

RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE NO CRIME PREVISTO NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL

Marcel Oliveira Madruga de Souza¹

Luiz Eduardo Marinho Costa²

RESUMO

Discute-se acerca da relativização da presunção de vulnerabilidade do crime de estupro de vulnerável praticado contra a vítima menor de quatorze anos, disposto no *caput* do art. 217-A do Decreto-Lei n.º 2.848/40 (Código Penal Brasileiro), utilizando-se da interpretação sociológica do tipo penal, visando considerar a palavra do adolescente como meio válido de prova, adequando-se aos costumes e valores sociais atuais. Ainda, far-se-á uma análise do tema à luz dos divergentes entendimentos na jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, tencionando-se a uma mudança da aplicação estrita dos rigores legais do nosso anacrônico Código Penal.

Palavras chave: Código Penal; Crimes contra a Dignidade Sexual; Estupro de vulnerável; Relativização.

ABSTRACT

It discusses about the relativity of the presumption of vulnerability of the crime of rape committed against a vulnerable victim less than fourteen years old, the provisions set forth in article 217-A of Decree-Law No. 2.848/40 (Brazilian Criminal Code), using the sociological interpretation of the criminal type aiming to consider the word of the teenager as a valid means of proof, adapting to the current social mores and values. Still, an analysis of the topic about of divergent jurisprudential understandings, particularly the Supreme Court and Superior Court of Justice, and intends to change the strict application of the legal rigors of our anachronistic Criminal code

Keywords: Criminal Code; Crimes against Sexual Dignity; Rape of vulnerable; Relativization.

¹ Acadêmico do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN; Estagiário do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte; email: marcelmadruga@hotmail.com.

² Docente de Direito Penal do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN; Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte; email: luluca@supercabo.com.br

1 INTRODUÇÃO

É comum depararmos com alguns julgados dos nossos Tribunais pátrios casos concretos envolvendo a prática do crime de estupro de vulnerável praticado contra pessoa não maior de quatorze anos, hodiernamente tipificado no *caput* do art. 217-A do Código Penal Brasileiro, em casos específicos no qual se nota a inocorrência de atos de violência ou ameaça por parte do acusado, bem como a existência de consentimento e experiência do adolescente com a prática sexual, mas que acaba ensejando uma condenação apenas pela mera interpretação estrita da norma penal.

Será que a interpretação de um delito inserto no título dos crimes contra a dignidade sexual (crimes contra os costumes na redação anterior), estatuído sob os valores da década de 40 do século passado - quando surgiu o vigente Código Penal -, tem a mesma aplicabilidade na moderna sociedade atual?

Em muitos aspectos podemos responder positivamente, embora haja dispositivos legais que se contrapõem a tal indagação. É o caso do art. 217-A do nosso Código Penal, se levarmos em consideração uma interpretação progressiva e sociológica da norma.

Nessas situações, o intérprete da lei penal, inclusive o julgador, deverá buscar a melhor exegese possível do trabalho legislativo, não podendo se ater, em alguns casos específicos, à mera interpretação literal do dispositivo legal, pois, ao agir dessa forma, poderá prolatar uma condenação injusta sob a ótica social, pois a sociedade é operante quanto aos costumes e valores, cuja evolução não é alcançável, muitas vezes, pelo Poder Legislativo.

Essa evolução dos valores da sociedade e os divergentes julgados de casos concretos envolvendo a interpretação do dispositivo legal em lume deram ensejo a polêmicos embates na doutrina e na jurisprudência, que até então não se encontram pacificados, mas que albergam interessantes opiniões sobre o tema.

Inicialmente o artigo fará um breve histórico tratando do surgimento e evolução do crime de estupro, bem como o estupro praticado contra o menor. Em seguida, analisará o *caput* do art. 217-A do Código Penal, conferindo-lhe uma interpretação sociológica, tencionando-se a relativizar a presunção de violência e vulnerabilidade contida na essência do dispositivo legal em respeito ao princípio da ofensividade.

Por fim, serão esmiuçados neste artigo os diferentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como também de alguns julgados dos Tribunais de Justiça dos Estados.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DELITO DE ESTUPRO

Desde os primórdios da história da humanidade, a violência sexual é um problema social que tem sido alvo de repúdio e represálias por parte da sociedade.

Durante muito tempo, a proteção contra a violência sexual albergava apenas as mulheres, por serem consideradas mais frágeis, logo suscetíveis de ataques dos homens que se utilizavam da força para satisfazer suas lascívia.

Nas leis dos Hebreus, em Deuteronômio 22:25-27, da Bíblia, que previa o crime de estupro, dispôs que se um homem encontra uma mulher e de forma violenta dorme com ela, seria morto como forma de sanção, e a mulher nada sofreria ³.

No Direito Canônico, para a ocorrência do crime de estupro, era fundamental que a mulher fosse virgem, caso contrário não poderia ser vítima deste crime, além disso, para a consumação do delito, exigia-se o emprego de violência. Portanto uma mulher que já tivesse praticado conjunção carnal não poderia ser vítima, de tal modo que o estupro alcançava apenas o ato sexual com mulher virgem, não casada e honesta. A pena para quem cometesse tal crime seria de decapitação em praça pública (PORTINHO, 2005).

Já no Direito Romano, semelhante ao Direito Canônico, o crime de estupro exigia, além da prática de ato libidinoso ou conjunção carnal, que a vítima fosse mulher virgem ou viúva honesta. A pena de morte, por sua vez, só atingia o escravo, pois se o homem fosse nobre o sujeito ativo, somente sofria com aplicação de pena pecuniária (GUSMÃO, 2001).

Salienta ainda Gusmão (2001) que no direito antigo o crime de estupro foi introduzido pelas Ordenações Filipinas, aplicadas por Decreto Real ao Reino de Portugal, como sendo o crime de conjunção carnal “*per força*”, cuja pena era a morte, e não havia o perdão se o criminoso se casasse com a vítima.

3 BÍBLIA. Mas se foi no campo que o homem encontrou a jovem e lhe fez violência para dormir com ela, nesse caso só ele deverá morrer, e nada fareis à jovem, que não cometeu uma falta digna de morte, porque é um caso similar ao do homem que se atira sobre o seu próximo e mata: foi no campo que o homem a encontrou; a jovem gritou, mas não havia ninguém que a socorresse.

O Código Criminal do Império de 1830, considerado adiantado para a época, ao tratar do estupro, seguiu a tradição do Direito Romano em que o vocábulo *stuprum* albergava todas as relações carnais ilícitas (PIERANGELI, 2007).

Por sua vez, o Código de 1890 ao conceituar o estupro, assim dispôs no art. 269: “Chama-se estupro o ato pelo qual o homem abusa, com violência, de uma mulher, seja virgem ou não”.

Note-se que o legislador de 1890 não mais previu a necessidade da mulher vítima ser honesta ou virgem, bastando que o ato tenha sido cometido com violência, demonstrando uma evolução cuja linha vem sendo seguida pelas legislações atuais.

Em 1940 foi criado o Código Penal Brasileiro - CPB, por meio do Decreto-Lei n.º 2.848/40, cujo art. 213 previa o crime de estupro, com a seguinte redação: “Constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça”.

Do mesmo modo do modelo adotado pelo Código de 1890, o estupro independia de ser a mulher virgem ou honesta.

Com o advento da Lei 12.015, de sete de agosto de 2009, que alterou, substancialmente, o Título VI do Código Penal, intitulando-o “Dos crimes contra a dignidade sexual” – antes denominado “Dos crimes contra os costumes”-, o estupro, ainda previsto no art. 213, ganhou nova redação, conferindo-lhe uma adequação à realidade atual, ao prever que comete o crime quem “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir com que ele se pratique outro ato libidinoso”.

Percebe-se que o legislador estabeleceu que a vítima tanto pudesse ser homem como mulher, inovando em relação a todas as legislações pretéritas, que somente poderia figurar como vítima a mulher.

Além disso, ampliaram-se os atos configuradores do delito, pois se estabeleceu que além da conjunção carnal - cuja interpretação no Brasil significava a cópula vaginal - considera-se também crime a prática de qualquer outro ato libidinoso, cuja denominação, no entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 946), “é o ato voluptuoso, lascivo, que tem por finalidade satisfazer o prazer sexual, tais como o sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina dos dedos ou de outros objetos, dentre outros”.

Outro viés diz respeito ao crime cometido em desfavor de pessoa menor, pois se previa uma presunção de violência, cujos limites de idade sofreram diversas alterações, desde a Idade Média até o advento da Lei 12.015/09.

2.1 Histórico evolutivo da presunção de violência no crime de estupro praticado contra o menor

A presunção de violência nos crimes sexuais quando praticadas contra menores ou debeis mentais surgiu na Idade Média, e sustentava-se no raciocínio de que o consentimento do menor, por sua tenra idade, e dos debeis, por sua morbidez mental, não produzia efeitos, ou seja, era nulo.

Da mesma sorte, com base no Digesto, Carpzovio (prático da Idade Média) estabeleceu que a vontade do menor era juridicamente irrelevante, ao afirmar no vernáculo: “*qui velle non potuit, ergo voluit*”, cuja tradução aduz que quem não podia consentir dissentiu.

Em 1830, o Código Criminal do Império do Brasil, no artigo 219, previa a conduta criminosa consistente em “deflorar mulher virgem, menor de 17 anos: pena de desterro para fora da comarca em que residir a deflorada, por 1 a 3 anos, e de dotar a esta” (PINHEIRO apud GUIMARÃES, 2011).

Entretanto, o Brasil adotou a teoria estabelecida por Carpzovio, prevendo a presunção de violência nos crimes sexuais desde o legislador de 1890, que dispôs no art. 272: “Presume-se cometido com violencia qualquer dos crimes especificados nesse e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos”.

Nessa linha, o Código Penal Brasileiro de 1940 tutelou o crime de estupro do menor, nos moldes do art. 213 combinado com o art. 224, considerando presumida a violência se o agente mantivesse conjunção carnal com vítima que não é maior de quatorze anos, alienada ou débil mental ou se não podia, por qualquer outra causa, oferecer resistência (PIERANGELI, 2007).

Note-se que o legislador abrandou o rigor da lei quanto à idade da vítima, de dezesseis, prevista no Código de 1890, para quatorze anos, diminuindo-se o limite relativo à presunção de violência, demonstrando uma acertada adequação à realidade social, costumes e valores da época.

Segundo a Exposição dos Motivos da parte especial do Código Penal, em relação à presunção de violência no estupro cometido contra menor de quatorze anos, a justificativa fora a seguinte: “o fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia*

consilii do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento”.

Por seu turno, com as alterações da Lei 12.015/09, o estupro cometido contra pessoa que não fosse maior de quatorze anos passou a ter a denominação de estupro de vulnerável, passando a ser previsto no art. 217-A, com a seguinte redação: “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

Porém, a presunção de violência adotada pelo legislador de 1940 e a criação do tipo previsto no art. 217-A, foram alvos de discussões na doutrina e jurisprudência, gerando divergentes posicionamentos acerca do tema, que serão posteriormente esmiuçados.

3 ANÁLISE DO *CAPUT* DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL

Com efeito, as alterações introduzidas no Código Penal pela Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, tiveram como principal objetivo tornar mais rigorosa a punição dos crimes contra a dignidade sexual, especialmente contra menores e vulneráveis.

O art. 217-A, inserida pela referida lei, prevê o crime de estupro de vulnerável, cujo núcleo do tipo é ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com vulnerável, independentemente de violência, ou seja, a vítima é critério de tutela jurídico penal.

A saber, vulnerabilidade para o Código Penal diz respeito à incapacidade de consentir validamente para o ato sexual, ou seja, é desprovido de proteção e suscetível a sofrer lesão.

O legislador optou por incluir, nessa classificação, o menor de quatorze anos, ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual, ou que, por qualquer outra causa não pode oferecer resistência.

Podem figurar como sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, qualquer pessoa tanto homem como mulher, sendo possível a coautoria e participação. Como sujeito passivo pode figurar qualquer pessoa que esteja em situação de vulnerabilidade (menor de quatorze anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, ou pessoa com incapacidade de resistência).

O tipo objetivo é ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos ou com pessoa vulnerável nos termos do §1º. O tipo subjetivo é o dolo, ou seja, a vontade de ter conjunção carnal ou de praticar ato libidinoso com menor de quatorze anos ou pessoa vulnerável, não se punindo a forma culposa.

Quanto ao elemento subjetivo específico ou especial, embora haja doutrinadores que entendem pela inexistência de tal elemento, como Mirabete, encontramos em maioria posicionamento em favor de sua existência, como Nucci e Bitencourt.

Para Nucci (2009, p. 36), há “o elemento subjetivo específico, consistente na busca da satisfação da lascívia”.

Por sua vez, complementando o entendimento de Nucci, Cezar Roberto Bitencourt leciona:

Neste crime – estupro de vulnerável – é necessário o elemento subjetivo especial do injusto, ou seja, o especial fim de possuir sexualmente a vítima (homem ou mulher), sabendo o agente que é considerada vulnerável, sob pena de não se configurar essa infração penal (2013, p. 110)

Portanto, é importante destacar que para a configuração do crime em lume é necessário que, além de querer satisfazer a lascívia, o agente aja com a vontade de ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso sabendo da vulnerabilidade da vítima, ou seja, sabendo que ela não tem consciência do que está acontecendo.

Obviamente, se a vítima demonstra discernimento e vontade para a prática dos atos sexuais, não há em que se falar em vulnerabilidade, logo o elemento subjetivo especial não é atingido impedindo a configuração do crime.

Ademais, tutela-se no art. 217-A a dignidade, o desenvolvimento sexual e a liberdade sexual das pessoas consideradas vulneráveis.

O *caput* do artigo tratado traz como elemento central de proteção o menor de quatorze anos, presumindo a lei, de forma absoluta, que ele não tem a maturidade necessária para manter relações sexuais (MIRABETE, 2011).

Entretanto, essa presunção de vulnerabilidade do menor de quatorze, antes subsumida na figura da violência, consoante previa o art. 224 “a”, do Código Penal, na redação original de 1940, sempre foi alvo de discussão doutrinária e jurisprudencial, conforme se verá a seguir.

3 DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E VULNERABILIDADE E SUA RELATIVIZAÇÃO

Diante da premissa estabelecida pelo legislador de 1940, muito se discutiu na doutrina e jurisprudência acerca da presunção da violência estampada no *caput* do art. 224, se era *juris et de*

juris - absoluta (não cabendo prova em contrário), ou *juris tantum* - relativa (admitindo prova em contrário).

Apesar de haver doutrinadores se posicionando no sentido de que a presunção era *juris et de juris*, como Bento de Faria, a maioria da doutrina se posicionou pela presunção *juris tantum*, ou seja, relativa, como Nélson Hungria, Magalhães Noronha, Heleno Fragoso, Paulo José da Costa Júnior, Silva Franco, Julio Fabrini Mirabete, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Celso Delmanto, Guilherme de Souza Nucci, e Cezar Roberto Bitencourt (PIERANGELI, 2007).

Com efeito, após muito debate diante de casos concretos, o legislador, buscando sanar tal problemática, motivada após a orientação jurisprudencial que se consagrou no Supremo Tribunal Federal (STF - HC 73.662/MG, 2ª T.) - relativizando a presunção de violência contida no art. 224, “a” - editou a Lei nº 12.015/09, e incluiu no Código o art. 217-A, sob a intitulação do crime de estupro de vulnerável, revogando, dentre outros, o art. 224.

Entretanto, tal pretensão do legislador foi apenas de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei e dissimular a presunção de violência disposta expressamente, utilizando-se do novo tipo penal para disfarçadamente afirmar, de forma implícita, que a presunção de violência é absoluta (BITENCOURT, 2013).

Ainda segundo o autor, a manobra utilizada pelo legislador não afastou a antiga discussão sobre a relatividade da presunção de violência, sob a perspectiva de que “a mudança do rótulo não altera a substância”.

No mesmo sentido, corrobora Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 37), ao afirmar que “o nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência.”.

Semelhantemente é a afirmação de MIRABETE (2011, p. 408):

Ao abolir a presunção de violência contida no revogado art. 224, referindo-se à idade do menor como elemento das condutas típicas nos crimes descritos nos arts. 217-A a 218-B, o legislador teve a intenção de excluir possíveis indagações no caso concreto a respeito da maturidade, conhecimento e experiência do menor em relação às questões sexuais.

Com o advento do art. 217-A, é bem verdade que o legislador não mais dispôs expressamente sobre a violência ou grave ameaça, mas apenas limitou-se a afirmar que comete

estupro de vulnerável, sujeitando-se às penas ali dispostas, a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de quatorze anos, e outras disposições.

Ademais, pela simples interpretação literal do dispositivo legal (Art. 217-A), o mero fato de alguém manter algum tipo de relação sexual com um menor de quatorze anos, já incidirá nas penas ali dispostas, pois, se ofenderia a liberdade sexual da criança/adolescente - objeto jurídico tutelado-.

Hodiernamente a discussão doutrinária e jurisprudencial não trata da presunção da violência no crime, pois o tipo penal não mais a exige para a configuração do delito, mas discute-se a vulnerabilidade da vítima, se tem o caráter relativo ou absoluto. Nesse sentido, interessante a indagação de NUCCI (2009, p. 37):

Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto do seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da ofensividade.

Seguindo o entendimento do autor, parece ser acertada essa posição, pois não se pode considerar um preceito absoluto quando se trata da vontade de uma pessoa, isso porque cada um, em particular, tem um grau de conscientização em relação a certos atos da vida.

Ademais, a lei deve se adequar à realidade social, não podendo fechar os olhos para a evolução da sociedade, muito menos afastar a aplicação do princípio da ofensividade, utilizando-se da mera interpretação do antiquado dispositivo legal, quando se devia realizar uma interpretação sociológica.

3.1 Interpretação sociológica do art. 217-A do Código Penal

Como se depreende, cumpre ressaltar que a mera interpretação literal de uma norma penal, em certos casos, não se mostra suficiente, ainda mais quando está se tratando de uma presunção absoluta, porque pode levar a conclusões ou julgamentos contrários ao sistema normativo, à finalidade legal, e até mesmo às exigências da sociedade em que ela se insere.

No Direito Penal, a presunção absoluta deve ser analisada detalhadamente, de acordo com o caso concreto, pois é um ramo do direito que trata da liberdade do indivíduo, de modo que o julgador não deve ser mero aplicador da lei.

Nessa esteira, o clássico doutrinador Carlos Maximiliano já afirmara que “não existe, portanto, preceito absoluto. Ao contrário, mais do que as regras precisas, influem as circunstâncias ambientes e o fator teleológico” (MAXIMILIANO, 1984, p.203).

É de se destacar que a lei se aplica e se desenvolve em uma sociedade que está em constante mudança e evolução, de modo que as inovações legislativas não alcançam integralmente as novas necessidades da época, sendo necessário, diante disso, adaptar a norma às exigências da vida real.

Sobre o tema, é a lição do doutrinador Juarez Freitas (1998, p.57), em sua obra tratando da interpretação sistemática, veja-se, *verbis*:

A interpretação faz escolhas, sim, ou seja, elege preferências, sem que tal fazer possa ser traduzido como substitutivo da atividade do legislador, mas certamente completando o seu trabalho, em atenção às multifacetadas exigências da vida real, dinâmica e insuperável em desafiar lógicas estritas.

No mesmo sentido, Damásio de Jesus afirma que “a lei vive e se desenvolve em ambiente que muda e evolui e, uma vez que não queiramos reformá-la frequentemente, é mister adaptar a norma, como sua própria vontade o permite, às novas necessidades da época” (JESUS, 2012, p.87).

No caso em tela, em que pese o art. 217-A ter sido editada no ano de 2009, a intenção do legislador foi a de manter o anacrônico entendimento anterior do Código de 1940, no qual uma pessoa menos de quatorze anos é absolutamente incapaz de discernir acerca de sua liberdade sexual.

De acordo com Pierangeli (2007), não é aceitável a fixação de uma idade como limite de validade para o consentimento, pois o amadurecimento de um indivíduo varia de acordo com fatores étnicos, sociológicos, mesológicos e fisiológicos de cada um, de modo que não há como aferir um padrão fixo de desenvolvimento.

É temeroso afirmar que no atual momento em que vivemos um adolescente de doze ou treze anos desconheça das práticas sexuais. É comum depararmos com julgados onde

adolescentes nessa faixa de idade afirmam perante o juiz, promotor e advogado em audiência de instrução criminal, na figura de vítima, sem nenhum pudor e receio que pratica por espontânea vontade atos sexuais, seja por prazer ou em decorrência de relacionamento amoroso.

Todavia, muitas vezes, por uma mera interpretação legal, sua vontade é desconsiderada, como se o adolescente nessa idade não existisse, e fosse uma pessoa sem voz, e acabam condenando a parte acusada por um crime hediondo, cuja pena varia de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, conforme disposição legal.

E como retrato da sociedade brasileira, o Ministério da Saúde abordou em uma de suas pesquisas, realizada com oito mil pessoas, homens e mulheres, entre quinze e sessenta e quatro anos, no ano de 2008, intitulada "Retrato do Comportamento Sexual do Brasileiro", a qual mostrou que 35,4% dos brasileiros fizeram sexo antes dos 15 anos de idade, o que demonstra a realidade sexual precoce dos adolescentes de hoje em dia ⁴.

Vale salientar, que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990) prevê que o adolescente, pessoa entre doze e dezoito anos de idade, conforme o seu art. 2º⁵, se sujeita a medidas socioeducativas se verificada a prática de algum ato infracional. Ou seja, se o adolescente comete algum fato análogo a um crime, ele sujeitar-se-á a uma medida, podendo ser, dentre outras, a internação em estabelecimento educacional que, na prática, se assemelha a um estabelecimento prisional.

Em outras palavras, se o adolescente pode ser responsabilizado pela prática dos seus atos, o legislador quis demonstrar que ele tem o mínimo consentimento da ilicitude, inclusive podendo ser internado em estabelecimento educacional. Indaga-se: porque esse mesmo adolescente não seria capaz de discernir e expressar a sua vontade de se relacionar sexualmente?

Veja que, além disso, o próprio ECA, no §2º do art. 28, reconhece a validade da palavra do adolescente quando afirma que é obrigatório o consentimento, colhido em audiência, do maior de doze anos para a sua colocação em família substituta mediante guarda, tutela ou adoção⁶.

Por essas razões, nota-se que o Estatuto da Criança e Adolescente reconhece a validade do consentimento do adolescente para alguns atos de sua vida, podendo inclusive ser

4 MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/168comporamento.pdf>. Acesso em: 15 set. de 2014

5 Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

6 Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

responsabilizados pela transgressão de uma norma, não tendo sua palavra desconsiderada, por ser considerada absolutamente vulnerável, como ocorre no Código Penal.

Ademais, a palavra do ofendido como meio de prova no Processo Penal é de fundamental relevância, pois somente com a sua declaração é possível o juiz aferir a situação mais próxima da verdade real.

Sobre o valor probatório das declarações do ofendido, Nestor Távora (2012, p.440) afirma que “o conteúdo das declarações, por partir de pessoa diretamente interessada, recomenda certa cautela. Contudo, não há dúvidas que tais declarações são meios de prova, fundamentais em crimes de pouca visibilidade, como, por exemplo, nos crimes sexuais”.

O julgador, portanto, diante de um caso concreto que envolva a prática de atos sexuais com adolescente não pode fechar os olhos para a realidade e desconsiderar a palavra da suposta vítima, por entender que esta é absolutamente vulnerável e não tem discernimento para tais práticas.

3.2 Do princípio da ofensividade

Nessa esteira, consoante o princípio da ofensividade, inerente ao Direito Penal, se o bem jurídico tutelado não é atingido, a intervenção estatal visando a repressão penal não se justifica.

Diante dessa premissa, deve-se considerar a palavra e discernimento dos adolescentes também no campo do Direito Penal, pois se demonstrada a capacidade de discernimento por estes para os atos sexuais não se pode dizer que houve lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, a sua dignidade sexual.

E, caso demonstrada a experiência ou discernimento do adolescente na prática de atos sexuais em um caso concreto envolvendo um suposto crime de estupro de vulnerável, não haveria crime, ou seja, o fato seria atípico.

Nesse sentido é a lição de Mirabete (2012, p. 52): “o princípio da ofensividade (*nullum crimen sine injuria*) requer, para a existência (material) do crime, que a conduta produza uma lesão efetiva ou um perigo concreto ao bem juridicamente tutelado”.

Da mesma sorte é a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 52), *litteris*:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um *perigo concreto*, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de

repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

Desse modo, há situações concretas onde não demonstram ofensa à liberdade sexual da vítima, como por exemplo, quando um adolescente de doze ou treze anos possui um relacionamento amoroso com um rapaz/moça de maior idade, ou então quando o adolescente tem experiência com a prática sexual e faz usualmente de forma consentida; nessas hipóteses, em atenção ao princípio da ofensividade, não ocorreria crime, sendo o fato considerado atípico.

Portanto, considerada a palavra do adolescente, se este claramente consentiu para a prática do ato sexual, não há ofensa ao objeto jurídico tutelado, devendo o julgador absolver o acusado em razão do fato não constituir crime.

4 DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL

Desde a presunção de violência estampada no art. 224, “a”, do Código Penal, até o advento do art. 217-A, que implicitamente prevê uma presunção de vulnerabilidade do menor de quatorze anos, sempre houve relevantes discussões jurisprudenciais sobre o tema, sendo importante destacar as fundamentações e posicionamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

É de se destacar o interessante debate entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal no emblemático julgamento do Habeas Corpus nº 73.662-MG, em 16 de abril de 1996, envolvendo a prática sexual com uma adolescente, sob a égide da antiga previsão legal - antes do advento da Lei nº 12.015/09 -, em que se presumia a violência praticada contra pessoa não maior de quatorze anos.

Tratava-se de um caso onde o paciente havia tido conjunção carnal com uma adolescente de doze anos de idade, a qual já se relacionava sexualmente com outros rapazes por livre e espontânea vontade, e fora denunciado pelos arts. 213 e 224, alínea “a”, ambos do Código Penal.

O Ministro relator Marco Aurélio, cujo brilhante voto vale a pena a transcrição, assim se posicionou:

Os meios de comunicação de um modo geral, e particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios, que pudessem atender às

menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural.

Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto, e ainda vigente Código Penal. Aquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida.

Ora, passados mais de cinquenta anos - e que anos: a meu ver correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos - não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabsesse irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos como o tempo; esse amigo inseparável da sabedoria.

Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em, algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez.

Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece: as leis, não?

Ora, enrijecida a legislação - que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a - cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, 'sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada - tecnológica, social e espiritualmente.

De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento e à medida em que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem mesmo a mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público. [...]

Por tais razões, concedo a ordem para absolver o Paciente.

É o meu voto.

É de se notar a preocupação do Ministro na adequação da lei com a evolução da sociedade, inclusive no que se atine ao desenvolvimento racional e intelectual dos jovens em relação à prática sexual.

Acompanhando o voto do Ministro relator, interessante foi a colocação do Ministro Francisco Rezek, criticando a rigidez do legislador ao presumir a violência no crime de estupro contra adolescente, ao exemplificar:

Proclamássemos essa tese e o resultado seria, eventualmente, classificar como crime hediondo aquela situação em que uma jovem às vésperas de completar 14 anos, mas com pleno desenvolvimento físico e vida sentimental precoce, decide iniciar sexualmente um jovem que acaba de completar 18 anos, de quem gosta e cuja timidez de algum modo a comove. Essa situação, não tão rara, seria, entretanto, pelos defeitos de nossa ordem jurídica, classificada como estupro, vítima a moça, criminoso hediondo o rapaz.

Por sua vez, o Ministro Maurício Corrêa, também acompanhando o voto do relator, criticou a lenta evolução do legislador penal frente a evolução da sociedade, bem como interpretou o dispositivo legal, afirmando que somente ocorre o estupro quando há verdadeira violência ou grave ameaça – o que não ocorreu no caso em julgamento, tendo em vista a consideração do consentimento da vítima menor –, veja-se:

Deveria ou deverá o juiz estar algidamente circunscrito a vetustez de um ordenamento penal obsoleto, distante da atualidade e das inovações que galopam nas asas da criatividade humana, com as mais sofisticadas tecnologias, ou deveria ou deverá emprestar a interpretação que sua consciência ditar, em razão desses fenômenos, já que o processo legislativo às vezes age rapidamente, quando há conveniência, mas que, a despeito da reformulação da legislação penal, caminha a passos de tartaruga?!

Entendo que não.

Prefiro entender, a meu ver, a exata exegese do artigo 213 do CP, quando admite que o estupro se dá quando há violência ou grave ameaça, e não na hipótese desses autos, em que tais circunstâncias inexistem, sobejamente comprovado que a relação foi consentida, que a jovem já não era mais virgem e que já havia mantido relações sexuais com outros parceiros [...].

Entretanto, acertadamente, o Ministro fez questão de frisar que a relativização dependerá do caso concreto, não generalizando esse entendimento para todos os casos envolvendo a prática sexual com pessoa não maior de quatorze anos. *Litteris*:

Sr. Presidente, a jurisprudência é construída em cada caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência a outras hipóteses, como precedente *erga omnes*, reservando-me, evidentemente, na análise de novo julgamento de que eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sobre outro ângulo, que é aqui restrita a tal *quaestio*, ressalva essa que faço questão de anotar.

Por outro lado, o Ministro Carlos Velloso, em voto divergente, assim destacou, *verbis*:

O que deve ser considerado é que uma menina de doze anos não possui suficiente capacidade para consentir livremente na prática do coito. É que uma menina de 12 anos, já se tornando mulher, o instinto sexual tomando conta do seu corpo, cede, com mais facilidade, aos apelos amorosos. É precária a sua resistência, natural mesmo a sua insegurança, dado que não tem ela, ainda, condições de avaliar as conseqüências do ato. O instinto sexual tende a prevalecer. Por isso, a lei institui em seu favor a presunção de que foi à consumação do ato sexual mediante violência (Cód. Penal, art. 224, a).

A afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da lei penal. Leviana talvez o seja, porque imatura, não tem, ainda, condições de discernir livremente. Uma menina de doze anos, ainda está, indiscutivelmente, em formação, não sabia ainda querer.

[...]

Na verdade, a menor afirmou que “pintou vontade” de realizar o coito. Quando, entretanto, teria “pintado essa vontade”? Montaram na motocicleta, pararam, passaram a trocar beijos, o ora paciente a passar a mão no seu corpo. Ora, menina-moça, de 12 anos, depois disso, teria que ter a vontade de realizar o ato sexual. Não “pintaria vontade” se ela não fosse humana, quase mulher.

Como se observa, o Ministro seguiu a mesma lógica do legislador penal de 1940, afirmando que um adolescente não possui condições de discernimento, não sabe o que é querer. Além do mais assenta que uma menina de doze anos possui vontade de realizar ato sexual, por ser humana, quase mulher.

De feito, é criticável esse fundamento adotado pelo Ministro, pois uma menina-moça acima de doze anos já possui, biologicamente e psicologicamente vontade de realizar ato sexual conforme ele mesmo assentou em seu voto. Será justo que uma lei incrimine alguém que mantenha relações sexuais, sem violência ou ameaça, de forma espontânea e consentida, com um

adolescente acima de doze anos que – por ser pessoa humana, tem vontade de praticar – apenas por interesse do legislador?

Da mesma feita, assentou em seu voto, divergente do relator, o Ministro Presidente Néri da Silveira:

A lei quer dar proteção ao que não é maior de quatorze anos; não é cabível, destarte, conferir-lhe interpretação que terá como destino, evidentemente, favorecer os que buscam dar satisfação a seus instintos sexuais, fora do matrimônio ou em relação familiar estável nos termos da Constituição, procurando menores, quase sempre desamparados, ou fruto da liberação dos costumes, os quais, por sua imaturidade, seriam, ainda uma vez, vítimas da própria sociedade.

Com a devida vênia, mantenho a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porque é a que melhor atende aos objetivos da lei, à exigida proteção social aos menores de quatorze anos e aos interesses maiores da sociedade. Indefiro o Habeas Corpus.

Evidentemente o Ministro tencionou-se a proteger a dignidade daquele que não é maior de quatorze anos, bem como a proteção familiar. Entretanto, o tema da relativização da presunção de violência tratada no julgamento não tem o condão de desproteger o adolescente menor, mas, apenas de considerar sua vontade de ter relações sexuais, independente de quem for desde que não haja uma violência ou ameaça real.

Apesar das divergências, a Turma, por maioria dos votos, deferiu o *habeas corpus*, concluindo pela relativização da violência no crime de estupro cometido contra pessoa não maior de quatorze anos quando há demonstração de aquiescência da vítima, consoante se infere da ementa do acórdão abaixo colacionada:

EMENTA:

[...]ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea a, do Código Penal. (BRASIL, 1996)

Entretanto, vale salientar que essa decisão, embora brilhante e acertada, tornou-se isolada, pois o Supremo Tribunal Federal consolidara novo entendimento, contrário àquele, firmando que a presunção de violência prevista no art. 224, “a”, do Código Penal é absoluta, independentemente de consentimento ou experiência da vítima com a prática sexual, de acordo com as ementas dos julgados a seguir transcritas:

EMENTA:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE QUE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO ESTUPRO DE MENOR DE QUATORZE ANOS SERIA RELATIVA EM RAZÃO DO CONSENTIMENTO DA OFENDIDA: IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO QUANDO A VÍTIMA É MENOR DE QUATORZE ANOS. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. **É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro.** Precedentes. 2. Habeas Corpus indeferido. (BRASIL, 2008). (Grifos nossos).

EMENTA:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. CONSENTIMENTO E EXPERIÊNCIA ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM DENEGADA. 1. Para a configuração do estupro ou do atentado violento ao pudor com violência presumida (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009), **é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência a que se refere a redação anterior da alínea a do art. 224 do Código Penal é de caráter absoluto.** Precedentes (HC 94.818, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 15/8/2008). 2. Ordem denegada. (BRASIL, 2011). (Grifos nossos).

Considerar irrelevante a palavra da vítima, como assentou a jurisprudência do STF é fechar os olhos para a realidade social, ofendendo a busca pela verdade real, tratando uma pessoa, que já tem discernimento para alguns atos da vida, como se ela não existisse, vedando-lhe a palavra para qualquer ato que tenha relação com a sexualidade.

Entretanto, sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sempre oscilou a respeito, havendo relevantes divergências entre as suas Turmas, que até então não firmaram um entendimento pacífico. É o que podemos observar nas ementas dos seguintes julgados da 5ª e 6ª Turma respectivamente, *in verbis*:

EMENTA:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS (13 ANOS). VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO DE CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM DENEGADA. 1. O art. 224 do CPB prevê algumas circunstâncias, dentre as quais está inserida ser a vítima menor de 14 anos, em que, ainda que não haja efetiva violência física ou real, será essa presumida, diante da indubitosa restrição da capacidade volitiva da vítima de se posicionar em relação aos fatos de natureza sexual. 2. Estando tal proteção apoiada na *innocentia consilii* da vítima, que não pode ser entendida como mera ausência de conhecimento do ato sexual em si, mas sim como falta de maturidade psico-ética de lidar com a vida sexual e suas conseqüências, **eventual consentimento, ainda que existente, é desprovido de qualquer valor, possuindo a referida presunção caráter absoluto**. Precedentes do STJ e STF. 3. O acusado não desconhecia a menoridade da vítima, que era enteada de seu pai, e a levava a um hotel onde mantinha relações sexuais com a menina, de apenas 13 anos, no horário em que a mesma deveria estar na escola. 4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (BRASIL, 2008). (Grifos nossos).

EMENTA:

ESTUPRO (FORMA QUALIFICADA). PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA (VÍTIMA MENOR). RELATIVIZAÇÃO (CASO CONCRETO). DENÚNCIA (REJEIÇÃO). 1. O estupro pressupõe o constrangimento mediante violência ou grave ameaça, di-lo o art. 213 do Cód. Penal. Assim, a presunção a que se referia o revogado art. 224, a, do referido Código é, aos olhos do Relator, de cunho relativo. 2. **O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e a violência sexual, e não contra atos sexuais que se baseiem em vontade livre e consciente e que decorram de consentimento não viciado**. Não é papel do Penal limitar a liberdade sexual, mas garanti-la. 3. Nos dias de hoje, mais do que nunca, vê-se o amadurecimento precoce das crianças e adolescentes, que estão mais preparados para lidar com a sexualidade e para reagir às eventuais adversidades daí decorrentes. 4. **No caso concreto, conclui-se, das declarações prestadas, que o ato sexual foi praticado espontânea e consentidamente pela jovem menor de 14 anos, devendo, pois, ser relativizada a violência presumida**. 5. Ordem concedida para se restabelecer a decisão do Juiz da 3ª Vara Criminal da comarca de Passo Fundo que rejeitou, quanto ao crime de estupro, a denúncia oferecida contra o paciente. (BRASIL, 2010). (Grifos nossos)

A primeira decisão, emanada da 5ª Turma do STJ, do mesmo modo do STF, inutilizou a palavra da vítima menor de quatorze anos, presumindo, de forma absoluta a sua vulnerabilidade. Por sua vez, a 6ª Turma, do mesmo Tribunal, de forma clara e adequada considerou o consentimento da vítima, em adequação ao amadurecimento precoce na sociedade moderna atual,

bem como fundamenta no princípio da ofensividade do Direito Penal e conclui pela relativização da violência do revogado art. 224, “a”, do Código Penal.

Em razão dessa divergência de entendimento pelas referidas turmas, foi interposto embargos de divergência em recurso especial, e a Terceira Seção se posicionou pela relativização da presunção de violência de acordo com o caso concreto, desde que não haja ofensa o bem jurídico tutelado, conforme depreende-se da ementa a seguir transcrita:

EMENTA:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. REVOGADO ART. 224, A, DO CP. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. A violência presumida prevista no revogado artigo 224, a, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado. 2. Embargos de divergência acolhidos. (BRASIL, 2011).

A decisão da Terceira Seção do STJ é digna de elogios, principalmente por aproximar o direito da realidade social, onde o comportamento sexual não pode seguir um comando absoluto, pois sofre mutações ao longo do tempo e do espaço.

Vale salientar, que os julgados trazidos à baila foram decididos sob a disciplina do art. 213 em conjunto com o art. 224, “a”, ambos do Código Penal, antes da edição do art. 217-A, momento em que haviam relevantes discussões sobre a presunção de violência.

Entretanto, após o advento do art. 217-A, os casos que envolviam o crime de estupro de menor de quatorze anos passaram a ser regidos por esse novo dispositivo legal, que, conforme já explanado, foi editado com o intuito de dissipar a velha discussão sobre a relativização da presunção de violência.

Porém, passou-se a discutir não mais sobre a presunção de violência, mas sim sobre a presunção de vulnerabilidade do menor de quatorze anos, se é absoluta ou relativa, já que o legislador somente previu que comete o crime qualquer ato sexual cometido contra o menor de quatorze anos.

Apesar de no STF e STJ ainda não terem julgado casos concretos possíveis de relativizar a presunção de vulnerabilidade, os Tribunais de Justiça dos Estados já vêm decidindo sobre a possibilidade de relativizar, diante das peculiaridades do caso, a vulnerabilidade do adolescente,

em situações onde o bem jurídico tutelado – dignidade e liberdade sexual- não foi atingido, considerando o consentimento da vítima ou sua experiência sexual, bem como em atenção à interpretação sociológica da lei⁷.

Acertadamente, a maioria os Tribunais de Justiça vêm adotando um posicionamento adequado à situação jurídico-social atual, respeitando o princípio da ofensividade, interpretando o dispositivo legal de acordo com as exigências da sociedade, afastando a antiquada intenção do legislador.

Deste modo, deve permanecer o intérprete e o julgador se utilizando de ferramentas jurídicas de interpretação diante de casos concretos, relativizando a presunção de vulnerabilidade de adolescentes que por espontânea vontade praticam atos sexuais, evitando condenações injustas por mera aplicação da lei penal.

5 CONCLUSÃO

O tema de estudo do presente artigo foi a possibilidade de relativizar, de acordo com o caso concreto, a presunção de vulnerabilidade do crime estupro de vulnerável, disposto no art. 217-A do Código Penal, adequando-se à evolução da sociedade, dando-se nova uma interpretação ao dispositivo legal.

Como se observou no estudo histórico do crime de estupro de vulnerável, o ordenamento jurídico brasileiro sofreu diversas alterações quanto à idade da vítima a ser protegida contra os atos sexuais. É de se destacar que tais alterações foram evolutivas, pois com o decorrer dos anos o legislador foi diminuindo a idade da vítima em atenção à evolução da sociedade.

Saliente-se que o Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, previa como crime manter relações sexuais com pessoa menor de dezessete anos, após, com a evolução dos costumes e valores sociais, de forma acertada, o Código de 1890 reduziu a idade da vítima a ser protegida, prevendo a presunção de violência em qualquer crime sexual praticado contra a pessoa menor de dezesseis anos.

7 (TJ/SP – Apelação Criminal nº 3000083-78.2009.8.26.0024; Relator: Souza Nucci, Data de Julgamento: 30/08/2011, 16ª Câmara de Direito Criminal); (TJ/RN – Apelação Criminal nº 2010.005386-8. Relator: Des. Virgílio Macêdo Jr., Data de Julgamento: 26/05/2011, Câmara Criminal); (TJ/BA – Apelação Criminal nº 0315235-96.2012.8.05.0001, Data de Julgamento: 21/01/2014, Primeira Câmara Criminal - Primeira Turma, Data de Publicação: 23/01/2014); (TJ/SC – Apelação Criminal nº 2014.033445-4. Acórdão, Relator: Getúlio Corrêa, Data de Julgamento: 30/06/2014, Segunda Câmara Criminal Julgado); (TJ/RS – Apelação Criminal nº 70044569705. Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Data de Julgamento: 20/10/2011, Sétima Câmara Criminal); (TJ/SC – Apelação Criminal nº 2013.066934-7. Acórdão, Relator: Getúlio Corrêa, Data de Julgamento: 23/06/2014, Segunda Câmara Criminal Julgado).

De forma substancial e adequada o Código Penal de 1940 tutelou o crime de estupro de menor, presumindo a violência os crimes cometidos contra pessoa que não é maior de 14 anos. Entretanto, após muita discussão sobre a relativização da presunção de violência estampada no art. 224, o legislador, de forma ultrapassada, adotou a mesma idade do Código Penal de 1940 ao editar o art. 217-A, na alteração legislativa nos crimes contra a dignidade sexual ocorrida em 2009 pela Lei nº 12.015.

Consequentemente, essa alteração foi alvo de muitas críticas, pois o legislador não seguiu um padrão evolutivo conforme anteriormente vinha se desenvolvendo, e tornou por engessar a proteção à pessoa que não é maior de quatorze anos, tratando-o como uma pessoa absolutamente vulnerável, fechando os olhos para a moderna sociedade em que a lei se aplicaria, pois, atualmente, um adolescente nessa idade não tem mais o mesmo pensamento de um adolescente de 1940.

Ademais, essa presunção absoluta de vulnerabilidade, conforme a vontade do legislador, veio sendo relativizada em alguns casos concretos pelos tribunais pátrios. Todavia, ainda há uma ferrenha discussão sobre o assunto, pois não se sedimentara um entendimento uno.

De mais a mais, é importante destacar que o julgador não pode fechar os olhos para os avanços da sociedade, agindo do mesmo modo do legislador. Para isso, existem mecanismos a serem utilizados pelos intérpretes da lei, como a aplicação de princípios e métodos interpretativos.

Destarte, seria injusta a mera aplicação literal da lei, em um caso onde está se tratando de vontade pessoal, do íntimo, do pensamento individual de cada pessoa. Ora, cada indivíduo tem suas vontades internas, de acordo com o grau de desenvolvimento acerca de determinado assunto, não se pode regular e limitar certo ato porque a lei é simplesmente abstrata e impositiva, mas sim buscar a repressão de atos que ferem ou atingem de forma real o bem jurídico tutelado pela norma penal.

Se o art. 217-A tutela a dignidade e liberdade sexual do menor de quatorze anos, e esta não é atingida, consoante o caso concreto, não há em que se falar em crime, em razão do princípio da ofensividade.

É cediço que há adolescentes maiores de doze anos de idade na moderna sociedade atual que já possuem discernimento e desejo para a prática de atos sexuais, entretanto, consoante a

interpretação literal da lei, se esta decide realizar algum ato com outra pessoa, estará sendo vítima de um crime.

Ainda, há casos concretos em que o adolescente “vítima” já tem experiência sexual, ou então possui um relacionamento amoroso com um rapaz maior, ou decide constituir família. Nesses casos, uma condenação seria injusto e contrário ao ordenamento jurídico, pois não houve sequer crime.

Pelo exposto, o cerne do presente artigo não é relativizar por completo a vulnerabilidade do adolescente, mas sim relativizar de acordo com o caso concreto, onde a instrução processual esclarecerá, considerando o depoimento da vítima, ainda que menor de quatorze anos, uma análise das circunstâncias fáticas sobre a materialidade da conduta.

Enquanto não há uma alteração legislativa adequando-se aos costumes e valores da moderna sociedade, deve o intérprete e julgador, ao analisar o art. 217-A do CPB, observar se houve a verdadeira ofensa ao bem jurídico tutelado, valendo-se também de uma interpretação sociológica, conforme o caso concreto.

Por fim, o caráter absoluto no direito penal deve ser analisado *cum grano salis*, pois é um ramo que trata da liberdade do indivíduo, de modo que a mera interpretação legal pode ensejar em uma condenação injusta, sendo inaceitável em um avançado sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. Dispõe sobre: **Acórdão em Apelação Criminal 0315235-96.2012.8.05.0001**, Primeira Câmara Criminal - Primeira Turma, julgado em 21/01/2014, publicado em 23/01/2014. Disponível em: <<http://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115961135/apelacao-apl-3152359620128050001-ba-0315235-9620128050001>> Acesso em: 20 out. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial, 4: dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências. Brasília/DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Dispõe sobre: **Acórdão em Habeas Corpus 93.263/RS**, Relatora: Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 19/02/2008, **Diário da Justiça e-065**, divulgado em 10/04/2008, publicado em 11/04/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=520123>>. Acesso em: 20 de out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Dispõe sobre: **Acórdão em Habeas Corpus 97.052 /PR**, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 16/08/2011, **Diário da Justiça e-176**, divulgado em 13/09/2011, publicado em 14/09/2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20623347/habeas-corpus-hc-97052-pr-stf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Dispõe sobre: **Acórdão Habeas Corpus 73.662/MG**, Relator: Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 21/05/1996, **Diário da Justiça**, publicado em 20/09/1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=73662&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 20 de out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Dispõe sobre: **Acórdão em Habeas Corpus 86.808 /DF**, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 11/09/2008, **Diário da Justiça-e**, publicado em 28/10/2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?>>

componente=ATC&sequencial=4237935&num_registro=200701615213&data=20081028&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Dispõe sobre: **Acórdão em Habeas Corpus 110.876/RS**, Relator: Min. Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 06/04/2010, **Diário da Justiça-e**, publicado em 20/09/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=959339&num_registro=200801540057&data=20100920&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Dispõe sobre: **Acórdão em Embargos de divergência em Recurso Especial 1.021.634**, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 23/11/2011, **Diário da Justiça-e**, publicado em 23/03/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1079892&num_registro=201100993132&data=20120323&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2014.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUIMARÃES, Caroline Barbosa. **Estupro de vulnerável: da possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do artigo 217-a, caput, do Código Penal**. 2011. 63 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, Brasília, 2011. Cap. 2.2. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,estupro-de-vulneravel-da-possibilidade-de-relativizacao-da-vulnerabilidade-sexual-do-art-217-a-caput-do-codigo-,32321.html>>. Acesso em: 18 set. 2014.

GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral, vol. 1**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Retrato do Comportamento Sexual do Brasileiro**, 2008. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/168comporamento.pdf>. Acesso em: 15 set. de 2014

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, volume 2: parte especial. 28 ed. São Paulo. Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: Comentários à lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, vol. 2**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINHEIRO, Patrícia Joyce Tavares. **Consentimento do ofendido nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor com violência presumida em razão da idade**. 2005. 56 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em direito) - Centro Universitário do Distrito Federal, Faculdade de Ciências Jurídicas, 2005.

PORTINHO, João Pedro Carvalho. **História, Direito e violência sexual**: a Idade Média e os Estados Modernos. 03 out 2005. Disponível em:
<<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=11>> Acesso em: 18 set 2014.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Dispõe sobre: **Acórdão em Apelação Criminal 2010.005386-8**; Relator: Virgílio Macêdo Jr., Câmara Criminal, julgado em 26/05/2011. Disponível em:
<<http://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19728597/apelacao-criminal-acr-53868-rn-2010005386-8>> Acesso em: 20 out. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Dispõe sobre: **Acórdão em Apelação Criminal 70044569705**; Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Sétima Câmara Criminal, julgado em: 20/10/2011. Disponível em:
<<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20749214/apelacao-crime-acr-70044569705-rs-tjrs/inteiro-teor-20749215>> Acesso em: 20 out. 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Dispõe sobre: **Acórdão em Apelação Criminal 2014.033445-4**; Relator: Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, julgado em 30/06/2014. Disponível em:
<<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25196879/apelacao-criminal-reu-presos-apr-20140334454-sc-2014033445-4-acordao-tjsc>> Acesso em: 20 out. 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Dispõe sobre: **Acórdão em Apelação Criminal 2013.066934-7**; Relator: Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, julgado em 23/06/2014. Disponível em:
<<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25186716/apelacao-criminal-apr-20130669347-sc-2013066934-7-acordao-tjsc>> Acesso em: 20 out. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Dispõe sobre: **Acórdão em Apelação Criminal 3000083-78.2009.8.26.0024**; Relator: Souza Nucci, 16ª Câmara de Direito Criminal, julgado em: 30/08/2011. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20397439/apelacao-apl-3000083-78-2009-8-26-0024>>

3000083782009826-sp-3000083-7820098260024/inteiro-teor-104944203>Acesso em: 20 out. 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Juspodium, 2012.