

UNIP – UNIVERSIDADE PAULISTA
DIREITO
DIOGO FERREIRA BALBINO

ESTUPRO DE VULNERÁVEIS:

Os importantes aspectos da presunção e relativização da vulnerabilidade dos menores de 14 anos.

SANTOS

2024

UNIP – UNIVERSIDADE PAULISTA

DIREITO

DIOGO FERREIRA BALBINO

ESTUPRO DE VULNERÁVEIS:

Os importantes aspectos da presunção e relativização da vulnerabilidade dos menores de 14 anos.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Banca Examinadora da
Universidade Paulista de Santos, como pré-
requisito para obtenção do título de Bacharel
em Direito. Orientador: Anderson Real.

SANTOS

2024

UNIP – UNIVERSIDADE PAULISTA DE SANTOS.

DIREITO

DIOGO FERREIRA BALBINO.

ESTUPRO DE VULNERÁVEIS:

Os importantes aspectos da presunção e relativização da vulnerabilidade dos menores de 14 anos.

Trabalho de Conclusão de Curso – TCC, apresentado à UNIP – UNIVERSIDADE PAULISTA DE SANTOS, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professor Anderson Real

UNIP – Universidade Paulista de Santos

Professora Samantha Mello

UNIP – Universidade Paulista de Santos

RESUMO

O crime de estupro de vulnerável é relativamente novo, visto que foi incluso através da lei 12015/2009. Por conta disso muito se fala acerca do principal ponto que tipifica este crime, a vulnerabilidade.

Logo o presente trabalho se destina a mostrar todo o percurso do surgimento do crime de estupro até os dias atuais. Desde as leis estrangeiras e todo o processo de evolução deste crime em nosso ordenamento jurídico.

Analizando o artigo 217-A do Código Penal e os principais aspectos acerca da vulnerabilidade.

ABSTRACT

The crime of rape of a vulnerable person is relatively new, as it was included through law 12015/2009. Because of this, much is said about the main point that typifies this crime, vulnerability.

Therefore, this work is intended to show the entire path from the emergence of the crime of rape to the present day. From foreign laws and the entire process of evolution of this crime in our legal system.

Analyzing article 217-A of the Penal Code and the main aspects regarding vulnerability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1- CONTEXTO HISTÓRICO.....	3
1.1- Códigos Estrangeiros.....	3
1.1.1- Código de Hamurabi.....	3
1.1.2- Direito Romano.....	3
1.1.3- Ordenações Filipinas.....	4
1.2- LEI BRASILEIRA - CÓDIGO DE 1830.....	5
1.2.1 - Decreto 847 de 1890 (Código 1890).....	5
1.2.2 - Código de 1940.....	6
1.2.3 -Lei dos Crimes Hediondos.....	6
1.2.4 1.2.4- Lei 12.015/2009.....	7
1.2.5 - Nova Redação.....	7
2- ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	9
2.1- Contexto.....	9
2.2- Sujeitos do tipo penal.....	10
2.3 - Bem jurídico tutelado.....	11
2.4 - Elementos do tipo.....	13
2.5 - Consumação e Tentativa.....	13
2.6 - Formas.....	15
2.7 - Ação penal e detalhes processuais.....	15
2.8 - Erro de Tipo.....	18
3 - PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE.....	20

3.1- Conceito de Vulnerabilidade.....	20
3.1.2- Vulnerabilidade e Presunção Relativa e Absoluta.....	21
3.2 - Relativização da Vulnerabilidade Sexual.....	21
3.3- Liberdade Sexual.....	23
3.4 - Jurisprudências.....	24
3.5 - Importância da análise acerca dos aspectos da vulnerabilidade.....	28
3.6 - Lei Ordinária 13.718/2018.....	29
3.7 CONCLUSÃO.....	31
ANEXOS - ANEXO A ANEXO B.....	32
REFERÊNCIAS.....	33

INTRODUÇÃO

Os crimes hediondos estavam previstos na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XLIII, como sendo inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, porém não existia uma lei que especificava quais crimes previstos em lei seriam considerados hediondos.

Com a finalidade de especificar quais crimes se encaixavam no que era previsto no artigo, foi criada então uma lei especificando-os.

Entrando em vigor a partir de 25 de julho de 1990 , a lei 8.072/90, mais conhecida como a lei dos crimes hediondos, trazia em seu rol, crimes que afetam de alguma forma outras pessoas e também ferem a dignidade da pessoa humana e são considerados sórdidos e cruéis.

São considerados crimes hediondos: Homicídio Qualificado, Homicídio quando praticado em atividade típica de extermínio, Lesão corporal dolosa, Latrocínio, Extorsão mediante sequestro, Extorsão qualificada pela morte, Estupro, Estupro de Vulnerável, Epidemia com resultado de morte, Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável e Genocídio.

Essa lei nega aos seus autores os benefícios da progressão de regime, ou seja, obriga-os a cumprir pena em regime integralmente fechado.

De todos os incisos da lei, os que geraram mais polêmica foram os referentes ao estupro em que não gera lesão corporal a vítima, pois já que não causavam lesões, seriam eles classificados como hediondos?

O STF em sua decisão classificou que todo tipo de estupro seria hediondo.

Todos esses crimes possuem inúmeros aspectos que os tornam de extrema importância e com uma ampla relevância jurídica.

O trabalho a seguir irá abordar desde o surgimento do crime de estupro até o surgimento do crime de estupro de vulnerável, que é o tipo penal a ser analisado.

Por se tratar de um crime que gera inúmeras discussões acerca do quesito vulnerabilidade, que é o principal ponto a ser tratado neste artigo, o trabalho a seguir visa fazer uma análise detalhada sobre o que é o estupro de vulnerável, o que vem a ser a presunção de vulnerabilidade e sua relativização.

1- CONTEXTO HISTÓRICO

O Estupro é um dos crimes que se enquadra no rol dos crimes hediondos, porém antes mesmo de ser listado como hediondo, já era um crime que possuía grande repercussão e era punido em diversos códigos.

Abaixo será abordado como o estupro era tratado em cada um desses códigos e um breve resumo de sua trajetória na legislação brasileira.

1.1- Códigos Estrangeiros

O estupro, mesmo antes de vir a possuir um artigo próprio nas leis atuais já era abordado em alguns códigos pelo mundo.

Será abordado a seguir ,alguns desses códigos que iniciaram a proteção a dignidade sexual pelo mundo.

1.1.1- Código de Hamurabi

Este código se originou por volta 1772 a.C, contendo 282 leis e adquiriu esse nome, pois foi decretado por Hamurabi, rei da Babilônia.

Apesar dos vários capítulos, o código de Hamurabi não deixou de lado a lei de talião, que nada mais era do que o famoso “olho por olho, dente por dente”.

No capítulo onde eram tratados tópicos como a familia, respeito à familia e ao matrimônio foi encaixado a pena para quem cometesse o crime de estupro.

A pena para quem cometesse esse crime é a pena de morte, e a mulher nesse caso seria isenta de culpa.

O artigo referente ao estupro se encontrava no artigo 130 - se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre” .

Logo se observa que de acordo com o Código de Hamurabi apenas as mulheres virgens poderiam ser vítimas de estupro.

1.1.2- Direito Romano

Primeiro local onde surgiu o termo estupro, do latim estuprum, porém não

possuía o mesmo significado do que temos hoje.

Os crimes sexuais já eram punidos gravemente nesta época. De acordo com Fernando Capez:

Em Roma, passou-se a punir os crimes contra a moral, cabendo ao pater familias a repressão. Com a dissolução dos costumes romanos, foi decretada a lex Julia em 736, para reprimir o adulterium, o incestum, o stuprum, o lenocinium.

Ou seja, após a criação de uma nova lei no direito romano (Lex Julia de Adulteris), era necessário distinguir o crime de adultério do de estupro.

O adultério eram conjunções carnais com mulheres casadas e o estupro as relações ilícitas com as viúvas.

Porém todo tipo que fosse violento seria considerado estupro e assim como no código anterior seria punido com a pena de morte.

1.1.3- Ordenações Filipinas

Diferentemente do Direito Romano e do Código de Hamurabi, apesar de apresentar a mesma pena para quem cometesse o crime de estupro, ou seja, a pena de morte, no caso das ordenações filipinas, era considerado crime quando qualquer homem tentasse dormir a força com qualquer mulher.

A ordenação filipina prescrevia: "Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, quer forçosamente dormir com qualquer mulher posto que ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello". (MESTIERE apud PRADO, 2001, p.194)

"As Ordenações Filipinas previam no Livro V, Título XXIII, o estupro voluntário de mulher virgem que acarretava para o autor a obrigação de se casar com a donzela e, na impossibilidade do casamento, o dever de constituir um dote para a vítima. Caso o autor não dispusesse de bens era açoitado e degredado³, salvo se fosse fidalgo ou pessoa de posição social, quando então recebia tão somente a pena de degredo. O estupro violento foi inserido no Título XVIII e era reprimido com a

pena capital. A pena de morte subsistia ainda que o autor se casasse com a ofendida após o crime". (PRADO,2001, p. 194)".

1.2- LEI BRASILEIRA - CÓDIGO DE 1830

Conhecido como Código Criminal do Império do Brasil, sancionado por D. Pedro, no Brasil Império, já existia um código que abordava o crime de estupro.

Em seu capítulo II, dos crimes contra a segurança da honra, se encontrava este crime. Porém diferentemente dos códigos anteriores, a lei brasileira era mais branda, pois além de não ter a pena de morte, nos casos em que o réu se casasse com a vítima não ocorria nenhuma pena, e era apenas cometido estupro quando com menores e mulheres honestas.

Só era considerado estupro contra prostitutas se a cópula carnal fosse violenta, e mesmo nesta hipótese a pena era mínima, pois não chegava a mais de 2 anos.

Sobre o tema Prado (2001, p. 194-195) observa:

"O Código Criminal do Império de 1830 elencou vários delitos sexuais sobre a rubrica genérica estupro. A doutrina da época, todavia, repudiou tal técnica de redação. O legislador definiu o crime de estupro propriamente dito no artigo 222, cominando-lhe pena de prisão de três a doze anos mais a constituição de um dote em favor da ofendida. Se a ofendida fosse prostituta,porém, a pena prevista era de apenas um mês a dois anos de prisão".

1.2.1- Decreto 847 de 1890 (Código 1890)

Sancionado por Marechal Deodoro da Fonseca, que reconheceu a necessidade de uma alteração no código penal.

Os crimes de estupro nesta alteração feita no código estavam nos artigos 268 e 269. O próprio artigo 269 trazia a definição de estupro:

"Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego da força physica, como o de

meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender- se, como seja o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos". (Decreto 847/1890)

Nota-se que apenas é considerado estupro se cometido contra a mulher, ou seja, não se levava em conta se a mulher fosse autora do estupro, ou se o estuprado fosse um homem.

1.2.2 - Código de 1940

Nada de novo era previsto no novo código de 1940 acerca do estupro, continuavam sendo apenas as mulheres as únicas que poderiam ser vítimas. O artigo que abordava o tema era o artigo 213.

Todos os atos que não se enquadravam no artigo 213, eram considerados atos de atentado ao pudor.

1.2.3- Lei dos Crimes Hediondos

Para tentar amenizar a violência no país, foi instituída pelo presidente Fernando Collor a lei 8072/90, a chamada lei dos crimes hediondos.

Os crimes nela listados eram os considerados os mais horrendos e que deviam possuir uma pena mais rígida do que os outros existentes no ordenamento jurídico do país.

As diferenças desses crimes com os demais se baseiam em: o preso antes de sua condenação não tem o direito a ter sua liberdade provisória e sua prisão temporária pode ser de 30 dias prorrogáveis por mais 30.

Após sua prisão não tem direito a graça, indulto ou anistia e seu regime de prisão será sempre incialmente o fechado.

O estupro está listado nessa lei juntamente com a nova categoria de estupro, o de vulnerável, que foi incluso graças a lei 12.015/2009.

Por se tratar de crimes hediondos, diferentemente de como eram tratados nos

códigos brasileiros anteriores, sua pena é muito mais rígida do que os demais, visto que o crime de estupro passou a se enquadrar em uma lei específica que visava evitar que esse crime passasse com penas brandas.

Lembrando que a redação do artigo que aborda o estupro foi modificada na lei 8072/90 através da lei 8930/94.

Porém, antes das mudanças que vieram a ocorrer com a criação da lei 12.015/2009, apenas as mulheres eram pessoas que podiam ser polo passivo do crime de estupro.

1.2.4- Lei 12.015/2009

Criada em agosto de 2009, esta lei foi de grande significância para os crimes de dignidade sexual. Foi através dela que houve uma mudança significativa nos artigos que versam sobre o estupro.

A primeira mudança foi a unificação do crime de atentado ao pudor ao crime de estupro, anteriormente o crime de atentado ao pudor se encontrava no artigo 214 do código enquanto o crime de estupro estava previsto no 213.

Com a nova redação, o crime de atentado ao pudor se unificou ao que é definido como estupro e estão previstos no artigo 213 do código.

A presunção de violência, antes prevista no código no artigo 224, deu origem ao estupro de vulnerável, incluindo assim este crime no rol dos crimes hediondos e fazendo com que também possuam penas mais graves para pessoas que por algum motivo forcaram relações com qualquer vulnerável.

As mudanças não foram apenas estas, através desta lei, os crimes de estupro passam a ser de ação pública incondicionada, dando ao Ministério Público o poder de entrar com a ação contra o estuprador mesmo contra a vontade da vítima e sua família.

1.2.5 - Nova Redação

Após todas as mudanças que ocorreram no crime de estupro com o decorrer do tempo desde o código do Brasil Império de 1830 até o nosso Código Penal, a atual redação dos crimes de estupro se modificou e sua atual versão se encontra no anexo 1 deste trabalho.

Nesta nova redação não é apenas a mulher, como era descrito nos códigos anteriores, porém qualquer pessoa pode estar no polo passivo do crime de estupro, e sendo essa pessoa menor de 14 anos responde pelo crime de estupro de vulnerável.

De acordo com Grecco:

"O novo tipo penal, como se percebe, busca punir com mais rigor comportamentos que atinjam as vítimas por ele mencionadas."

Ou seja, o estupro, com o passar de toda a evolução do código penal brasileiro, passou a ter uma melhor definição, mais abrangente, pois inclui qualquer pessoa, fato que antes não ocorria.

E também especificou-se melhor o crime quando cometido contra menores. Fazendo com que seja punido da forma adequada.

2- ESTUPRO DE VULNERÁVEL

2.1- Contexto

O estupro de vulnerável foi criado para substituir o crime de presunção de violência (antigo artigo 224 do Código Penal).

A lei que trouxe este novo delito também foi a responsável pela mudança no texto do crime de corrupção de menores, passando a idade de consentimento do Brasil para 14 anos.

Anteriormente esse crime de presunção de violência era conhecido como "estupro presumido". Após a mudança passou a ser denominado " estupro de vulnerável".

De acordo com Greco

" Percebe-se , sem muito esforço, que o legislador criou uma figura típica em substituição às hipótese de presunção de violência constantes do revogado art.224 do Código Pena. Assim,no caput do art. 217-A foi previsto o estupro de vulnerável, considerando como tal a vítima menor de 14 anos".

É considerado estupro de vulnerável todo tipo de abuso sexual cometido contra menores de 14 anos.

Diz o artigo 217A :

"Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos".

Ou seja, não importa se o sujeito chegou a realizar o ato, ou se simplesmente veio a praticar qualquer ato libidinoso contra menor, independente da atitude cometida com o menor, estará esse sujeito praticando o crime de estupro de vulnerável.

Lembrando também que os incapazes, ou sejam pessoas que não estão em sua plena capacidade mental, também se enquadram como vulnerável de acordo com o artigo 217A, parágrafo 1º. (vide anexo A)

Ou seja, além do menor de 14 anos, pessoas com doenças mentais e pessoas que não conseguem se defender sozinhas também podem sofrer o crime acima citado.

Abaixo será analisado cada detalhe deste artigo para possibilitar uma melhor compreensão do mesmo.

2.2- Sujeitos do tipo penal

No artigo a ser abordado, existem os sujeitos do tipo penal, que nada mais é do que as pessoas existentes no ato em si.

Existem nesse tipo penal, dois sujeitos: o sujeito ativo e o sujeito passivo.

O sujeito ativo, ou seja, aquele que pratica o crime, pode ser qualquer pessoa, desde que cometa de alguma forma qualquer dos atos previstos no artigo 217A.

Pelo fato de qualquer pessoa poder cometer esse ato, quanto ao sujeito ativo, o crime é comum, ou seja, pode ser cometido por qualquer pessoa.

De acordo com Greco :

"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".

Mirabete nos lembra de que apesar de ambos os gêneros poderem ser autores do estupro, há de se ter a oposição de gêneros para que se configure o primeiro núcleo (verbo) do tipo penal, qual seja a conjunção carnal; já a prática de qualquer outro ato libidinoso independe de oposição de sexos, podendo ser sujeito ativo e o passivo do mesmo gênero.

O sujeito passivo, a pessoa que sofre a ação, vem a ser a vítima, para que seja caracterizada como tal, deve estar de acordo com o descrito no artigo.

Logo, só podem ser sujeitos passivos deste crime, menores de 14 anos que tenham sofrido abuso seja através de um ato libidinoso ou de uma conjunção carnal ou qualquer pessoa que não seja capaz.

De acordo com Fernando Capez:

(...) O menor de idade, pela imaturidade, não pode validamente consentir na prática dos atos sexuais. Verifique-se que o legislador incorreu em grave equívoco, na medida em que, se o crime for praticado contra vítima no dia do seu 14º aniversário, não haverá o delito do art. 217-A (...)

Logo, de acordo com Fernando Capez, menores de 14 anos não tem como consentir qualquer ato sexual, assim sendo qualquer ato cometidos contra menores dessa idade não são permitidos, ou seja, são assim vitimas quando alguém, que pode ser qualquer pessoa, tenta obter qualquer tipo de ato sexual dela.

Para Nucci o sujeito passivo é:

"O sujeito passivo deve ser pessoa vulnerável".

Ou seja, qualquer pessoa que tenha mais de 14 anos não pode ser considerado sujeito passivo do crime de estupro de vulnerável.

Este crime com base no sujeito passivo é um crime próprio, só essas pessoas podem ser vitimas desse crime.

2.3 - Bem jurídico tutelado

No crime de estupro de vulnerável, o bem jurídico tutelado nada mais é do que a dignidade sexual. De acordo com Capez:

"Superando, assim, a vetusta denominação "crimes contra os costumes", a dignidade sexual passou a ser o pilar da proteção jurídica visada pelos delitos que se encontram inseridos no Título VI do Código Penal, em consonância com o perfil do Estado Democrático de Direito e com o que foi proclamado pelos Documentos Internacionais".

O artigo visa proteger o direito à dignidade sexual do menor de 14 anos e incapazes, que é um direito a todos, pois de acordo com o artigo 1º, da Constituição Federal (vide anexo B), é um direito da pessoa humana, ter sua dignidade protegida, logo se sofre qualquer tipo de ato que venha a lesar um dos direitos descritos no artigo

acima, o sujeito que por qualquer motivo tenha vindo a cometer ato lesivo deverá ser punido.

E por este motivo, que o código penal em seu artigo 217A, tem como função proteger este bem, que esta dentro da dignidade da pessoa humana, que é a dignidade sexual.

De acordo com Capez:

"(...) o crime em estudo tutela a dignidade sexual do indivíduo menor de 14 anos ou daquele 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".

Para Greco , com a nova redação do tipo em análise, aponta a liberdade sexual, a dignidade sexual e o desenvolvimento sexual como bens tutelados pelo atual ordenamento jurídico. Ainda, conclui:

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual

Já Mirabete e Fabbrini constatam que o artigo 217-A tutela:

"o desenvolvimento sexual do menor de 14 anos, presumindo a lei, de forma absoluta, que não tem ele a maturidade necessária para manter com liberdade relações de natureza sexual".

Ou seja fica bem claro que através das alterações trazidas pela Lei nº 12.015/2009 e consequente inclusão do tipo previsto no artigo 217-A do Código Penal, ficou mais evidente a visão do legislador quando o assunto é o bem jurídico a ser tutelado, que vem a ser a dignidade e liberdade sexual do menor de 14 anos ou daquele 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.

2.4 - Elementos do tipo

O elemento subjetivo presente neste artigo é o dolo, a vontade de praticar ato libidinoso com menor de 14 anos ou pessoas incapazes.

Segundo Nucci:

"os elementos objetivos do tipos são: "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). A pessoa com a qual pretende ter a relação sexual é o vulnerável".

Diz Fernando Capez que “conjunção carnal é a cópula vaginal, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher; ato libidinoso compreende-se, nesse conceito, outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal.

São os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral, anal)”. Ajudando a compreender os elementos objetivos da norma debatida, Mirabete nos lembra:

[...] entendemos tratar-se de tipo misto cumulativo, punindo-se num único artigo condutas distintas, a de ter conjunção carnal e a de praticar ato libidinoso com menor de 14 anos, ou outra pessoa vulnerável [...]

Inclina-se, porém, boa parte da doutrina reconhecer a existência de tipos mistos alternativos nos crimes de estupro (art. 213) e de estupro de vulnerável (art.217-A) e, assim, segundo essa orientação, a prática de uma ou de ambas as condutas típicas, ainda que de forma reiterada no mesmo contexto fático, configura sempre crime único.

Logo neste tipo penal, não exige nenhuma finalidade especial, apenas a vontade do agente em efetuar atividades sexuais com a vítima.

2.5 - Consumação e Tentativa

Para que seja considerado crime consumado em situação de conjunção carnal, nos caso de cópula vaginal é necessário que o pênis seja introduzido total ou parcialmente na cavidade da mulher, caso contrário será apenas considerado como um

delito apenas tentado.

Segundo Capez, o crime será tentado na seguinte hipótese:

"Assim, deve responder por estupro tentado o indivíduo que, depois de empolgar a vítima, joga-a no chão ou para cima do leito, levantando lhe as vestes, arrancando ou rasgando-lhe as calças, e retira o membro em ereção, procurando aproximá-lo do pudendum da vítima, mas vindo a ser impedido de prosseguir por circunstâncias independentes de sua vontade".

Nos casos de atos libidinosos, qualquer ato libidinoso, que não seja através da cópula váginica, é considerado como fato consumado. Será apenas tentado, se empregar violência ou grave ameaça, porém não conseguir efetuar o ato libidinoso por força maior do que a sua própria vontade, ou seja, através de atos mais fortes que os da sua vontade.

Para Mirabete e Fabbrini é possível a configuração da tentativa tanto na conjunção carnal quanto nos casos de atos libidinosos, pois:

"Configura-se a tentativa quando o agente, embora obstado antes da prática de ato libidinoso, iniciou a execução do delito com a prática de atos tendentes à sua consumação. Exige-se que as circunstâncias de fator evalem claramente o intuito do agente de praticar os atos sexuais com a pessoa vulnerável. Há tentativa, por exemplo, se o agente proferiu a grave ameaça ao menor para que se submetesse aos atos libidinosos, mas este logrou fugir; se o agente e a menor de 14 anos são surpreendidos, já despidos, no interior de um motel, quando se preparavam para a prática dos atos sexuais etc".

Nota-se que nos crimes de estupro de vulnerável é possível que existam as duas formas de crimes, sejam elas tentadas ou consumadas.

2.6 Formas.

Simples:

A forma simples está prevista no caput e § 1º do art. 217-A do Código Penal.

Qualificada:

Encontram-se as formas qualificadas nos parágrafos:

§ 3º: “Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena — reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos”

§ 4º: “Se da conduta resulta morte: Pena — reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos” (CP, art. 217-A).

Sobre a lesão corporal de natureza grave, esta deve ser entendida conforme as hipóteses previstas no **artigo 129, §§ 1º e 2º, do Código Penal**, conforme ressalta Greco.

Além disso, para este autor ambas as formas qualificadas do tipo devem ser imputadas ao agente a título de culpa, pois a conduta é direcionada à prática do estupro, no entanto, por negligência, imprudência ou imperícia, acaba por causar lesões na vítima, ou até mesmo sua morte.

Para Mirabete e Fabbrini:

"Exige-se que os resultados qualificadores decorram da conduta, o que indica a necessidade de nexo causal entre a conduta dirigida à consumação do estupro, incluindo-se os meios utilizados pelo agente, e que estão excluídas outras condutas, com finalidades distintas, que sejam eventualmente por ele praticadas contra a vítima no mesmo contexto fático. Não abrangem, portanto, as qualificadoras toda a atuação criminosa do agente no contexto de fato e qualquer conduta por ele praticada, independentemente do elemento subjetivo e da tipicidade que lhes confere a lei, mas somente a conduta dirigida ao estupro".

2.7 Ação penal e detalhes processuais

A ação penal é do direito público subjetivo de pedir ao Estado Juiz a aplicação do direito penal ao caso concreto.

No momento em que ocorre a prática da infração penal, se inicia o Direito de punir do Estado, ou seja o "ius puniendi" que deve ser exercido obedecendo o devido

processo legal e que atualmente tal direito a punição é limitado frente a dignida de da pessoa humana.

Na verdade, o direito de punir do Estado hoje é exercido por meio da Ação Penal.

Atualmente no Brasil, para que se inicie a persecução penal em juízo, existe a necessidade de uma ação penal. As ações penais podem ser Ação Penal Pública e Ação Penal Privada, podendo estas serem incondicionada ou condicionada a representação do ofendido e esta última subdividida em Ação Penal Privada exclusiva e subsidiária.

Através da Constituição Federal de 1988, a Ação Penal Pública foi instituída como privativa do Ministério Público, iniciando-se por meio da peça denominada “Denúncia” que deve obedecer a requisitos constantes no art. 41 do CPP (Código de Processo Penal).

A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Em relação aos crimes de dignidade sexual,o Capítulo IV do Código Penal, que antes disciplinava a presunção de violência e algumas formas qualificadas, agora além de disciplinar as causas de aumento de pena para os crimes contra a liberdade sexual, regula também a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual.

Antes da edição da Lei nº. 12.015/2009, os crimes antes conhecidos como contra os costumes e atualmente denominados crimes contra a dignidade sexual, em regra geral, eram abordados mediante ação penal privada, não obstante o direito de punir sempre pertencer ao Estado.

Com a nova legislação, o artigo 225 do Código Penal sofreu algumas alterações importantes, sendo a que mais relevante foi a abolição da ação penal privada nos crimes sexuais, passando a ser ação penal pública condicionada à representação ser a regra geral, sendo a única exceção, que a faz incondicionada,quando a vítima for pessoa vulnerável ou menor de 18 anos.

Assim sendo, a nova redação do artigo 225 dispõe que:

Art. 225 - Nos crimes definidos nos Capítulos I e

II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Logo, com a nova legislação qualquer que seja o crime sexual, a titularidade para promover a ação será sempre do Estado, por meio do Ministério Público, que dependerá em alguns casos, da representação da vítima, para exercer o direito de ação.

A ação penal referente ao crime de estupro é a Ação Penal Pública Incondicionada e o responsável pela ação é o Ministério Público. Considerando a especial condição da vítima – menor de 14 anos ou pessoa vulnerável –, a ação penal é pública incondicionada, conforme disposto no parágrafo único do artigo 225 do Código Penal (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014). Por se tratar de menor, de acordo com o art. 234-B do Código Penal, inserido pela Lei n. 12.015/2009, deverão os processos tramitarem em segredo de justiça. O estupro de vulnerável é crime hediondo e por esse motivo o cumprimento da pena é cumprido inicialmente no regime fechado e o prazo para o livramento condicional é diferenciado.

De acordo com Nucci:

"Preceitua a Lei 8.072/90 (art. 1.o, V) ser o estupro um delito hediondo, trazendo, por consequência, todas as privações impostas pela referida lei, dentre as quais: o cumprimento da pena inicialmente em regime fechado; a impossibilidade de obtenção de liberdade provisória, com fiança; o considerável aumento de prazo para a obtenção do livramento condicional, bem como para a progressão de regime; a impossibilidade de concessão de indulto, graça ou anistia, dentre outros".

Com relação às suas formas qualificadas, as penas são de reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos, se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave, e de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, se da conduta resulta morte, respectivamente. Frisando que em ambas as formas seja ela simples ou qualificada,

o delito de estupro de vulnerável é considerado crime hediondo, conforme disposto no artigo 1º, VI, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Acerca da prescrição, Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 1050-1051) diz que :

“antes de transitar em julgado sentença final, começa a correr somente a partir da data em que a vítima completa 18 anos, caso não tenha sido a ação penal proposta anteriormente”.

Isso ocorreu, pois o legislador buscou evitar que acontecesse a prescrição do delito com a vítima ainda menor de idade, com a finalidade de prevenir a impunidade nos casos em que a vítima oculte o abuso sofrido, revelando apenas mais tarde a ocorrência e sua autoria, conforme se depreende do contido no artigo 111, inciso V, do Código Penal

Finalizando, neste crime não é permitido a transação penal e a suspensão condicional do processo, pois é delito hediondo.

2.8- Erro de Tipo

Para que ocorra o crime abordado, é necessário que o agente com dolo, saiba da idade do menor e da situação do incapaz, caso contrário ocorre o que se pode chamar de erro de tipo.

O erro do tipo ocorre quando a pessoa desconhece, age de forma equivocadamente. De acordo com o artigo 20 do Código Penal, erro do tipo é:

Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Descreminantes putativas

§1º É isento de pena de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

Sobre o erro de tipo, para Nucci é necessário o conhecimento da idade da vítima, pois caso contrário não ocorre dolo ocasionando o erro de tipo. Acerca

do erro tipo Nucci diz:

"É preciso prestar atenção para detectar eventuais casos de erros escusáveis, que levam à absolvição do agente. No contexto do erro de tipo, torna-se possível que o agente imagine ter relação sexual com alguém maior de 14 anos, embora seja pessoa com 12 ou 13 anos, mas de compleição avantajada. Se o engano for razoável, impõe-se o reconhecimento do erro de tipo escusável (art.20, caput, CP). Por outro lado, torna-se viável que o agente, pessoa simples, sem cultura, jamais imagine ser vedada a relação sexual com doente mental. Mantido relacionamento sexual, é preciso verificar se houve erro de proibição escusável."

Logo o agente que desconhece a idade da vítima, mas que age com violência ou grave ameaça, pode responder pelo crime de estupro, mesmo não respondendo pelo crime de estupro de vulnerável.

3 - PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE

3.1- Conceito de Vulnerabilidade

A vulnerabilidade nada mais é do que o estado de alguém que é vulnerável. E de acordo com o dicionário, vulnerável é alguém que pode ser magoado, frágil, que pode ser destruído. Houaiss , por sua vez, assim define: que pode ser fisicamente ferido; sujeito a ser atacado, derrotado, prejudicado ou ofendido.

Para Grecco “vulnerável” é:

"Considera-se vulnerável não somente a vítima menor de 14 (catorze)anos mas também aquela que possui alguma enfermidade ou deficiência mental,não tendo o necessário discernimento para prática do ato, ou aquela que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência conforme se verifica pela redação do artigo 217-A do Código Penal".

De acordo com Mirabete e Fabrinni :

"Considera-se vulnerável a pessoa que "por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência".

Conforme Nucci:

“São consideradas pessoas vulneráveis (despidas de proteção, passível de sofrer lesão), no campo sexual, os menores de 14 anos, os enfermos e deficientes mentais, quando não tiverem o necessário discernimento para a prática do ato, bem como aqueles que, por qualquer causa, não possam oferecer resistência à prática sexual.”

Logo alguém que seja vulnerável, deve ser protegido, deve de alguma forma possuir uma atenção maior por existir essa vulnerabilidade.

Foi com esse intuito, de proteger os vulneráveis que surgiu o artigo 217-A que visa protege-los em casos de estupro.

3.1.2- Vulnerabilidade e Presunção Relativa e Absoluta

Quando se fala em vulnerabilidade, temos dois tipos. Por um lado temos a vulnerabilidade absoluta, esta está atrelada ao artigo 217-A, onde são considerados absolutamente incapazes os menores de 14 anos e os que possuam alguma enfermidade.

Enquanto que a relativa se enquadra nos casos do artigo 218-B, menores de 18 anos, estes não são considerados totalmente vulneráveis, visto que possuem um certo conhecimento do que estão fazendo, sendo assim, a vulnerabilidade nesses casos é a relativa.

Nessa mesma linha de raciocínio, corrobora o estudioso Cesar Roberto Bitencourt:

"Na realidade, o legislador utiliza o conceito de vulnerabilidade para diversos enfoques, em condições distintas. Esses aspectos autorizam-nos a concluir que há concepções distintas de vulnerabilidade. Na ótica do legislador, devem existir duas espécies ou modalidades de vulnerabilidade, ou seja, uma vulnerabilidade absoluta e outra relativa; aquela refere-se ao menor de quatorze anos, configuradora da hipótese de estupro de vulnerável (art. 217-A); esta refere-se ao menor de dezoito anos, empregada ao contemplar a figura do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 218-B). Aliás, os dois dispositivos legais usam a mesma fórmula para contemplar a equiparação de vulnerabilidade, nas respectivas menoridades (quatorze e dezoito anos), qual seja, ‘ou a quem, 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’ (...)"

Existe também a presunção absoluta ou relativa, está não deve ser confundida com a vulnerabilidade relativa ou absoluta, pois abordam detalhes diferentes.

Nos casos de presunção, aborda-se a natureza da presunção, se ela é absoluta ou relativa, diferentemente da vulnerabilidade, que aborda o quanto vulnerável é o ser que está sofrendo o crime.

A presunção absoluta, como há de se perceber, é total. Não permite que seja

questionada a vulnerabilidade, a vítima é vulnerável e ponto. De acordo com Cezar Bitencourt:

"não se questiona esse aspecto, ele é incontestável, trata-se de presunção iure et iure, que não admite prova em sentido contrário"

Já na presunção relativa, a vítima pode ser vulnerável ou não, dependendo da sua compreensão do que está acontecendo. Nestes casos há de se provar a vulnerabilidade.

Para Cezar Bitencourt:

"Em outros termos, a vulnerabilidade deve ser comprovada, sob pena de ser desconsiderada, admitindo, por conseguinte, prova em sentido contrário, tratando-se, portanto, e presunção juris tantum."

De acordo com Nucci:

Em outros termos,poderia haver algum caso concreto em que o menor de 14 anos tivesse a perfeita noção do que significaria a relação sexual, de modo que estaria afastada a presunção de violência? Muitas decisões de tribunais pátrios, mormente quando analisavam situações envolvendo menores de 14 anos já prostituídos, terminavam por afastar a presunção de violência, absolvendo o réu. Seria, então,uma presunção relativa. Ou seja, para uma boa análise acerca do artigo 217-A, deve-se analisar detalhadamente qual a presunção da vulnerabilidade.

3.2 - Relativização da Vulnerabilidade Sexual

Como já foi abordado anteriormente, se percebe que a vulnerabilidade sexual, se dá em face da idade ou enfermidade da vítima, logo por se tratar de um fator etário,abre marge para uma relativização desta vulnerabilidade.

Pois, o ponto crucial que permite essa relativização é o consentimento ou não da vítima, que pode ou não estar consentindo o ato.

Ou seja, cabe ao juiz analisar e verificar se deve aplicar essa vulnerabilidade ou não. Para Nucci:

"A tutela do direito penal,no campo de crimes sexuais, deve ser absoluta quando se tratar de criança(menor de

12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente(maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisada em conjunto Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade do consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto de estupro de vulnerável”

O legislador com a criação da vulnerabilidade visa proteger a dignidade sexual dos menores de 14 anos, tendo como idéia que estes por serem menores e vulneráveis não praticam nenhum ato libidinoso,ou pratiquem conjunção carnal.

Porém, na atual situação, menores até do que os de 14 anos,praticam tais atos ate mesmo com a autorização de seus pais, afastando assim o tal perigo a vulnerabilidade da suposta vítima.

Assim sendo, a relativização permite que o juiz venha analisar os casos em concreto e obtenha sua melhor definição,visto que nos dias atuais a presunção da vulnerabilidade permite que haja a sua relativização.

3.3- Liberdade Sexual

Antes da criação da Constituição Federal de 88, não existia uma lei que viesse a proteger o direito das crianças e dos adolescentes. Isto só veio ocorrer com a Constituição de 88.

Após terem seus direitos assegurados pela Constituição, surgiu em 1990, a Lei 8069, o ECA (Estatuto das Crianças e Adolescentes) que preve em seu artigo 1º a proteção integral a criança e ao adolescente. E posteriormente veio a ser instituído através da Lei 12015/2009 a caracterização do crime de estupro de vulnerável.

Porém o que não ocorreu foi uma devida adequação do tipo penal, com a atual situação do jovem e do adolescente. Pois o desenvolvimento sexual infanto/juvenil é enorme e sofreu várias mudanças com o passar do tempo.

De acordo com Cerezer:

"Atualmente, vivemos um período onde a sociedade e a cultura sofrem intensas mudanças e transformações de paradigmas e valores que incidem poderosamente na existência dos adolescentes. A atualidade e suas

complexidades incrementam ainda mais este período evolutivo chamado adolescência, no qual transformações bio-psico-sociais acontecem"

Ou seja, nessa fase ocorre um desenvolvimento sexual, portanto é necessário que as crianças tenham uma educação, mesmo que sutil, sobre esse sentido para formar suas convicções. E com esse desenvolvimento surge para muitos a liberdade sexual. De acordo com Emiliano Borja Jiménes:

"Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando, ou com quem mantém relações sexuais".

Hoje, muitas crianças de 14 anos ou menos já tem acesso ou pelo menos entendem o que é sexualidade e como isso funciona.

Algumas delas inclusive já possuem relacionamento com outra pessoa e praticam conjunção carnal, alguns com anuência até mesmo dos pais.

Porém outras não. Tudo depende da cultura e educação que é imposta em casa. Logo existem diferentes tipos de crianças/adolescentes, que possuem ou não conhecimento e discernimento sobre sua liberdade social.

Para poder proteger corretamente os direitos e deveres das crianças e adolescentes é primordial incialmente perceber suas especificidades.

3.4 - Jurisprudências

O estupro de vulnerável, através da relativização, causa várias opiniões jurisprudências, porém algumas jurisprudências não tratam a vulnerabilidade como algo absoluto, deixando que seus juízes tomem as melhores decisões de acordo com a análise do caso em concreto.

Abaixo seguem casos onde a jurisprudência foi a favor da relativização da vulnerabilidade.

**APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL.
RELATIVIZAÇÃO DAVULNERABIIDADE.** Em que pese a vítima possuisse,

ao tempo do fato, menos de 14 anos de idade, é perceptível na declaração judicial sua plena capacidade de entendimento sobre seus atos, bem como que a conjunção carnal deu-se com o seu consentimento, o que relativiza sua vulnerabilidade. Constatase que o réu é um jovem, sem antecedentes, que estava abalado psicologicamente em razão do aborto sofrido por sua esposa, quando se envolveu com sua cunhada. Deste envolvimento clandestino, foi gerada uma suposta filha, registrada e criada pelo agente com muito amor, já que se percebe na instrução não haver certeza absoluta sobre a paternidade da criança, uma vez que a ofendida não confirma veementemente ser o réu o pai e não foi realizado exame de DNA. O caso dos autos não retrata, exatamente, uma situação de abuso sexual, mas de precocidade e, como tal, seria uma hipocrisia impor pesada pena ao denunciado, quando há na mídia e, principalmente nas novelas, filmes, seriados e programas de televisão, todo um estímulo à sexualidade, fazendo que, cada vez mais cedo as meninas despertem para essa realidade. RÉU ABSOLVIDO. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70073021917, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator:... Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 27/09/2017). (TJ-RS - ACR: 70073021917 RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Data de Julgamento: 27/09/2017, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/10/2017) No caso acima, o réu foi absolvido, pois entendeu-se que a menor deu consentimento a conjunção carnal, logo relativizou-se a vulnerabilidade. Para que hava o crime de estupro de vulnerável é necessário que a vítima não possua meios de se defender e que o ato tenha sido realizado contra a sua vontade, caso este que não ocorreu. Logo entendeu-se que houve relativização da vulnerabilidade.

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO RÉU – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE – CONSENTIMENTO DA MENOR – RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A MENOR E O ACUSADO – NAMORO CONSENTIDO PELOS PAIS DA VÍTIMA – PREQUESTIONAMENTO – SENTENÇA MANTIDA – CONTRA O PARECER MINISTERIAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. No que concerne ao estupro de vulnerável, visa a lei amparar, inclusive com o rigor da Lei 8.072/90, vítimas ingênuas e extremamente ignorantes em assuntos alusivos a sexo, desprovidas de discernimento e conhecimento suficientes

para alcançar e avaliar a dimensão do ato a ser praticado, com os seus desdobramentos. Neste tanto, o que deve ser apreciado é se a vítima, ao consentir, tinha ou não condições de mensurar as consequências do ato e entendê-lo. A comprovação de que a menor expressamente consentiu com a relação sexual, levada a termo durante namoro com o acusado, que contava inclusive com orientação da genitora, face à afetividade que revestia a situação, evidencia discernimento incompatível com a presunção de vulnerabilidade idealizada pelo legislador. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões. Recurso conhecido e provido. Contra o parecer. (TJ-MS 00016144920138120010 MS 0001614-49.2013.8.12.0010, Relator: Des. Jairo Roberto de Quadros, Data de Julgamento: 05/10/2017, 3^a Câmara Criminal) O caso acima retrata um fato muito comum, uma menor possui relacionamento com um maior, inclusive com autorização de sua genitora. Todos os fatos relatados, afastam o crime de estupro de vulnerável, pois a menor deu consentimento para realização da conjunção carnal, inclusive namorava com o réu, descaracterizando assim o crime previsto no artigo 217-A do Código Penal. Estupro de vulnerável. Relativização do conceito de vulnerabilidade. Absolvição. Procedência. Comprovado nos autos que as relações sexuais ocorreram de forma voluntária e consentida, em circunstâncias revestidas de peculiaridades que permitem a relativização da vulnerabilidade da vítima, a absolvição é medida que se impõe. (Apelação, Processo nº 0006759-91.2014.822.0004, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1^a Câmara Criminal, Relator (a) do Acórdão: Juiz José Gonçalves da Silva Filho, Data de julgamento: 06/10/2016) (TJ-RO - APL: 00067599120148220004 RO 0006759-91.2014.822.0004, Relator: Juiz José Gonçalves da Silva Filho, Data de Julgamento: 06/10/2016, 1^a Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 18/10/2016.) A relativização do conceito da vulnerabilidade ocorreu neste caso, pois apesar da suposta vítima se enquadrar na idade caracterizada como vulnerável, ficou comprovado nos autos que as relações foram consentidas e também ocorreram de forma voluntárias. Nesta situação, não há como se aplicar o crime previsto no artigo 217-A, visto que ocorreram fatos atípicos para a concretização do tipo penal. Abaixo, ao contrário do que aconteceu nos casos retratados anteriormente, não houve a possibilidade de se relativizar a

vulnerabilidade.

APELAÇÃO CRIMINAL. AUTOS DEVOLVIDOS AO ÓRGÃO JULGADOR PARA JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO. RETRATAÇÃO. Embora em casos pontuais, justificáveis pela ausência de tipicidade material da norma penal em relação às circunstâncias de fato, seja possível a flexibilização do rigor legal relativamente ao consentimento da vítima menor de 14 anos, não é esta a espécie dos autos. No caso dos autos, restou devidamente demonstrado que a vítima manteve relações sexuais com A. N. C após ter sido abusada sexualmente por seu padrasto, que ordenava que mantivesse relações sexuais com A. N. C., sendo inviável falar em consentimento da ofendida. EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, PROVERAM O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, MANTENDO NO MAIS O ACÓRDÃO. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70072000839, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Redator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 13/09/2018). (TJ-RS - ACR: 70072000839 RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Data de Julgamento: 13/09/2018, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/10/2018) No caso acima, a menor vulnerável apenas mantinha relações性uais pois era obrigada, ou seja, não se pode relativizar sua vulnerabilidade, afinal a mesma era forçada a prática de conjunção carnal.

E M E N T A – APELAÇÃO DEFENSIVA ESTUPRO DE VULNERÁVEL – RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA MENOR DE 14 (CATORZE) ANOS – ERRO DE TIPO – NÃO COMPROVAÇÃO – CONDENAÇÃO IMPOSITIVA – RECURSO MINISTERIAL – RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA – IMPOSSIBILIDADE – NÃO PROVIMENTO. Como cediço, mesmo antes do advento da Lei 12.015/2009, o eventual consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos para a prática de atos sexuais não é considerado penalmente relevante, justamente porque a lei entende que tais indivíduos não possuem o necessário discernimento e responsabilidade para a prática de tais atos. Assim, eventual consentimento da vítima de apenas 12 (doze) anos de idade para a prática de conjunção carnal não é suficiente para afastar a responsabilidade do agressor pelos crimes de estupro de vulnerável. Inexistindo prova de que o acusado desconhecia a

idade da vítima, muito ao contrário, inviável o reconhecimento da excludente de ilicitude do erro de tipo. À míngua de provas quanto à prática reiterada de atos libidinosos e conjunção carnal contra menor vulnerável, não se reconhece a majorante da continuidade delitiva. Apelações defensiva e ministerial a que se nega provimento, mantendo-se incólume o decreto condenatório. (TJ-MS 00134227520138120002 MS 0013422-75.2013.8.12.0002, Relator: Des. Geraldo de Almeida Santiago, Data de Julgamento: 28/11/2017, 1ª Câmara Criminal) Na situação acima, mesmo possuindo o consentimento da vítima, entendeu-se como irrelevante, pois entende a lei que uma vítima de 12 anos não tem discernimento do que está fazendo. Houve diferentemente dos casos anteriormente citados, um caso no qual foi desconsiderado o consentimento como motivo de descaracterização do crime.

3.5 - Importância da análise acerca dos aspectos da vulnerabilidade

Como foi possível perceber através dos aspectos abordados anteriormente, a vulnerabilidade, um tópico essencial para que ocorra a tipicidade no crime previsto no artigo 217-A do Código Penal, deve ser bem analisado quando se tratar de um caso em concreto. Pois não são todos os casos em que os menores de 14 anos possuem sua vulnerabilidade absoluta, em muitos casos, estes menores possuem noção de seus atos e em sua maioria permitem e consentem a prática do ato sexual. Para tanto, existem várias decisões jurisprudenciais que divergem quanto ao quesito "vulnerável". Isso ocorre principalmente por conta da atual situação em que se encontra a sociedade. Existem casos em que menores de 14 anos são inocentes e frágeis o suficiente para saber ou não conseguir reagir quanto sofre o estupro. Em outros casos ocorre apenas através da autorização do menor, que já tem sua vida sexual ativa e em muitos casos possue até mesmo um relacionamento com o suposto "réu".

De acordo com Nucci:

"Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos),

mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto. Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável"

Ou seja, nos casos em que se ocorre o crime previsto no artigo 217-A, é necessário que se exista uma ampla análise desta vulnerabilidade, para não cometer alguma injustiça e punir alguém que estava apenas praticando um ato com a autorização do menor. Nucci em seu texto demonstra que se perdeu a oportunidade de se utilizar conceitos que são abordados no Eca, conceitos estes que facilitariam numa melhor análise do tipo pena, visto que até mesmo o Eca não considera um maior de 12 anos uma criança e sim adolescente. De acordo com Nucci: "Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável". Então, como já dito antes e através das palavras de Nucci, é sim viável debater a capacidade do consentimento do menor de 14 anos.

3.6 - Lei Ordinária 13.718/2018

Foi aprovado o projeto de lei, que veio a se tornar a lei ordinária 13.718/2018, que acrescentam artigos no Código Penal. São os artigos 228-C e 225-A, que tipifica o crime de divulgação de cena de estupro e preve causa de aumento de pena para o estupro cometido por duas ou mais pessoas. Alterou também para ação penal pública incondicionada os crimes de dignidade sexual. Tipificou o crime de importunação sexual, cria formas qualificadas dos crimes de incitação ao crime e de apologia de crime ou criminoso; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Esta lei ordinária modificou também o artigo referente ao estupro de vulneráveis, pois incluiu uma nova regra, que entende que o consentimento da vítima não é motivo para a descaracterização do crime. Logo, a atual redação do texto é a seguinte:

Artigo 217-A § 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente

ao crime.” (NR)

O acréscimo dessa nova regra finaliza as discussões e a possibilidade de se relativizar o tipo penal, pois deixa claro que o consentimento ou o fato de ter mantido relações anteriores nada importa para o julgamento desse crime. O legislador não leva em consideração a atual realidade da sociedade, onde adolescentes de 13 ou 14 anos, muitos deles já iniciaram sua vida sexual. E ignoram seu poder de discernimento, pois seu consentimento se quer é considerado na nova regra disposta no parágrafo 5º.

CONCLUSÃO

O crime de estupro de vulneráveis, possuia antes da atual mudança feita pela lei ordinária 13.178/2018 a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade do menor de 14 anos, pois como abordado anteriormente, inclusive com provas de jurisprudências comprovando que em alguns casos, o menor permitia que houvesse a conjunção carnal e nenhum ato cometido era contra a sua vontade. Acerca da presunção nada foi alterado, então o conceito de absoluta e relativa se mantém a mesma.

Com o advento dessa alteração, não é possível que isso ocorra mais. O legislador retirou a possibilidade que o juiz pudesse analisar o caso em concreto e aplicar ou não a relativização. Impossibilitando também que qualquer adolescente venha a praticar conjunção carnal, não permitido de acordo com essa alteração. Visto que mesmo que a suposta vítima consinta a relação, a pessoa que venha a efetuar o ato responderá por crime de estupro, pois o consentimento do menor está sendo considerado irrelevante.

A relativização permitia uma melhor análise da situação, porém de acordo com a nova lei isto não ocorrerá mais. Por se tratar de uma lei relativamente recente, pois entrou em vigor no mês de setembro de 2018, só será possível perceber seus efeitos nos casos em concretos futuros e então analisar se realmente foi uma decisão acertada a inclusão deste parágrafo. Por fim, vale lembrar que a possibilidade de relativização permitia que pessoas fossem inocentadas de um crime, que na verdade não cometeram, visto que estavam apenas tendo relação como qualquer outra, pois era de vontade de ambas as partes que isto ocorresse.

ANEXOS

ANEXO A - Artigos 213 e 217 A do Código Penal

Estupro - artigo 213 CP: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) § 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Estupro de Vulnerável- artigo 217A CP:(Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) § 1º In corre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) § 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) § 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Corrupção de menores.

ANEXO B - Artigo 1º da Constituição Federal

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Caio Cesar Roberto. O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita> Acesso em : 15 set.18

FARIA,Gabriel Morais. Breves apontamentos acerca do histórico do estupro. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/54227/breves-apontamentos-acerca-do-historico-do-estupro>.

Acesso em: 15 out.17

HOUAISS, ANTONIO. Dicionário Houaiss da língua portuguesa . Disponível em: <https://www.dicio.com.br/houaiss/> Acesso em:02 nov. 2018