Deoclecides por tal delito (fls. 506/515).

O recurso foi respondido (fls. 523/524 e 525/529) e a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do reclamo ministerial (fls. 652/662).

É o relatório do essencial.

O recorrido Pedro Luiz Ribeiro foi denunciado porque, em dia incerto, porém em um sábado da primeira quinzena de novembro de 2006, durante a noite na Quadra 45, casa 32, centro da cidade de Indiaporã, constrangeu Robson Nascimento Farias, com 13 anos de idade, mediante violência presumida, a permitir que com ele praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Consta também que há mais de um ano, aproximadamente, em horário incerto, no mesmo local, Pedro Luiz submeteu o adolescente à prostituição ou exploração sexual.

Consta, ainda, que, nas mesmas condições de tempo e lugar, o recorrido Pedro corrompeu o adolescente Rodrigo, bem como Diego Souza Fonseca, sendo que com eles praticou ato de libidinagem.

Segundo apurado, aproximadamente dois anos, no mesmo local, Pedro Luiz submeteu o menor Diego à prostituição ou exploração sexual.

Finalmente, narra a exordial que Deoclecide da Silva Xavier, há aproximadamente um ano, em horário incerto, na Avenida 09 de Julho, nº 1458, centro de Indiaporã, submeteu o adolescente Rodrigo à prostituição ou exploração sexual, mantendo com ele relações sexuais em troca de vantagens econômicas.

Pois bem, estes são os fatos.

Os réus, quando foram interrogados, negaram a prática delitiva. Pedro declarou não serem verdadeiros os fatos imputados a ele, pois nunca teve envolvimento pessoal com as vítimas e elas nunca foram a sua casa. Disse que Diego pouco frequentava a escola tanto que foi reprovado por falta e Rodrigo, apesar de frequentá-la, tinha um histórico extenso, incluindo agressão aos professores. Acrescentou que Robson dormiu em sua casa, sem sua autorização, pois quando ele lhe pediu o mandou embora, dizendo que ia chamar a mãe dele, contudo ele não o obedeceu e no dia seguinte ele estava em sua residência. Acredita que ele tenha pegado a chave de uma porta que dava para o jardim de inverno e, após ele ter dormido, entrou no local e acabou dormindo lá. Afirmou que no dia seguinte foi até a casa dele, avisando que ele havia dormido em sua residência. Disse, ainda, que acredita que Diego esteja lhe acusando injustamente porque ele furtou o som do seu carro e foi detido pela Polícia. Por fim, confirmou ser professor da rede estadual (fls. 168/169 e 417/418).

Deoclecides, também conhecido como "Doca, por sua vez, também negou as acusações descritas na denúncia, aduzindo que nunca teve nenhum envolvimento com os adolescentes e nem foram à sua casa (fls. 177/178 e 419/420).

Entretanto, suas versões restaram isoladas nos autos.

A vítima Robson do Nascimento Farias, nas oportunidades em que foi ouvido, prestou depoimentos claros e seguros narrando com riquezas de detalhes os fatos conforme descritos na denúncia, afirmando conhecer o acusado Pedro, pois foi seu professor de matemática.

Declarou que ouviu em sua casa que seu irmão Rodrigo já havia dormido na casa dele e, como tinha praticado vários atos infracionais, ficou com medo de apanhar de sua mãe e foi para casa de Pedro, pedindo autorização para dormir no local, o que foi aceito. Relatou que dormiu na sala e Pedro foi se deitar no quarto, mas durante a noite enquanto dormia notou que ele acariciou seu pênis até ejacular em sua boca.

No dia seguinte Pedro o levou até sua residência e ainda lhe deu a quantia de R\$ 20,00 e depois mais R\$ 30,00 como forma de agradecimento pelo ato praticado. Declarou que esse foi o único relacionamento homossexual, mas tem conhecimento que seu irmão Rodrigo já saiu com Pedro e com um homem conhecido como "Pai Zé" (fls. 14/15 e 358).

Rodrigo do Nascimento Farias, por sua vez, em Juízo declarou conhecer Pedro, pois foi seu professor e que já recebeu dele dinheiro e presentes, acrescentando que chegou a pedir para ele sapato, pois estava precisando. Disse que um dia foi até a residência dele, sendo que em um dado momento, quando ambos assistiam a um filme pornográfico, ele mexeu em seu pênis. Disse, ainda, que seu irmão lhe contou que no dia em que dormiu na casa de Pedro ele também praticou o mesmo ato. No tocante ao acusado Doca relatou que foi até a casa dele para pegar manga, mas ele o convidou para entrar, o que aceitou. Afirmou que manteve relação sexual com Doca e no final ele lhe deu dinheiro.

Esclareceu que foi na residência de Doca com a intenção de que ele o chamasse para entrar, pois estava precisando de dinheiro. Relatou que sua mãe suspeitava que ele pedia dinheiro com os homossexuais e que tanto Pedro como Doca nunca o procurou, ao contrário, era os adolescentes que iam atrás deles (fls. 359/verso).

O menor Diego Souza da Fonseca, no Pretório, confirmou que teve várias relações sexuais com o réu Pedro, sendo que em troca ganhava dinheiro, roupas e calçados. Acrescentou que também manteve relações sexuais com Doca e também ganhou dele além de dinheiro um aparelho de celular. (fls. 383/394).

Eliane Ferreira do Nascimento, em Juízo, declarou ser mãe de Robson e Rodrigo e que certa noite Robson dormiu fora de casa, pois havia brigado com ele. No dia seguinte, o réu Pedro foi até a sua residência e lhe informou que seu filho havia dormido em uma obra ao lado de casa dele. Disse que estranhou a história, pois ouvia comentários de que ele mantinha relações sexuais com meninos. Acrescentou que tinha conhecimento de que Rodrigo já tinha mantido relações sexuais com Pedro, em troca de dinheiro e roupa e que também teria praticado sexo com Doca. Com relação ao seu filho Robson, ela confirmou que foi por ele informada que durante a noite que dormiu na casa de Pedro, este acariciou seu pênis. Por fim, disse que seus filhos possuem o transtorno bipolar e que Robson é suspeito de ter praticado vários furtos na cidade (fls.343/344).

A Conselheira tutelar Karina Afonso da Costa declarou que tomou conhecimento pelo menor Diego que mantinha relações sexuais com Pedro mediante o pagamento de dinheiro, bem como com Doca em troca de presentes chegando até ganhar um celular. Disse que com relação ao caso de Robson e Rodrigo, ficou sabendo do ocorrido após a formalização na Polícia da denúncia pela própria mãe dos adolescentes. Por fim, afirmou conhecer Pedro, dizendo ser ele um bom profissional com participação em movimentos sociais (fls. 345).

No mesmo sentido as palavras dos outros conselheiros tutelares Deolinda Ferreira Gomes de Araújo e Lúcia Vânia Aparecida Franco, ouvidas em Juízo às fls.347/348 e 349.

As testemunhas de defesa arroladas pelos recorridos, nada esclareceram sobre os fatos, limitando-se a falarem apenas da vida pregressa dos acusados, contudo disseram que as vítimas estavam envolvidas em vários furtos na cidade (fls. 350/357).

Diante desse quadro, restou evidenciada a autoria e a materialidade do crime de atentado violento ao pudor, pois apesar da negativa do recorrido Pedro, há nos autos prova suficientes que comprovam que ele manteve relação sexual com Robson, na época com 13 anos de idade.

No entanto, também há informações nos autos que o menor Robson que dormiu fora de casa estava envolvido na prática de vários furtos, fato que foi confirmado pela sua própria mãe quando ouvida no Pretório. Além disso, Robson tinha conhecimento sobre sexo, pois quando brigou com sua genitora foi para casa de Pedro, que sabia que tinha relacionamentos com adolescentes, uma vez que seu próprio irmão havia lhe contado.

Com efeito, existe a previsão legal da violência presumida quando o ofendido contar com menos de 14 anos de idade, porém essa presunção de violência absoluta deve ser relativizada, analisando-se cada caso individualmente, considerando suas peculiaridades.

No caso em tela, excepcionalmente, a violência presumida não pode ser reconhecida, pois embora Robson tivesse com apenas 13 anos de idade na data dos fatos, ficou evidente pela prova oral, bem como pelas suas declarações que tinha total discernimento do ato que aceitou praticar com o Pedro.

Assim, tendo o ofendido plena ciência do que se passava, não se pode falar em presunção de violência, portanto a absolvição era medida que se impõe, em face da

atipicidade da conduta do recorrido. Nesse sentido já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça:

"É relativa a presunção de violência pela idade prevista no art. 224, "a" do CP, pois fundada no grau de inocência de cada vítima quanto à vida sexual. Desta forma, se a ofendida, embora contasse com menos de 14 anos à época dos fatos, mostrava-se aparentemente informada sobre práticas sexuais, revelando capacidade de autodeterminar-se no terreno da sexualidade, não há se falar em crime de estupro, pois em tal hipótese, inexistente a presunção de violência" (RT 823/583).

No que tange a condenação dos réus pelo crime de submissão de criança ou adolescente à prostituição ou exploração sexual, nos termos do artigo 244-A da Lei nº.8.069/90, melhor sorte, também não merece o recurso ministerial.

Visto que, conforme acertadamente disposto na respeitável sentença não há enquadramento da conduta dos recorridos no referido tipo penal, apesar de suas negativas restarem isoladas nos autos, o fato deles manterem relações sexuais com as vítimas mediante pagamento não configura tal delito, uma vez que não há provas no conjunto probatório a submissão dos menores a exploração sexual ou à prostituição.

Vale lembrar que Rodrigo afirmou que foi na casa de Doca justamente com a intenção de que ele o convidasse para entrar na casa dele, pois precisava de dinheiro e, ainda, declarou que eram os adolescentes que procuravam os réus.

Assim, a conduta dos recorridos não se enquadra na figura do artigo 244 do ECA, pois somente comete o delito aquele que submete criança ou adolescente a exploração sexual, o que não aconteceu nos autos. Dessa forma, deve ser mantida a absolvição dos réus, no que concerne o crime previsto no artigo 244-A da Lei nº. 8.069/90. Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso interposto pelo Ministério Público, *mantendo* a respeitável sentença proferida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

PEDRO Luiz Aguirre MENIN

Relator