



A VULNERABILIDADE DOS ADOLESCENTES NO CRIME DE ESTUPRO DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Daniele Faria Lopes¹

RESUMO:

O presente trabalho busca a compreensão do estupro de vulnerável em uma visão abrangendo os menores de 14 e maiores de 12 anos de idade. O texto concentra-se no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro. Para sustentar que a vulnerabilidade não é absoluta. É inquestionável que o tipo apresenta uma inovação no ordenamento jurídico-penal. Questiona-se as causas que o delito não pode ser conhecido, quando o agente causador, acreditando esta com pessoa maior de 14 anos, pratica o ato sexual ou qualquer ato libidinoso, incorrendo erro de tipo previsto no artigo 20 do código penal brasileiro. Acreditando-se também causas em que o delito não pode ser reconhecido.

A Lei nº 12.015 de 2009, traz algumas mudanças profundas no Código Penal Brasileiro, com a introdução do crime estupro de vulnerável, passa a considerar crime qualquer ato libidinoso “com ou sem consentimento da vítima”, como uma proteção aos menores de quatorze anos, ainda não aptos a fazer uso de sua sexualidade. Mas, demonstra que constantes alterações perante a sociedade, com relação aos menores de 14 anos, estão precocemente adiantando a vida sexual, a qual, abre brecha para a relativização da natureza jurídica da vulnerabilidade em alguns casos especiais. Pretendeu-se, com esta discussão, contribuir com a temática no contexto social brasileiro, nomeadamente no Código Penal Brasileiro.

Palavras chaves: Estupro de vulnerável, Relativização, Vulnerabilidade.

ZUSAMMENFASSUNG (Resümee):

Die vorliegende Arbeit versucht, die Vergewaltigung von schutzbedürftigen Personen, insbesondere die Berücksichtigung von Kindern unter 14 Jahren und über 12 Jahren genauer zu beleuchten und zu verstehen. Der Text befindet sich als Paragraph 217-A im aktuell gültigen Brasilianischem Strafgesetzbuch. Um festzuhalten, dass die Verwundbarkeit nicht absolut zu betrachten ist. Es steht außer Frage, dass dieser Typ eine Neuerung im Rechtsstrafsystem darstellt. Die Gründe für das Delikt, die rechtlich nicht anerkannt werden können, werden in Frage gestellt, wenn der Täter annimmt,

¹Graduanda do Curso de Bacharel em Direito da UNIGRANRIO. Orientada pela Doutora de Direito Ana Paula Lopes.

einen sexuellen Akt oder welche libidinöse Handlung auch immer mit einer Person älter als 14 Jahren auszuüben und damit eine Straftat nach Paragraph 20 des aktuell gültigen Brasilianischen Strafgesetzbuch begeht. Auch im Glauben an Ursachen, in denen das Verbrechen nicht anerkannt werden kann. Das Gesetz Nr. 12.015 von 2009 bringt einige tiefgreifende Änderung im Brasilianischen Strafgesetzbuch mit sich. Mit der Einführung des Vergewaltigungsverbrechens für schutzbedürftige Personen wird ein Verbrechen als libidinöse Handlung „mit oder ohne Zustimmung des Opfers“ betrachtet, um Minderjährige unter vierzehn Jahren zu schützen, die noch nicht in der Lage sind, von ihrer Sexualität Gebrauch zu machen. Es zeigt jedoch, dass ständige Veränderungen in der heutigen Gesellschaft in Bezug auf Kinder unter 14 Jahren, ihr Sexualleben schon frühzeitig vorantreiben, was in einigen Sonderfällen eine Lücke für die Relativierung des rechtlichen Charakters der Verwundbarkeit öffnet. Mit dieser Diskussion sollte ein Beitrag zum Thema im brasilianischen sozialen Kontext, nämlich im brasilianischen Strafgesetzbuch, geleistet werden.

Schlüsselwörter: Vergewaltigung der Verwundbaren, Relativierung, Verwundbarkeit.

INTRODUÇÃO

O presente artigo, tem como objetivo estudar o crime de estupro de vulnerável tipificado no art. 217-A, do Código Penal Brasileiro, que prevê “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze anos)”. A princípio se faz uma abordagem do “crime”. Não serão aprofundadas as outras modalidades de estupro que levam a vulnerabilidade em virtude de doença ou enfermidade, reduzindo apenas aos menores de 14 anos, no que está relacionado a fixação da idade, presunção de vulnerabilidade se absoluta ou relativa.

A Lei nº 12.015 de 2009, embora já tenha passado mais de 10 anos partiu do estabelecimento, em um único tipo, do que anteriormente estava descrito como ‘estupro’ e ‘atentado violento ao pudor de vulneráveis’ à figura da ‘presunção de violência’, fundindo o disposto nos artigos 213, 214 e 224 do CP e aumentando a pena.

Levando em consideração tais informações podemos questionar: A vulnerabilidade é uma presunção absoluta ou relativa? Quanto à vulnerabilidade tratada como critério interpretativo, quais são as consequências nas medidas protetivas para o menor? Quais são as principais mudanças advindas da Lei? Apresenta-se uma breve apresentação histórica sobre o estupro de vulnerável e as modificações criadas pela nova legislação, apontando, as oscilações acontecidas na sociedade brasileira, em especial, em referência aos menores de 14 anos, que estão iniciando prematuramente a vida sexual, acarretando falhas na compreensão do ordenamento jurídico quanto à relativização da natureza da vulnerabilidade em determinados casos/situações.

O objeto de estudo desta pesquisa é uma melhor adaptação da situação que leva à definição do crime de estupro de vulnerável, momento em que se necessita de verdadeiro entendimento teórico e prático para o ajustamento dos fatos ao caso concreto, preservando assim, injustiças com relação à “vítima” e “acusado”.

Congruentemente que se seja levada em consideração tanto a conduta do agente causador do delito, como do sujeito passivo. Provavelmente a vítima que, mesmo menor de 14 deseja ter conjunção carnal com maior de 18, vindo a seduzir o acusado, consumará o delito proibitivo. No entanto se o menor, no momento do depoimento não apresenta as provocativas executadas, seja por vontade própria, medo de sofrer discriminação pela sociedade, ou, quando sem a permissão da família,

está sendo orientada/obrigada a prestar depoimento negativo, complica a situação do acusado, colocando em incerteza no valor probatório estendido a suas palavras.

Pressupõem que o Direito deve ser posto de forma distinta, não sendo considerável um direito decorrido, caduco, transitório e que não acompanha o desenvolvimento da sociedade. Obrigando a adaptar-se aos avanços sociais, seja por transformação, seja por entendimentos, jurisprudências, súmulas dos Tribunais, ou por alteração legislativa do dispositivo legal ultrapassado.

2. HISTÓRICO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SUA INTRODUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os crimes sexuais existem desde a antiguidade, até os dias atuais sendo uma preocupação de ordem mundial. As penas já eram previstas desde o início da civilização, porém eram severas e cruéis. As leis surgiram quando o homem não quis mais viver em estado de guerra constante. E foi assim que começou a busca pela melhor forma de controlar sua conduta, estabelecendo algumas regras de sobrevivência, para que a sociedade pudesse obedecer sob pena de serem impostas certas punições. Existiam condições a serem preenchidas para se configurar estupro, e algumas dessas condições eram preenchidas pelas próprias vítimas.

Atualmente as penas se tornaram mais humanizadas, mesmo assim o crime não deixou de ser punido com menos rigor. O que mais se leva em consideração hoje em dia, é a ampla proteção a dignidade sexual, que não se restringe somente a mulher e sim a qualquer ser humano independente de idade e sexo, sendo levado em consideração somente sua vulnerabilidade.

Durante a antiguidade os crimes sexuais eram punidos com pena de morte. Mas também havia outras formas para a punição conforme a condição da mulher.

2.1 CÓDIGO DE HAMMURABI

O Código de Hammurabi que veio por volta de 1.700 antes de cristo, também punia o crime de estupro com pena de morte. No entanto ele só protegia mulheres que ainda não havia-se relacionado com homem algum.

Explícito é a forma pela qual a mulher era tratada, como propriedade do indivíduo masculino. Depreende-se tal situação da leitura dos termos “que vive na casa paterna”; havia a posse do patriarca sobre as pessoas do sexo feminino que tutelava.

Ademais, ainda na leitura do código, é possível visualizar o que, de fato, a norma em questão buscava proteger: a moral do patriarca frente à sociedade, pouco importando a situação do ofendido e sua sexualidade.

Por fim, como incansavelmente será visto, apenas poderia ser sujeito ativo do crime em comento o homem; em contrapartida, apenas a mulher virgem, que vivia na casa do pai e, desta forma, era pura aos olhos da comunidade, ocuparia o polo passivo do delito. Excluídas estavam todas as pessoas que ostentavam.

2.2 DIREITO ROMANO

No direito Romano, verifica-se que havia uma grande coibição para esse tipo de crime, pois todo ato lascivo praticado contra alguém já simbolizaria a prática de um crime de estupro, tanto se fosse realizado contra um homem ou contra uma mulher. No qual era punido com pena de morte. Atenta-se que essa expressão se sustenta mesmo com a alteração da legislação até nos dias atuais.

A tradição foi seguida também durante a idade média, período este que se aplicava a pena de morte contra estupro violento.

2.3 CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Com o nascimento do primeiro Código penal Brasileiro, que também era chamado de código criminal do império do Brasil, sancionado em 1830, trouxe várias discussões sobre crimes sexuais e principalmente o estupro. O crime de estupro de acordo com o Código Penal tinha a pena prevista de três a doze anos de detenção, mais um dote oferecido à família da ofendida, porém se a ofendida fosse prostituta, a pena para o agressor do crime era diminuída para um mês a dois anos.

O Código Penal de 1940, não trazia nenhuma novidade aos crimes sexuais, Apesar do Código de 1940 que está em vigor até hoje, ocorreram diversas alterações em sua redação, dentre elas a que mais trouxe alterações foi a Lei nº

12.015 de 2009, a qual modificou, e alterou os crimes contra os costumes, hoje denominados crimes contra dignidade sexual.

A grande mudança trazida foi no crime de estupro definido agora como: constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça conforme apresenta a nova redação do artigo 213 do código penal vigente. Mais a grande mudança apontada pela doutrina e que com as alterações introduzidas pela Lei 12.015/2009 e que o crime de estupro pode ser praticado tanto por homem quanto por mulher, podendo ainda, ambos os estarem no polo passivo. E interpreta também que seria crime hediondo, pois, a Lei não diversificou os tipos de violência. Porém, revogado o artigo 224 pela lei 12.015/09, foi produzido um tipo penal próprio, sob a terminologia “estupro de vulnerável”. Deste modo, como a nova nomenclatura passou a ter suas formas qualificadas, acabou por substituir a Lei dos Crimes Hediondos, a qual passou a conceituar a hediondez do crime de estupro de vulnerável em sua forma simples.

3.O MOROSO PROGREDIR LEGISLATIVO: DO PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO A TOTALIDADE DA DEFESA DA DIGNIDADE SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A ampla indagação que se coloca nestas circunstâncias é: como modifica toda conjuntura de condescendência coletivo ao contato sexual entre crianças e adultos para o contexto oposto, de criminalização deste tipo de conduta?

Não se pode omitir que a realidade anteriormente descrita teve lugar em fins do século XIX, e que o Código Penal de 1940 foi o primeiro a instituir a presunção de violência para o crime de estupro praticado contra menores de 14 anos.

Até então, as descrições de crime de estupro constantes do Código Criminal de 1830 e do Código Republicano de 1890 não previam qualquer tipificação específica para o crime praticado contra menores de catorze anos, tampouco traziam hipóteses de agravamento de pena para tais situações.

No Brasil, a evolução legislativa constante do Código Penal de 1940 foi reflexo de uma nova concepção da infância, considerada em seu contexto de fragilidade e subjetivação (lento constituir dos sujeitos sociais “criança” e “adolescente”), a inspirar um compartilhamento social do cuidado e da responsabilidade pela preservação do ser em desenvolvimento.

Ao Código Penal de 1940 seguiu-se a Constituição Federal que erigiu, em seu artigo 227, a defesa dos direitos das crianças e adolescentes ao patamar de prioridade absoluta. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez (Lei n. 8.069/90), em seus artigos 241, 244-A e 250 instituiu ostensiva tipificação para condutas relativas à exploração sexual de crianças e adolescentes.

Ainda no plano positivo interno, a reforma instituída pela Lei n. 12.015/09 modificou sensivelmente a disciplina do tema no Código Penal, em boa hora alterando a nomenclatura do Título VI de “Crimes contra os Costumes” para “Crimes contra a Dignidade Sexual”, além de inserir capítulo específico relativo aos crimes sexuais contra vulnerável, seja na modalidade abuso sexual, seja na modalidade exploração sexual. Aos instituir disciplina específica para os crimes sexuais praticados contra pessoa vulnerável, tendo por parâmetro principal o limite etário de 14 (catorze) anos, referido diploma revogou (expressamente) o disposto no artigo 224 do CPB.

Ainda que diante do reconhecimento legal da presunção de vulnerabilidade da infância, a história da punição do estupro contra crianças no Brasil revela uma insistência na cogitação da responsabilidade da criança-vítima, persistindo a referência moral como obstáculo para a apreensão da violência-fato. Algumas decisões judiciais analisadas no curso deste trabalho evidenciam esta construção.

4. O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SUA INTRODUÇÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Mediante tantos casos ocorridos desde o começo da civilização até os dias atuais, trouxe à criação da Lei no 12.015 de 2009, que tinha como finalidade tornar mais severos os crimes sexuais previstos no Código Penal brasileiro. A Lei dentre as diversas reformas que fez, criou o artigo 217-A do CP que trata do estupro de pessoas vulneráveis, e tal dispositivo carregou algumas discussões que percorrem o ordenamento jurídico penalista. Uma dessas discussões refere-se à vulnerabilidade dos adolescentes entre 12 e 14 anos de idade, o que torna imprescindível uma exata cognição desse crime e da vulnerabilidade destes indivíduos, para que exista uma justa aplicação nos casos concretos.

Em vista disso, não há dúvidas a importância do estudo do referido crime do instituto da vulnerabilidade nos crimes sexuais desde suas origens no direito brasileiro, conseqüentemente, será possível uma melhor percepção dos mesmos.

Deste modo, no primeiro ponto será feita uma análise histórica da origem do crime de Estupro de Vulnerável em nosso ordenamento jurídico que aconteceu com a constituição da Lei no 12.015 de 2009, da mesma maneira que de sua introdução na legislação penal brasileira.

4.1 ANÁLISE REFERENTE À CRIAÇÃO DA LEI NO 12.015 DE 2009 E AS MODIFICAÇÕES GERADAS NO CÓDIGO PENAL

Foram inúmeras modificações trazidas pela Lei 12.015/2009, no entanto, tendo em conta a seriedade desse tipo de delito, o legislador deixou a desejar em alguns aspectos, por exemplo, não ter resguardado o ofendido de “exatos” 14 anos, da mesma forma que no tocante à Ação Penal em tais crimes.

No que está relacionado ao crime de estupro, previsto no artigo 213 do CP, o legislador preferiu por englobar a sua aplicação possibilitando que, não apenas a mulher, mas também o homem pudesse ser sujeito passivo do crime.

Por consequência, o atentado violento ao pudor deixou de ser um tipo penal para se enquadrar no mesmo artigo, não sucedendo, portanto, “abolitio criminis”, mas sim, a transformação de duas maneiras anteriormente diversas em crime único, o que, a despeito de não ser tema versado no presente artigo, já vem privilegiado vários agentes que respondiam por concurso de crimes, e atualmente têm suas penas reduzidas por se tratar de crime único, resultado totalmente contrário ao intuito da lei.

A lei desse mesmo modo, tem como finalidade se tornar mais rígida, transformando o crime de estupro contra vulnerável em crime hediondo, como já previsto ao crime de estupro do artigo 213 do CP, revogando também os casos de presunção de violência do artigo 224 do CP e ampliando as penas dos crimes sexuais praticados contra adolescente maior de 14 e menor de 18 anos, ou quando a consequência for lesão corporal de natureza grave.

Com propósito de desenvolver as alterações referentes à Ação Penal nos crimes contra a dignidade sexual, conjecturado no artigo 225 do Código Penal, entendendo que a ação penal que era, como preceito, privada, onde a vítima tinha a

titularidade da ação, ou seja, possuía a legitimidade ativa, foi modificada. A ação passou a ser pública condicionada à representação, tendo a legitimidade ativa passado ao Ministério Público, porém, ele carece da representação da vítima para iniciar a persecução penal.

Neste ínterim, posto que a lei tenha trazido mudanças, torna-se compreensível captar que elas não foram capazes de responder as necessidades da sociedade, tal qual, em relação ao princípio da proporcionalidade, a lei não foi eficaz de suprir a exatidão de imediata repressão e severa punição do fato.

5. ESTUPRO DE VULNERÁVEL: O ABUSO CONTRA OS ADOLESCENTES

Tem sido recorrente nos últimos anos nos depararmos com notícias do gênero, em que adolescentes sofreram abusos contra sua dignidade sexual. Segundo a própria Unicef, a exploração sexual atinge todas as classes sociais e está ligada a aspectos culturais. Ocorre, que a violência sexual se torna um transtorno ainda maior quando se trata de vítimas como crianças e adolescentes. Pois, devido estarem em processo de desenvolvimento encontram-se em situações de maior vulnerabilidade.

Hoje a questão da relação sexual ou qualquer ato libidinoso com menor (com ou sem seu consentimento) não é tratado pelo estatuto da criança e adolescente, o qual define criança (menores de 12 anos) e adolescentes (maiores de 12 anos) e sim regulamentado pelo código penal, alegando que o estupro de vulnerável ocorre quando o menor de 14 anos, ou seja, tanto criança quanto adolescente, são abusadas sexualmente.

Entender o crime de estupro de vulnerável é de suma importância para a nossa abordagem seguinte, que será sobre a reflexão da vulnerabilidade, prevista no caput do artigo 217-A do CP, a qual, apesar de ser concebida a partir de um caráter absoluto, vem, no entanto, apresentando desde a sua implantação, questões e apontamentos que abordam sobre a possibilidade de uma relativização da culpabilidade do autor do delito.

5.1 ELEMENTOS DO TIPO DE ESTUPRO

Podemos denominar 2 tipos de elementos sendo ele Conjunção carnal (quando ocorre de fato a penetração dos órgãos genitais) e o Ato libidinoso sendo caracterizado por qualquer atitude que venha satisfazer o “apetite sexual” mesmo não havendo contato com o órgão sexual. Por exemplo quando o agente masturba a vítima.

Entretanto se a vítima não for forçada a prática do ato (como a masturbação), ou a observar enquanto o agente realiza-o, não há no que se falar no crime em tela. Essa suposição não é possível quando a vítima é obrigada a praticar qualquer ato com o seu próprio corpo, tendo a satisfação da lascívia do agente.

5.1.2 ELEMENTO SUBJETIVO

Conforme preleciona Nucci (2009, p.36): “O elemento subjetivo é o dolo, não se punindo a forma culposa. Cremos existente o elemento subjetivo específico, consistente na busca da satisfação da lascívia.”.

Assim, para configurar o crime em questão é necessário que o sujeito ativo tenha consciência atual de todos os elementos do tipo, isso quer dizer que o agente deverá agir com pleno conhecimento de sua conduta, que consiste na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso; além de saber que realiza o ato sexual com menor de 14 (catorze) anos ou com alguém que, em virtude de sua deficiência mental, não tem o discernimento necessário para tanto, ou que, por outra causa, não possa oferecer resistência; sob pena de incidência do chamado erro de tipo, que exclui a tipicidade do fato.

O dolo pode ser direto, quando o autor tem ciência da menoridade da vítima; ou eventual, no qual ele, embora não tenha certeza da idade do sujeito passivo, cujas características físicas evidenciam sua tenra idade, assume o risco de sua conduta.

Exige-se, ainda, o elemento volitivo, que é a intenção de satisfazer a própria libido. Porém essa questão é bastante polêmica, haja vista que não restaria configurado o delito de estupro de vulnerável quando a intenção do agente fosse, por exemplo, divulgar imagens da vítima praticando atos sexuais, já que não visava satisfazer sua libido.

6. VULNERABILIDADE: RELATIVIZAÇÃO, É POSSÍVEL?

Deverá ser feito uma análise crítica da vulnerabilidade no crime em debate, identificando seu conceito no âmbito legal e jurídico, a fim de inquirir se, no caso concreto, a idade da vítima (menor de 14 anos) é o bastante para caracterizá-la como sujeito vulnerável.

6.1 ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO

De acordo com a lição de Rogério Greco:

Entende-se por erro de tipo aquele que recai sobre as elementares, circunstâncias ou qualquer dado que se agregue a determinada figura típica, ou ainda aquele, segundo Damásio, incidente sobre os 'pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora'.²

O erro de tipo está previsto no artigo 20 do Código Penal de 1940 com suas sucessivas alterações e exclui o dolo, afastando-se, por conseguinte, a tipicidade penal da conduta. Ele ocorrerá, por exemplo, na hipótese em que o agente desconhecia ser a vítima menor de 14 (catorze) anos, uma vez que esta apresentava atribuições físicas bem desenvolvidas que não condizem com sua real idade.

De igual modo, se o sujeito ativo ignorar o fato de que a vítima, em razão de enfermidade ou deficiência mental, não possuía o necessário discernimento para a prática de atos de natureza sexual, incorrerá no supramencionado erro, por se tratar de uma elementar do tipo penal insculpido no artigo 217-A do Código Penal de 1940 com suas sucessivas alterações.

Quanto ao erro de proibição, este está disposto no artigo 21 desse mesmo diploma legal e recai sobre a antijuridicidade do ato, podendo eliminar a culpabilidade.

6.2 O CARÁTER ABSOLUTO DA VULNERABILIDADE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Mesmo diante do atual desenvolvimento sociocultural brasileiro e da realidade circundante, que evidencia o contato cada vez mais precoce dos jovens com

²GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 10. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2013. P.286.

fatos de conteúdo sexual e um amadurecimento antecipado dos adolescentes para a sexualidade, muitos autores defendem que a vulnerabilidade do menor de catorze anos não é passível de relativização.

Nesse sentido, Greco argumenta que a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. Acrescenta que o tipo penal não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de catorze anos, bem como com aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A do Código Penal.³

A lei penal determinou, de maneira absoluta e objetiva, que uma criança menor de catorze anos, independentemente de sua vida sexual desregrada, ainda não é desenvolvida o suficiente para decidir sobre os seus atos sexuais, eis que a sua personalidade ainda está em formação e seus conceitos e opiniões ainda não estão consolidados.

Nada obstante tais posições doutrinárias é imperioso reconhecer que ao considerar como absoluta a vulnerabilidade trava-se um confronto direto com vários princípios constitucionais, notadamente: o da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa, da harmonia familiar e o da paternidade responsável.

Os princípios constitucionais são o ápice do sistema jurídico, servindo de diretrizes para a elaboração das normas infraconstitucionais, que devem com eles guardar conformidade. Ademais, orientam o aplicador do direito na atividade interpretativa e integrativa da norma jurídica.

Desse modo, não pode o intérprete da lei entender como absoluta a vulnerabilidade, pois atenta contra o princípio constitucional da inocência ou não culpabilidade, disposto no artigo 5º, inciso LVII[8], da Carta Magna, já que o contato sexual com menor de catorze anos configuraria, por si só, o delito tipificado no artigo 217-A do Código Penal, independentemente da experiência sexual do menor ou de suas condições individuais.

Tal fato implica em uma culpabilidade antecipada do acusado quando comprovada a autoria e não se tratar de erro de tipo inevitável. Insta ressaltar que quando atingido o critério objetivo de idade da vítima, o réu fica impossibilitado de provar sua inocência.

É pertinente transcrever os dizeres de Alexandre Bizzotto:

³GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 10. ed. Niterói–RJ: Impetus, 2012. P 533.

O sistema constitucional revolta-se com qualquer modalidade de presunção legal ou interferência exegética que possa levar a caminhos hipotéticos que auxiliem a formação de convicção jurisdicional condenatória. Exige-se um alicerce probatório marcante para se destruir a situação da não-culpabilidade. A prova é toda da acusação (*nulla accusatio sine probatione*). Ela é quem tem todo o encargo de modificar a situação constitucional (...) **Conclui-se que o vigor do princípio da não-culpabilidade faz com que o juiz, ao se deparar em dilema interpretativo, com mais de uma situação processual possível à defesa, seja no âmbito do tratamento ou da avaliação das provas, escolha aquela que mais se aproxima da não-culpabilidade.**⁴

Legislação é a proteção integral do ser humano ainda criança, visando a preservar a sua integridade sexual de todas as formas, o que inviabiliza qualquer debate sobre relativização do consentimento para atos sexuais proferidos por vulneráveis.

Nada obstante tais posições doutrinárias é imperioso reconhecer que ao considerar como absoluta a vulnerabilidade trava-se um confronto direto com vários princípios constitucionais, notadamente: o da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa, da harmonia familiar e o da paternidade responsável.

A natureza juris et de jure da vulnerabilidade elimina a possibilidade de produção probatória em contrário por parte do acusado no sentido de demonstrar que a realidade fática diverge daquela presumida pelo legislador, principalmente, quando se está diante do consentimento do menor que possui pleno discernimento para a prática de atos sexuais.

Assim, não há que se falar em defesa “ampla”, uma vez que o agente fica limitado às teses de negativa de autoria e erro de tipo. Registra-se que nada o impede de alegar em sua defesa a ausência de vulnerabilidade do ofendido, menor de catorze anos, com quem se relacionava amorosamente, por exemplo. Contudo, tais alegações não serão capazes de influenciar a formação da convicção do magistrado, cujo “livre convencimento motivado” foi tolhido por esse caráter absoluto.

Outro problema decorrente da vulnerabilidade absoluta é a ofensa aos princípios da paternidade responsável, garantido expressamente no artigo 226, §7º, da Magna Carta, e da harmonia familiar.

⁴BIZZOTTO, Alexandre. **Valores e princípios constitucionais: exegese no sistema penal sob a égide do Estado Democrático de Direito**. Goiânia: AB, 2003.(2003, p. 248-250)

A paternidade responsável diz respeito à responsabilidade que deve ser observada desde a concepção até a manutenção da família, objetivando o planejamento familiar.

Quanto à harmonia familiar, o artigo 1520 do Código Civil de 2002 dispõe que: "Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez."

É comum na sociedade moças de 13 (treze) anos de idade se relacionarem com rapazes de 18 (dezoito) anos, resultando em gravidez, desejada ou não. Muitos casais residem juntos e visam constituir uma família, no entanto, o Direito Penal figura como óbice a essa união, cominando uma grave reprimenda.

Destaca-se que o casamento da vítima com o autor do crime não extingue a punibilidade, pois o inciso VII do Código Penal, que autorizava tal extinção, foi revogado pela Lei n. 11.106/2005. Nem é cabível a concessão do perdão do ofendido por parte do representante legal da vítima, já que a Lei n.12.015/2009 tornou o estupro de vulnerável crime de ação penal pública incondicionada.

Conclui-se, então, que o entendimento perfilhado por parte da doutrina e da jurisprudência de que a vulnerabilidade do menor não comporta prova em contrário (natureza absoluta) fere todos os princípios supracitados, não guardando harmonia com o texto constitucional.

7.COMO DEVEMOS TRATAR AS PESSOAS QUE SE APAIXONAM PELO MENOR DE IDADE

Certamente um indivíduo de 18 anos que se apaixonar por um indivíduo de treze anos, ou vice-versa. Razão pela qual as meninas se evoluem mais rápido que os meninos, de forma mental, como de forma física. Elas amadurecem mais cedo, sendo assim, procuram namorados mais velhos. Justificativa por que há a grande chance de advir uma paixão envolvendo uma pessoa que seja tida como vulnerável pela legislação com uma pessoa maior de idade.

Ainda que a lei deixe claro que o relacionamento com um menor de 14 anos é julgado como crime de estupro de vulnerável, há vários casos novos quais se encontram um relação amorosa com o menor de 14 anos. Nesse propósito se julgar o caso em concreto e ficar comprovado a questão de amor. Há a probabilidade

de se falar em relativização da vulnerabilidade, na hipótese do indivíduo menor de 14 anos se demonstre desenvolvido fisicamente e emocionalmente.

Em síntese, mesmo a lei tratando como absoluta a presunção de vulnerabilidade dos menores de 14 anos, é capaz de em determinados casos, aplicar a natureza relativa à vulnerabilidade. Logo, absolve o agente que não queria praticar nenhum crime, apenas atender o amor que supria pela suposta vítima. Em contrapartida, é capaz de relativizar os casos concretos em que o menor de 14 anos usa atos sexuais para sua sobrevivência, em outras palavras pode relativizar os casos de prostituição? Iremos examinar esse assunto no próximo ponto.

8. REFLEXÃO DO ADOLESCENTE QUE SE PROSTITUI

É sabido que o sujeito que realiza relações sexuais em troca de dinheiro, isto é, o sujeito que se prostitui no Brasil não pratica crime. Vista disso, o problema do indivíduo menor de 14 anos prostituir-se é mais uma polêmica presente, em nosso ordenamento jurídico. Apesar de, não ser um assunto difícil de ser resolvido, visto que a lei, expressamente, impede a relacionamento sexual com o vulnerável. Mesmo que na eventualidade o sujeito menor tenha consentido o ato ou tenha experiências sobre o assunto não vai ter pertinência.

Sendo assim, a execução do ato sexual com uma vítima que era prostituída no período da ocorrência do crime, não conseguirá usar como desculpa a prostituição do menor como alegação de defesa.

Por consequência, por mais que a circunstância de estar a vítima, menor de 14 anos, comercializando seu próprio corpo, qualquer cidadão tem a noção de que realizar com ela algum tipo de ato libidinoso, aqui inserida, evidentemente, a conjunção carnal, é um ato ilícito, razão pela qual o agente deverá ser réu pelo crime em estudo.

Compreende-se que a discordância quanto à natureza da vulnerabilidade do menor prostituída não há como ser relativa, razão pela qual cada comunidade tem consciência de que manter relações sexuais com o menor de 14 anos, memo

que tenha esse menor experiência profissional no ato, é crime de estupro de vulnerável.

Desse modo, as ocorrências que um indivíduo pratica atos sexuais com um menor de 14 anos, mesmo que elas estejam comercializando seu corpo e tenha permitido o ato. Esse indivíduo praticou o crime de estupro de vulnerável. Em razão que é inaceitável essa situação, visto que dolosamente esse indivíduo bem informado, paga para ficar com esses vulneráveis sabendo que é ilegal. Constatase que é bem distinto quando se existe amor, já aludido no assunto anterior.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a análise no sentido de estampar aspectos polêmicos do estupro de vulneráveis, dando destaque aos menores de 14 anos.

Expôs ponto de vista e entendimentos de doutrinadores acerca dos delitos sexuais e a sua história, passando pelas mudanças, trazidas pela Lei 12.015 de 2009, concernente aos crimes de estupro.

Do mesmo modo, procurou demonstrar o significado do vocábulo “vulnerável”, e seu surgimento na legislação. Cabe ressaltar que, para esse trabalho, o vocábulo “vulnerável” abrangeu-se aos menores de 14 anos, os quais para o legislador merecem maior proteção do Estado.

Vale ressaltar, até o momento, o ponto principal do presente trabalho é apontar particularidade discutível do estupro do menor de 14 anos. A propósito, em diferentes caso concreto, consegue ter uma interpretação distinta em referência à natureza da vulnerabilidade.

A natureza da vulnerabilidade tem de ser absoluta no geral, mas, cabe relativização quando, por exemplo, se fala em uma relação amorosa entre as partes envolvidas. Inicialmente, a dificuldade da sexualidade do menor de quatorze anos aparenta ser bem mais político e governamental, que poderia se elucidar com investimento e educação na estrutura da sociedade em longo prazo, com introdução

de programas educacionais, de confronto com as drogas, conhecimento e orientação sexual.

Outrossim, com a composição de leis eficazes pelo poder legislativo para reparar as irregularidades provocadas por ele, em consequência das defeituosas atuações, daí sustenta-se em meio há tamanha confusão legal, onde tudo necessariamente precisa está fixada plenamente em lei, inclusive os institutos insignificantes, ocasionando uma falsa impressão de segurança e zelo com a sociedade.

Indispensavelmente a defesa e proteção da juventude, entretanto, não pode ter uma proteção desregrada, especialmente em uma fase como essa de grandes mudanças e transformações sociais. A facilidade para se obter informação ocasiona um amadurecimento prematuro da maioria dos jovens e este ponto não pode ser excluído da visão judiciária, que deve aplicar o direito de forma equivalente e justa, de acordo com cada fato.

Primordial é que procure, ao lutar pelo Direito, assegurar a proteção à pessoa em situação de vulnerabilidade, igualmente com a implementação de práticas que impeçam a imaturidade verificada por um dos fragmentos aqui exposto, de forma que possibilite excluir a ideia da relatividade, ao invés de debatê-la na seara jurídica. Em razão, da análise do disposto legal, verifica-se que a intenção do artigo 217-A do Código Penal não é verificar se o menor de 14 anos, vítima de estupro, possui ou não experiência sexual, mas sim apontar que o crime configurasse a partir da conduta do infrator, em conjunto com a norma, evitar que este leve o menor de 14 anos a um comportamento sexual antecipado.

Sendo assim, compreende-se pela designação da Lei n.º 12.015/2009, de forma taxativa, quanto à vulnerabilidade do menor de 14 anos de idade, ainda sim ter ficado comprovada a necessidade de se buscar uma solução que se permita chegar a um entendimento, dessa maneira igualmente em relação ao menor de 12 anos, em que não se admite a possibilidade de relativização da sua vulnerabilidade e que ponha fim à desentendimento existente quando a vítima figurar entre 12 a 14 anos de idade, sobre a probabilidade (ou não) de relativizar sua situação de vulnerável.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIZZOTTO, Alexandre. **Valores e princípios constitucionais: exegese no sistema penal sob a égide do Estado Democrático de Direito**. Goiânia: AB, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Código (1940). **Código Penal**. Brasília: Decreto-Lei, 1940.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública** (arts. 213 a 359-H) / Fernando Capez. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GOUVÊA, Marta Xavier de Lima. **Pedofilia e estupro de vulnerável: a tênue linha que separa o fato típico da psicosssexualidade anômala**. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5533>. Acesso em: 02/09/2020

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 10. ed. Niterói–RJ: Impetus, 2013.

JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. O conceito de vulnerabilidade no direito penal. Disponível em [http:// www.lfg.com.br](http://www.lfg.com.br) - 08 de abril de 2010. **O conceito de vulnerabilidade no direito penal**

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentário ao Título VI do Código Penal. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à lei 12.015/2009**. Editora RT, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral : parte especial** / Guilherme de Souza Nucci. – 9 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

RODRIGUES, Júlia de Arruda; CARDOSO, Larissa Ataíde et al. **O novo tipo penal estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica**. In: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2338, 25 nov.2009. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/13908>>. Acesso em:02/09/2020.

VIANNA, Erica Vasconcelos de Aguiar. **Crimes sexuais contra vulnerável: uma breve abordagem no contexto constitucional**.2011. Disponível

em:<<http://www2.tjce.jus.br:8080/dike/wp-content/uploads/2010/11/ERICA-Vasconcelos-de-Aquiar.pdf>>. Acesso em: 20/10/2020

VILARES, Fernanda Regina. **Relativização do estupro de vulnerável**. 2012. Disponível em: >. Acesso em: 04/11/2020

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.