

DA PRESUNÇÃO DA VULNERABILIDADE DOS MENORES DISPOSTA NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL

*Jhonathan Messias de Sousa*¹

*Bruno Alves da Silva Pontes*²

RESUMO

Este trabalho foi realizado com o objetivo de apresentar e discutir a presunção de vulnerabilidade dos menores disposto no artigo 217 - A do Código Penal que foi inserido com o advento da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, partindo-se de sua evolução histórica no ordenamento jurídico penal brasileiro. O presente trabalho foi baseado em um levantamento bibliográfico e documental, bem como nas percepções de lideranças da área jurídica, visando entender os conceitos e o objetivo do caráter punitivo da norma penal, ante o comportamento sexual precoce das crianças e adolescentes, diante da imensa modificação sociocultural de anos atrás. Este também traz como enfoque, que mesmo após o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) terem posicionado seu entendimento como sendo critério objetivo, não foram capazes de encerrar as discussões acerca do assunto, pois há divergências doutrinárias de renomados autores no que tange à vulnerabilidade ser relativa aos menores entre 12 e 14 anos de idade. Apesar de não ser um tema atual, seu estudo é importante, pois este ignora a vontade do menor e pune de forma objetiva o suposto autor do crime de estupro.

Palavras-chave: Menor. Vulnerabilidade. Relativa.

¹Acadêmico do nono período do curso de Direito, pela Universidade de Rio Verde- Campus Caiapônia, GO.

²Orientador, Bacharel em Direito, Professor da Universidade de Rio Verde - Campus Caiapônia.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, trouxe significativas alterações ao Código Penal brasileiro, principalmente no tocante ao Título VI, que atualmente é intitulado dos Crimes contra a Dignidade Sexual e engloba os chamados crimes sexuais. A redação do artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, desperta a discussão a respeito do critério objetivo da ilicitude do ato ditado pela lei como crime, sendo esta ratificada pela jurisprudência majoritária de nossos Tribunais.

O artigo em comento descreve como crime de estupro de vulnerável a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de quatorze anos, e foi incluído em nossa disposição jurídica em substituição ao texto dado ao revogado art. 224 do Código Penal, o qual dava margem à discussão referente ao critério empregado pela lei da presunção ou não, de violência e vulnerabilidade.

Diante do exposto, delimitou-se o seguinte tema: Da presunção da vulnerabilidade dos menores disposto no art. 217-A do Código Penal. A partir deste cenário, indaga-se: É possível compreender a vulnerabilidade de forma relativa?

Diante da problemática apresentada foram elencadas as seguintes hipóteses: **i)** adotando a Teoria Mista nos casos em que houver consentimento do menor com idade entre 12 e 14 anos, deve ser afastado a vulnerabilidade no caso concreto; **ii)** pode se considerar o menor de 14 anos e maior de 12 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada; e **iii)** Não é possível dentro do sistema jurídico ignorar as particularidades de um caso concreto e adotar presunções absolutas, pois estas tolhem a correta aplicação da justiça no caso real.

Partindo dessas inquietações, a pesquisa justifica-se pela importância do fenômeno social chamado violência sexual e suas consequências jurídicas para quem o pratica, mostrando que o estudo, é de grave relevância, não só para os operadores e estudiosos do direito, como para a sociedade. O estudo em construção tem relevância acadêmica, uma vez que contribui para o meio universitário compreender a ocorrência do desentendimento entre doutrinadores, jurisprudência e legislador.

Embora não seja um tema tão atual, torna-se necessária uma análise mais aprofundada sobre ele, que ainda traz desentendimentos e a cada ano que passa, vem ganhando força, vindo

de encontro à norma adotada pelo art. 217-A do atual Código Penal. Destaca-se que tal desentendimento é sustentado por doutrinadores renomados como Guilherme de Souza Nucci, Eduardo Magalhães Noronha, Fernando Capez, Francisco Dirceu Barros entre outros.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 EVOLUÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Desde o surgimento do primeiro Código Penal no Brasil, que também era chamado de Código Criminal do Império do Brasil, sancionado em 1830, houve 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, de acordo com a redação do artigo 222 do Código Penal de 1830.

Quando a mulher era menor de dezesseis anos de idade e acontecia o crime de estupro, ou seja, a conjunção carnal, o autor era levado para fora da comarca em que residia a menor, sendo obrigado a pagar um dote à vítima.

Assim como o Código Penal anterior, o Código Penal de 1940 trazia na redação do artigo 213, que o crime de estupro somente poderia ser cometido contra a mulher no polo passivo (BRASIL, 1940). Para os demais crimes sexuais não abrangidos pelo artigo definido acima, eram encaixados como atentado violento ao pudor.

O Código Penal de 1940 também trazia a expressão “mulher honesta”, a exemplo, das legislações anteriores, que realizavam um julgamento do comportamento da mulher vítima, perante a sociedade.

Apesar de o Código de 1940 estar em vigor até hoje, ocorreram diversas modificações 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 a dignidade sexual”.

2.2 ESTUPRO DE VULNERÁVEL ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL

A tutela penal da liberdade sexual subsiste desde a criação do Código Penal de 1940, que entrou em vigor dois anos depois de sua aprovação. O referido código envolve muitos tabus, considerando o tempo da feitura do diploma penal.

Através dos tempos, a sociedade sucessivamente passa por alterações as quais a lei deve sempre acompanhar. Essa evolução acarreta uma série de novos problemas que a legislação deve acompanhar para que possa ser mantida a paz e ordem social.

O Direito Penal caminha conforme as necessidades sociais, visto que é um instrumento de controle/fiscalização social, e, nesse contexto, as transformações sociais posteriores à década de 40 tornaram inevitável as mudanças no digesto penal, já que o que constava dos textos do antigo Código destoava da nova realidade.

Por se tratar de uma situação profunda e de ampla gravidade, houve a motivação necessária para a criação no Congresso Nacional de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, com intuito de averiguar situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil, sendo esta ação concretizada com criação a Lei Nº 12.015/2009.

Insta mencionar que na elaboração de uma nova lei, o legislador deve observar minuciosamente o momento sociocultural vivido, e na mesma via, o Juiz tem que observar várias circunstâncias na hora de aplicar a lei. Assim, a lei deve trilhar nos anseios e evolução social a depender do contexto social em que está inserida. Sobre o tema, ensina Carvalho:

Assim é que o legislador, para realizar a tipificação, tem que fazer criteriosa seleção dos comportamentos de inegável relevância social, não se esquecendo, também, de destipificar determinadas condutas, que, com o correr dos tempos, com o avanço cultural, científico-tecnológico, mutações de conceitos morais, de injusto, implementação de costumes, enfim, mudanças sociais em geral, passaram a ser aceitas e adequadas ao meio social, deixando, por esse motivo, de ser penalmente relevantes (CARVALHO, 2005, p. 88).

Destaca-se a concepção do art. 217-A *caput*, que supriu a antiga presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos de idade, a qual era tratada no revogado artigo 224 do Código Penal pela presunção de vulnerabilidade de crianças e adolescentes menores de 14 anos, equiparando assim, a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer outro motivo, oferecer resistência.

Importante ressaltar que o crime expresso no atualizado art. 217-A *caput*, tem uma grave pena, ou seja, oito a quinze anos de reclusão, significativamente mais rigorosa do que as penas cominadas para o tipo básico de estupro comum.

Com a vigência da lei anterior criou-se a presunção de violência, no qual o brilhantíssimo doutrinador Fernando Capez (2005, p.70) diz:

[...] crime tipificado no art. 224 do Código Penal, onde dizia que pela imaturidade, os menores de 14 anos não têm o total discernimento para ‘consentir na prática sexual’, não interessando se a mesma já tinha uma vida pregressa, ou se coagisse o agente a praticar o crime.

De acordo com o autor supracitado, está presunção trazia consigo uma grande discussão no que se refere às formas:

- a) Teoria absoluta: independentemente da vida que o jovem leva, não será admitido prova em contrário, bastando que o mesmo seja menor de 14 anos;
- b) Teoria relativa: quando aceitasse prova em contrário, ou seja, a vida pregressa do agente exclui a presunção;
- c) Teoria mista: em que a presunção absoluta seria para a maioria dos casos, especialmente os menores de 12 anos e posteriormente relativa aos com idade entre 12 e 14 anos.

Segundo Regis Prado (2006, p. 246) sabiamente raciocina que, “não se deve aceitar a presunção de violência absoluta como fonte de certeza criminal, pois, o mesmo pode promover o desprezo pela prova e não revelar a sua verdadeira natureza”.

Comunga da mesma corrente Eduardo Magalhães Noronha (2007, p. 224) ao defender que: “A presunção de violência absoluta é intolerável, porque se punirmos sempre o agente que tivesse contato carnal com um menor, estaremos aplicando a responsabilidade objetiva, coisa, no entanto, repudiada pela nossa lei”.

Segundo GUIMARÃES, (2011, p. 52) “Diante do explanado, se considerado a vulnerabilidade no seu conceito absoluto, não será possível admitir/produzir provas em contrário, pois assim, qualquer pessoa, em qualquer situação que mantiver relação sexual com menor de 14 anos, será considerada presumidamente culpada”. Estes são casos que ferem diretamente os Princípios Constitucionais do Contraditório da Ampla Defesa e da Presunção de Inocência, ambos expressos no art. 5º, LV e LVII da CF:

Art. 5 [...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes;

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988, p. 06).

Aspecto interessante apontado por Francisco Dirceu Barros (2007) é que a vulnerabilidade absoluta acarreta dois sérios problemas os quais podem atentar contra o princípio da paternidade responsável e também contra o princípio da harmonia familiar, descrevendo como exemplo: imagine uma mulher com 13 anos idade que esteja grávida e o pai negue a paternidade. Difícil pensar que o suposto pai vai querer fazer o DNA para depois ser condenado em uma pena que varia entre 8 e 15 anos de reclusão?

Difícil supor em tal situação, que o suposto pai assumiria a sua responsabilidade. Emerge nesse contexto uma fundamentação para que a maioria da doutrina considere a “presunção de vulnerabilidade” ser relativizada, aplicando a mesma em cada caso concreto.

2.3 VULNERABILIDADE

Segundo dicionário morfológico da língua portuguesa, organizado pelo professor Oliveira (2012, p. 01), aduz que:

Vulnerável, termo de origem latina, *vulnerabilis*, em sua origem vem a significar a lesão, corte ou ferida exposta, sem cicatrização, feridas sangrentas com sérios riscos de infecção. Demonstra sempre a incapacidade ou fragilidade de alguém motivada por circunstâncias especiais.

O conceito de vulnerabilidade é pouco preciso e tem como início, seus contornos delimitados pelo legislador, embora expresso, o tipo penal faça de modo taxativo determinando a idade da vítima. Neste sentido, leciona Luiz Regis Prado (2010, p. 246) que: “a vulnerabilidade, seja em razão da idade, ou em razão de estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a interferências de terceiros quando no exercício de sua sexualidade”.

Em sábia lição de Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 11) ao entender da vulnerabilidade, diz que:

A vulnerabilidade dos menores de 14 anos trata-se da capacidade de entender e consentir a prática do ato sexual. A mudança decorrente do artigo 217-A traz em sua essência a imaturidade para o referido consentimento. O termo vulnerável na legislação penal, referente ao estupro, é definido apenas pela idade da vítima, considerando sua imaturidade e incapacidade mental e física para consentir a prática do ato sexual.

Observa-se que a definição do patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é construída em uma ficção jurídica, que nem sempre terá respaldo na realidade de um caso concreto. Pois levando em consideração a propagação de informações e o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação, ambos aceleram o desenvolvimento intelectual e a capacidade das crianças e adolescentes.

Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 967) com maestria e sabedoria posiciona-se da seguinte maneira:

[...] tendo ocorrido simples inovação de redação do tipo, não há força suficiente para modificar a realidade nos dias atuais, nem tampouco os debates havidos, há anos, nas cortes brasileiras, ao menos no que se refere à presunção de violência ser absoluta ou relativa quanto ao menor de 14 anos de idade. Partindo-se da seguinte premissa; o legislador, na área penal, permanece retrogrado e incapaz de acompanhar as alterações de comportamentos reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de crianças ou adolescentes.

Pode ser observado com a exposição do brilhantíssimo Nucci, que as discussões acerca da simples inovação do tipo penal, não são suficientes para encerrar os debates, e que o legislador na área penal é incapaz de acompanhar todas as mudanças reais em uma sociedade, muito menos tratando-se de crianças e adolescentes.

Ainda Nucci relata que esta nova roupagem desprezou os costumes, no sentido de que como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade, justificando-se sob aspecto cultural em que vivia a sociedade brasileira na década de 1940, pois somente as mulheres de família, ou seja, as mulheres que se casavam virgens eram dignas de receber a tutela jurisdicional (NUCCI et. al., 2010).

Segundo entendimento e posicionamento de Mirabete (2006, p. 478):

Diante da redação do art. 217-A, não há mais que se cogitar de presunção relativa de violência, configurando-se o crime na conjunção carnal ou ato libidinoso praticados com menor de 14 anos de idade, ainda que constatado, no caso real, ter ele discernimento e experiência nas questões sexuais.

Rogério Greco (2010), sustenta a presunção absoluta para os menores de 14 anos, independentemente de seu consentimento, atendendo o texto literal da lei, pois alegam que os

menores se encontram em estado de vulnerabilidade, sendo, portanto, incapazes de manifestar sua vontade de forma válida e segura.

De modo contrário Rodrigo Moraes Sá (2013, p. 08), dispõe que a tipificação da conduta não resultará da mera existência dos elementos objetivo do crime, assim descrevendo:

Contudo, entendemos que a comprovação da vulnerabilidade não satisfaz à mera constatação da idade cronológica ou diagnóstico de doença mental. Em um caso contrário, ficaríamos vinculados a uma interpretação sistemática, em obediência ao princípio constitucional penal da culpabilidade (art. 5º, LVII, CF). A cobrança da responsabilidade penal subjetiva, requisito indispensável à observância do princípio da culpabilidade entendido lato sensu, afasta, na hipótese, o emprego da presunção *jure et de jure*. De tal modo, ainda que pratique conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso de gravidade análoga com pessoa menor de 14 anos ou doente mental, é possível que não esteja confirmado o crime do art. 217-A do Código Penal.

Segundo Nucci (2014, p. 976) sabiamente descreve que:

Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável.

Diante do exposto, nota-se que a vulnerabilidade é enorme no campo sexual, e que não se deve desconsiderar o atual contexto em que as redes de pedófilos se espalham no Brasil, como verdadeiro “câncer” na sociedade. Diante disso deve-se aplaudir e defender como necessária, a boa intenção do legislador, pela iniciativa de penalizar com maior rigor os delitos sexuais cometidos contra vulneráveis.

Sabiamente GUIMARÃES, (2011, p. 52) diz que “Apesar disso não se pode deixar de proteger esta questão jurídica que é a presunção de vulnerabilidade, pois se seu caráter absoluto for considerado em todos os casos, sem a devida observância dos princípios da ampla defesa do contraditório e da presunção de inocência, recairá aqui a temerária responsabilidade objetiva, em que o sujeito ativo responde pelo delito independentemente de dolo ou culpa”.

3 OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GERAL

Demonstrar por intermédio de estudos doutrinários, que a presunção de violência absoluta, expressa no art. 217-A *caput*, do Código Penal, sem a devida observância no caso concreto, pode, dentro do sistema jurídico ignorando as particularidades de um caso real, e estabelecendo regras de caráter absoluto, acarretar margens para o campo da injustiça.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Demonstrar por meio de entendimentos doutrinários pertinentes ao tema, bem como o que diz a legislação vigente;
- Analisar os posicionamentos que alegam que o crime em análise deve ser interpretado de forma relativa e não absoluta, com argumentos jurídicos válidos;
- Conceituar presunção de violência absoluta e relativa, bem como entender melhor, os motivos que levaram os legisladores a aprovarem a lei 12.015, de 07-08-2009.

4. METODOLOGIA

A presente pesquisa deve ser classificada em seus procedimentos metodológicos com base nos objetivos, bem como nos procedimentos técnicos utilizados de coleta e análise de dados, e que dentro de cada uma dessas tipologias existem diversas subdivisões, originando vários tipos de pesquisa, cada qual com suas características peculiares próprias. Logo, a pesquisa realizada neste trabalho foi classificada como descritiva, bibliográfica/documental e qualitativa. (GIL, 2007, p. 28), conta de forma detalhada que:

Esta pesquisa caracteriza-se por ter um caráter exploratório-descritivo e qualitativo. Salienta-se que as pesquisas exploratórias são aquelas que tem por objetivo explicitar e proporcionar maior entendimento de um determinado problema. Nesse tipo de pesquisa, o pesquisador procura um maior conhecimento sobre o tema em estudo. Ressalta-se, ainda, que as pesquisas foram realizadas para atender a uma necessidade de ordem intelectual ou por razões práticas. As pesquisas de cunho intelectual são, pois, aquelas em que o pesquisador objetiva desvendar os aspectos da realidade que estão a sua volta.

Referente aos objetivos, a pesquisa foi classificada como descritiva, uma vez que objetiva apresentar os elementos para o acontecimento da relativização da coisa julgada, assim como elucidar acerca do princípio da segurança jurídica. No tocante a pesquisa descritiva, Gil (2007, p. 28), descreve que:

As pesquisas descritivas são, juntamente com as exploratórias, as que habitualmente realizam os pesquisadores sociais preocupados com a atuação prática. São também as mais solicitadas por organizações como instituições educacionais, empresas comerciais, partidos políticos etc.

No tocante ao procedimento, insta destacar que a pesquisa foi elaborada por meio de pesquisa bibliográfica em livros, artigos, sites de internet, jornais, revistas etc. Posteriormente, no que tange às hipóteses, a presente pesquisa foi documental por meio de leis e posições doutrinárias de renomados autores, trilhando o caminho de técnicas de coleta de dados a documentação indireta necessária para o alcance de uma visão clara e coerente acerca do tema proposto.

Desse modo, a revisão teórica que é a base do trabalho foi construída a partir da análise de textos que foram retirados de doutrinas, tanto clássicas quanto modernas de renomados autores penalistas, consagrados e com credibilidade para figurarem como protagonistas em trabalhos acadêmicos de alto nível, que serviram para embasar e legitimar os resultados da pesquisa.

Concernente à abordagem do problema, a análise foi a qualitativa, que de acordo com Lakatos e Marconi (2001) é vista como o meio de raciocínio a ser seguido, mencionando a complexidade de certa problemática, analisando a complementação de determinadas variáveis, com exame mais detalhado no tocante aos fenômenos em estudo.

Neste sentido e tipo de análise Gil (2007, p. 175) esclarece que:

A apresentação consiste na organização dos dados selecionados de forma a possibilitar a análise sistemática das semelhanças e diferenças e seu inter-relacionamento. Esta apresentação pode ser constituída por textos, diagramas, mapas ou matrizes que permitam uma nova maneira de organizar e analisar as informações.

Desta forma, por meio da pesquisa documental e da análise qualitativa, pretendeu-se apresentar análises acerca do tema, através do caminho descrito nos objetivos específicos, juntamente com a relação entre os dados coletados, os quais foram descritos de forma que confirmam/refutam as conjecturas elencadas.

Para chegar ao objetivo proposto, foi feita uma pesquisa bibliográfica, com o fim de entender os conceitos e os objetivos do caráter punitivo da moral penal, referente ao comportamento dos menores de 14 anos, perante a grande mudança sociocultural, que tem ocorrido na sociedade nos últimos anos.

5 ANÁLISES E DISCUSSÃO

Cenas e relatos de violência sexual já fazem parte do cotidiano da sociedade brasileira entranhadas a questões culturais, sociais e econômicas. Criam repulsa, inconformismo e requerem medidas capazes de solucionar o problema de imediato.

O delito abordado é categórico no que tange à vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos, pois o critério aplicado hoje é absoluto. A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou-se no sentido de que a presunção de violência no estupro, quando a vítima não for maior de 14 anos de idade, é absoluta, de maneira que a “aquiescência da adolescente ou mesmo o fato de a ofendida já ter mantido relações sexuais não tem relevância jurídico-penal” (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

O artigo 217-A, *caput* do Código Penal, traz assim tipificado “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”, pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos (BRASIL, 1940).

Vulnerável, vem do latim, *vulnerabilis*, em sua origem significa lesão, ferida ou corte exposto, sem cicatrização, com sérios riscos de infecção. É a incapacidade ou fragilidade de alguém movida por circunstâncias excepcionais (OLIVEIRA, 2012, p. 01).

Salienta-se que o crime tipificado no art. 224 do Código Penal, onde dizia que pela imaturidade os menores de 14 anos não têm o total discernimento para “consentir na prática sexual”, não interessando se a mesma já tinha uma vida pregressa, ou se coagisse o agente a praticar o crime. (CAPEZ, 2005, p. 70).

Esta presunção trazia consigo uma grande discussão, ou seja, as formas que poderia ser adotada como a Teoria Absoluta (único requisito a pessoa com menos de 14 anos), Teoria Relativa (a vida pregressa do agente exclui a presunção) e Teoria Mista (absoluta para os menores de 12 anos e relativa aos com idade entre 12 ou 14 anos) está sendo defendida por renomados autores como Eduardo Magalhães, Regis Prado, Nucci, entre outros.

De acordo com Regis Prado (2006, p. 246) não se deve aceitar a presunção de violência absoluta como fonte de certeza criminal, pois tal procedimento pode promover o desprezo pela prova e não revelar a sua verdadeira natureza. Na mesma via Eduardo Magalhães Noronha (2007, p. 224) sustenta que a presunção absoluta é intolerável, ou seja, não se pode punir o agente aplicando uma responsabilidade objetiva, coisa, no entanto repudiada pela nossa lei.

Na contramão Mirabete (2006, p. 478), sustenta que não há mais que se cogitar de presunção relativa de violência, configurando o crime na conjunção carnal ou ato libidinoso praticados com menor de 14 anos de idade, mesmo o menor tendo discernimento e experiência nas questões sexuais.

A presunção absoluta para os menores de 14 anos, independentemente de seu consentimento, atendendo o texto literal da lei, pois alegam que os menores se encontram em estado de vulnerabilidade, sendo, portanto incapazes de manifestar sua vontade de forma válida e segura (GRECO, 2010).

Uma simples inovação na redação do tipo, não é suficiente para modificar a realidade vivida nos dias atuais e muito menos cingir com os debates que se percorrem por anos. Assim sendo, o legislador é incapaz de acompanhar todas as mudanças em uma sociedade, principalmente no que se refere a crianças e adolescentes. Observa-se que as propagações de informações e o avanço acelerado nos meios de comunicação, aceleram o desenvolvimento intelectual e a capacidade das crianças e adolescentes (NUCCI, 2012, p. 967).

Entendemos que a comprovação da vulnerabilidade não satisfaz à mera constatação da idade cronológica. A cobrança da responsabilidade penal subjetiva, requisito indispensável à observância do princípio da culpabilidade entendido *lato sensu*, afasta, na hipótese, o emprego da presunção *jure et de jure*, de tal modo ainda que pratique conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso de gravidade análoga com pessoa menor de 14 anos, é possível que não esteja confirmado o crime em comento (MORAES SÁ, 2013, p. 08).

Insta mencionar que perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos;

adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável (NUCCI, P. 976).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro do estudo realizado pode-se observar que existem posições conflitantes na doutrina com renomados autores do meio jurídico principalmente no que se refere à presunção de violência, porém com mais afinco no que tange à presunção absoluta relativa e mista.

A presente pesquisa objetivou na elucidação de como a justiça enxerga o menor e como tem que ser tratado o estupro deste, pois a partir do que o estudo mostra, essa violação sexual ganhou notória importância fundamental da pessoa humana, ou seja, dignidade sexual do indivíduo.

Insta mencionar que ao se refletir sobre as condições e iniciação sexual de menores de 14 anos ter ocorrido, pode-se considerar que a mudança no artigo 217 - A, *caput* do Código, este objetivou aumentar a proteção para com as crianças e adolescentes. Contudo, a proteção a este público após a implementação da lei em comento, é questionada devido a desentendimentos em colocá-la em prática, ou seja, não levam em consideração os interesses e particularidades de um caso concreto.

Diante do corpo do trabalho destaca-se que cada caso concreto apresenta suas peculiaridades, e que deixando a cargo do Magistrado, este pode tomar uma decisão sem usurpar do suposto agente infrator o poder do Contraditório e da Ampla Defesa, extraíndo assim uma decisão mais justa, pois poderia considerar as características da vítima e sua vida com experiências sexuais bem como a realidade social e cultural, sem dispensar o que se prevê na legislação penal.

Desta forma, verifica-se que o artigo 217 - A do Código Penal, trata-se de vulnerabilidade em questões sexuais, ou seja, o menor de 14 anos é incapaz de discernir sobre suas escolhas sexuais, assim sendo, se um indivíduo maior de idade comete atos libidinosos ou sexuais é enquadrado no *caput* do artigo supracitado.

Não se deve desconsiderar o atual contexto em que as redes de pedofilia se espalham como um verdadeiro câncer na sociedade e que deve ser aplaudido de pé a boa intenção do legislador pela iniciativa de penalizar com maior gravidade tais delitos. Contudo não se pode desamparar o sujeito que comete tal infração sem levar em conta as particularidades de um caso concreto, deixando este responder pelo ilícito penal independentemente de dolo ou culpa.

Desta forma verifica-se que adotando o critério objetivo, não teremos uma justiça com todas as garantias constitucionais, pois na redação da lei, o sujeito mesmo que tendo uma relação amorosa e com consentimento dos pais do menor de 14 e maior de 12 anos, este poderia ser processado e julgado de forma inquisitiva, uma vez que o autor não se valerá de armas jurídicas para opor se a um requisito único, qual seja a idade da menor. Neste diapasão, restaria adotar a teoria mista, relativizando os menores entre 12 e 14 anos de idade.

*THE PRESUMPTION OF THE VULNERABILITY OF MINORS PROVIDED IN
ART. 217-A OF THE CRIMINAL CODE*

ABSTRACT

This work was carried out with the objective of presenting and discussing the presumption of vulnerability of minors provided for in article 217 - A of the Penal Code, which was inserted with the advent of Law No. 12,015, of August 7, 2009, based on its evolution history in the Brazilian criminal legal system. The present work was based on a bibliographic and documentary survey, as well as on the perceptions of leaders in the legal area, aiming to understand the concepts and objective of the punitive character of the penal rule, in view of the early sexual behavior of children and adolescents, in view of the immense change socio-cultural background from years ago. This also brings as a focus, that even after the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ) have positioned their understanding as an objective criterion, they were not able to close the discussions on the matter, as there are doctrinal differences of renowned authors with regard to the vulnerability being related to minors between 12 and 14 years of age. Although not a current topic, its study is important, as it ignores the will of the minor and objectively punishes the alleged author of the crime of rape.

Keywords: Smaller. Vulnerability. Relative

REFERÊNCIAS

- BARROS, F. D. *Vulnerabilidade nos novos delitos sexuais*. São Paulo: Carta Forense 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Ed. Senado, 1988.
- _____. Presidência da República. Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei n. 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores; Estupro de vulnerável art. 217 - Caput - Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 de ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L12015.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.
- _____. Presidência da República. Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: 01 abr. 2021.
- CAPEZ, F. *Curso de direito penal: parte especial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARVALHO, A. C. B. O. *Violência sexual presumida*. Curitiba: Juruá, 2005.
- CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO. 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm> Acesso em: 03 de nov. 2020.
- DANTAS, B. M. Estupro presumido: apontamentos acerca da presunção de violência elencada no art. 224, alínea “a” do Código Penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v..4,n. 35,999. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/1040>>. Acesso em: 14 abr. 2016.
- FERREIA, D. A. M. O consentimento do menor no estupro de vulnerável. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78260/o-consentimento-do-menor-no-estupro-de-vulneravel>>. Acesso em: 14 mai. 2015.
- GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- JUSTI, J.; VIEIRA, T. Pereira. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.
- LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. Metodologia do trabalho científico. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. *Manual de direito penal: parte especial*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NORONHA, E. M. *Direito penal*. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2007.
- _____. *Direito penal*. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2007.

NUCCI, G. S. et al. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009. In: FRANCO, Alberto Silva, NUCCI, Guilherme de Souza (org). *Doutrinas essenciais*. Direito Penal: parte especial II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Código penal comentado*. 11 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 967, 2012.

_____. *Manual de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, E. Q. A relativização da presunção de violência nos crimes sexuais. In: *JusBrasil*, 2012. Disponível em: <<http://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823092/a-relativizacao-da-presuncao-de-violencia-nos-crimes-sexuais>>. Acesso em 28 ago. 2015.

PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, R. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 7 ed. revista, ampliada e atualizada. vol. III. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MORAES SÁ, R. Estupro de vulnerável: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor. *Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza*, n. 11, p. 8, 2013. Disponível em: <https://semanaacademica.com.br/artigo/estupro-de-vulneravel-uma-analise-doutrinaria-sob-otica-da-vulnerabilidade-do-menor>. Acesso em: 10 abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. REsp Nº 953805. Recorrido: Francisco Luís Martins da Silva. advogado Cleomar de Oliveira Carrão. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Rogerio Shietti. Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2014. Sexta Turma. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24979088/recurso-especial-resp-953805-rs-2007-0113415-4-stj/inteiro-teor-24979135>>. Acesso em: 22 mai. 2021.