UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

REGINALDO LUÍS SOUZA KNEVITZ

DO CRIME DE ESTUPRO CONTRA O MENOR DE 14 ANOS: POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE.

Florianópolis

2011

REGINALDO LUÍS SOUZA KNEVITZ

DO CRIME DE ESTUPRO CONTRA O MENOR DE 14 ANOS: POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE.

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª Maria Lúcia Pacheco Ferreira Marques, Drª.

Florianópolis

2011

REGINALDO LUÍS SOUZA KNEVITZ

DO CRIME DE ESTUPRO CONTRA O MENOR DE 14 ANOS: POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE.

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 28 de novembro de 2011.

_____

Profª. e orientadora Maria Lúcia Pacheco Ferreira Marques, Drª.

Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Prof. Everson Becker Silva, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Prof. Patrícia Santos, Msc.

Universidade do Sul de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

Ao Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, instituição que incentiva e investe no aperfeiçoamento e qualificação do seu quadro de servidores.

A todos os meus amigos e colegas de academia, pelo apoio prestado.

Ao corpo docente da Universidade do Sul de Santa Catarina pela dedicação, com ênfase à bibliotecária Tatyane Barbosa Philippi. E, principalmente a minha orientadora, Profª. Dra. Maria Lúcia Pacheco Ferreira Marques, que incansavelmente norteou esta pesquisa, sendo fundamental para a realização deste trabalho.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE
DO CRIME DE ESTUPRO CONTRA O MENOR DE 14 ANOS: POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE.

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 28 de novembro de 2011.

_____

REGINALDO LUÍS SOUZA KNEVITZ

RESUMO

O presente estudo traz como cerne da pesquisa a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade do menor de 14 anos, quando vítima da prática do delito de estupro. A proposta deste trabalho é analisar o crime de estupro, com enfoque naquele cometido contra a liberdade sexual de pessoas vulneráveis menores de 14 anos. Para a elaboração do estudo utilizou-se uma abordagem exploratória, com sustentáculos no estudo bibliográfico doutrinário, nas jurisprudências, bem como legislações épicas e vigentes e projetos de leis Para o desenvolvimento do presente trabalho elegeu-se o método dedutivo, com vistas a trazer a partir dos primeiros estudos concernentes ao tema, objetivando aclarar os pontos que permearam as legislações e, por conseguinte, a sociedade. O estudo monográfico foi eleito para perscrutar o objeto central da pesquisa. Não se pode ser pernóstico ao ponto de afirmar que a pesquisa há de exaurir todas as questões. O crime de estupro é um injusto que permeia as sociedades mais remotas e que, na maioria das vezes, causa repulsa. Sendo este delito cometido contra um menor de 14 anos, a inconformidade torna-se mais evidente. O Direito Penal brasileiro positivou, desde o Código Imperial, um dispositivo para tutelar as vítimas de estupro, porém sem uma guarida específica aos menores de 14 anos. Para a proteção destes menores o Decreto-Lei n. 2.848 de 1940 impôs uma majoração lastreada pela presunção de violência que, foi palco de muitas discussões, se esta presunção tinha um caráter absoluto ou relativo. Há doutrinas que trataram de assentar a possibilidade de se relativizar a violência presumida. O Excelso Pretório, em decisão de *write* constitucional no ano de 1996, entendeu pela procedência de uma relativização da presunção de violência da alínea "a" do art. 224 do Código Penal. Todavia, este dispositivo teve sua revogação no ano de 2009 dando lugar agora a um tipo penal autônomo, insculpido pela Lei n. 12.015/2009, que trouxe a figura do vulnerável. Nesta senda é que se pretende perscrutar se há possibilidade de relativizar a vulnerabilidade do menor de 14 anos. E, com isso, levantar uma discussão pertinente visando mitigar possíveis injustiças que, é corolário de imputações que podem ocorrer em casos concretos de nossa sociedade.

Palavras chave: Estupro. Lei n.12.015/2009. Vulnerabilidade. Relativização.

ABSTRACT

This study is aimed at providing the possibility of relativizing the vulnerability of young people under the age 14 when it comes to the practice of the crime of rape. The main purpose of this work is to analyze the crime of rape, focusing on those committed against the sexual freedom of vulnerable people less than 14 years of age. This study used an exploratory approach, supported by bibliographical doctrinal studies, in jurisprudence, as well as epic and existing laws and draft laws. The deductive method was chosen for the development of this work in order to bring the first studies concerning the subject, aiming to clarify the points that permeated the legislation and, therefore, the society. A monographic study was elected to contemplate the central object of this research. One cannot be pretentious as to assert that a research will exhaust all the issues. The crime of rape is unfair and permeates even the most remote societies, causing revulsion in most cases. When this crime is committed against a young person under 14 years of age, non-compliance becomes more evident. The Brazilian Penal Law has positived, since the Imperial Code, a device to protect the rape victims although there isn't a specific shelter for those ones under the age of 14. The Decree-Law number 2848 from 1940 imposed an increase for the minors' protection backed up by the presumption of violence. This measure led to long discussions about the absolute or relative nature of this fiction. Some doctrines tried to ensure the possibility of qualifying the presumed violence. In a ruling of the constitutional write in 1996, the Federal Supreme Court understood the origin of a relativization of the presumption of violence contained in paragraph "a" of art. 224 of the Penal Code. However, this device had it's repeal in 2009 and it's been replaced now by a criminal offense autonomous, inscribed by the 12.015/2009 Law, which brought the image of the vulnerable. In this vein is that one wants to look into whether it is possible to relativize the vulnerability of the young people less than 14 years of age. This subject allows the raise of a relevant discussion that might mitigate any possible injustice, resulting in charges that may occur in real cases in our society.

Keywords: Rape. Law 12.015/2009. Vulnerability of less than 14 years. Relativization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 9
2 HISTÓRICO DOS CRIMES SEXUAIS 11
2.1 DO ESTUPRO NA ANTIGUIDADE 11
2.2 AS LEGISLAÇÕES PENAIS BRASILEIRAS E O TIPO PENAL DO ESTUPRO.....12
2.2.1 O Código Penal de 1940 15
2.2.2 Um código penal que não chegou a viger 17
2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS MUDANÇAS DO TÍTULO VI DO CÓDIGO PENAL 18
2.3.1 Dos crimes contra os costumes – título extirpado do CP 19
2.3.2 Da dignidade 20
2.3.2.1 Da dignidade da pessoa humana.....20
2.3.2.2 Da dignidade sexual.....22
2.3.3 A unificação do crime de estupro e atentado violento ao puder 24
2.4 OS SUJEITOS CONTIDOS NO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL.....26
2.4.1 Objeto jurídico a ser tutelado nos crimes de estupro.....27
3 A *FICTO IURIS* DO ART. 224 [REVOGADO] E A SUA RELATIVIZAÇÃO.....29
3.1 A BUSCA INEXITOSA DE UMA CODIFICAÇÃO DE NORMA ABSOLUTA PARA PROTEÇÃO DOS MENORES DE 14 ANOS, DOS ALIENADOS E DÉBEIS MENTAIS.30
3.2 OS SUJEITOS ELENCADOS NA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA.....32
3.2.1 Menores de quatorze anos 32
3.2.2 Quando a vítima é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância..33
3.2.3 Quando a vítima não podia, por qualquer outra causa, oferecer resistência. 34
3.3 AS POSSIBILIDADES QUE A RELATIVIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PRESUMIDA ESTAVA PRESENTE.....35
3.3.1 A relativização da presunção de violência – doutrina e jurisprudência.....36
4 DA VULNERABILIDADE TRAZIDA PELA LEI N. 12.015/09 E A POSSBILIDADE DE SUA RELATIVIZAÇÃO. 43
4.1 DOS VULNERÁVEIS 43
4.2 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEIS 46
4.2.1 Sujeitos.....47
4.2.2 Elemento Objetivo 49

4.2.3 Elemento Subjetivo.....50
4.2.4 Qualificadoras.....51
4.2.5 Causa de aumento de pena 53
4.2.6 Penas e ação penal 54
4.3 OS VULNERÁVEIS E A INSERÇÃO NA LEI 8072/90.....55
4.3.1 A hediondez nos injustos contra vulneráveis. 56
4.4 A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 ANOS. 56
5 CONCLUSÃO.....61
REFERÊNCIAS 64

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de Conclusão de Curso versa sobre o Direito Penal, com foco no injusto contra a liberdade sexual dos menores de 14 (quatorze) anos.

Tem-se como objetivo central do trabalho analisar a possibilidade de relativização da vulnerabilidade de menores de 14 (quatorze) anos quando da prática de delito de estupro.

A relativização da presunção de violência é um tema que não mais tem espaço para discussão, haja vista a revogação expressa do art. 224 do Código Penal (CP). Para dar guarida aos sujeitos que estavam contidos no artigo em comento, o legislador trouxe a figura de um dispositivo autônomo, classificando-os como vulneráveis, através de lei específica que alterou o CP.

Com o advento da Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, e a inserção de vulneráveis aos sujeitos que estão no art. 217-A do CP, constatou-se a proeminência do estudo na análise de possibilidade de relativização desta vulnerabilidade, sendo esta uma contribuição para a sociedade hodierna.

A pesquisa foi elaborada a partir de uma abordagem exploratória, com base no estudo bibliográfico doutrinário, aplicando-se as jurisprudências pertinentes ao caso. Ainda, utilizou-se de legislações que puderam trazer a história do injusto de estupro, chegando até as leis vigentes e os projetos de leis que estiveram presentes no contexto do delito de estupro.

O método dedutivo foi utilizado para desenvolver o estudo e, posteriormente analisar as doutrinas peculiares ao cerne do estudo monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográficas e documental.

O estudo foi divido em cinco capítulos. Sendo esta introdução o conteúdo dispensado ao primeiro capítulo, buscando trazer os métodos utilizados e a problematização da pesquisa.

O segundo capítulo traz um breve aporte histórico do crime de estupro, passando pelas civilizações remotas e, por fim, adentra nas legislações penais brasileiras com intento de trazer os textos legais que dão guarida ao tipo penal ora perscrutado.

No terceiro capítulo tratar-se-á da discussão da ficção jurídica da presunção da violência do art. 224 [revogado] do CP. Os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que balizaram a presunção como uma norma relativa. Este capítulo tem sua imperiosidade em face de trazer um dispositivo que, não obstante estar revogado, pode ecoar no centro do estudo.

O quarto capítulo buscar-se-á trazer o novel instituto autônomo, ou seja, a vulnerabilidade que adveio pela Lei n. 12.015/09. A vulnerabilidade no menor de 14 (quatorze) anos ainda é tema recente, logo a doutrina e a jurisprudência ainda, ao que parece, estão em construção.

O quinto e último capítulo se reserva a conclusão do estudo, com o objetivo de trazer uma síntese e opinar acerca dos conhecimentos ora perquiridos.

2 HISTÓRICO DOS CRIMES SEXUAIS

Este capítulo busca trazer um breve histórico dos crimes sexuais na antiguidade, chegando às legislações penais brasileiras, com foco no delito de estupro.

O advento da Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, que inovou o Código Penal (CP) - Decreto-Lei n.º 2.848 de 1940 com a terminologia "dignidade sexual" no Título VI, ainda trouxe unificação do tipo penal contido no art. 213.

Para aclarar o tema há de se perscrutar os princípios constitucionais, as legislações épicas revogadas e as vigentes, bem como as contribuições teóricas de doutrinas especializadas.

2.1 DO ESTUPRO NA ANTIGUIDADE

Na lição de Álvaro Mayrink da Costa (2010, p. 168) "O estupro é o tipo de injusto penal que oferece através da história a maior quantidade e qualidade de variantes em seus elementos, e, diante do comparado, pode-se notar a configuração típica de variadas índoles".

Segundo Luiz Regis Prado os povos antigos já faziam severas punições quando da constatação de tal delito, premissa básica para depreender que o estupro era um crime constatado naqueles povos. Ainda, segundo este autor, deve-se destacar que:

> Na legislação mosaica, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, **eram ambos lapidados.**
> [...] O código de Hamurabi, de seu turno já definia o estupro no artigo 130, estabelecendo que "se alguém viola mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem **deverá ser morto** e a mulher irá livre.
> O termo *stuprum*, no Direito romano, representava, em sentido lato, qualquer ato impudico **praticado com homem ou mulher**, englobando até mesmo o adultério e a pederastia [...]. (PRADO, 2006, p. 193, grifo nosso).

Maximiliano Roberto Ernesto Führer (2010, p. 139) registra em sua obra que "Na região da Índia, cerca de 1.000 anos após – Código de Hamurabi – o Código de Manu (arts 361 e ss.) cominava pena corporal, de morte ou mutilação, para abuso sexual violento".

Daí a se depreender que o estupro não é um delito que vige apenas hodiernamente, trata-se de fato que pode ser constatado nas sociedades mais remotas.

Na lição de José Henrique Pierangelli o "Título XXXIII – Dos ruffiães e mulheres solteiras", contido no Livro V das Ordenações do Reino do Código Filipino, datado de 1595, era um diploma que tinha o condão de dar guarida contra o delito de estupro. Este Título:

> [...] cuidou do estupro voluntário, obrigando o agente ao casamento, se a mulher assim quisesse. [...] Na impossibilidade do casamento, competia-lhe o dever de constituir um dote para a vítima, e, caso não dispusesse de dinheiro pra tal e não fosse fidalgo ou pessoa de qualidade, era açoitado e degradado para a África. (PIERANGELLI, 2006, p. 755).

Pode-se inferir, ainda que diferenciadas, que as reprimendas eram severas quando do cometimento do estupro, pois este não tinha repouso na sociedade; sendo a cominação um mecanismo de tutelar o direito da vítima ou até do daquele que sofrera uma desonra por conta do delito, consoante o que se apontou acerca da legislação mosaica.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini as normas que coíbem o crime de estupro tem sua base com:

> [...] fundamento no pudor público e individual, a coletividade dita normas sobre a moral e os costumes, atendendo aos critérios éticos-sociais vigentes para evitar fatos que contrariem esses princípios e lesem interesses do indivíduo, da família, etc. Protege-se o indivíduo no que concerne à sua maturidade e liberdade sexual.(MIRABETE; FABBRINI, 2007, p. 405).

O autor francês Georges Vigarello (1998, p. 13) em sua obra "A História do Estupro – Século XVI ao XX", relata fato narrado por Jacques-Louis Ménétra ocorrido na década de 1760 em Paris, quando Ménétra e um amigo promoveram um estupro contra uma moça que mantinha atos de intimidades com seu namorado.

Por certo, o delito de estupro nunca encontrou barreiras, estando constatado em vários grupos sociais e épocas. Para Vigarello (1998, p. 13) "A história do estupro é principalmente a história dessa violência difusa, de sua extensão, de seus graus", logo a violência sexual praticada contra outrem é por si uma forma nítida de violência social.

2.2 AS LEGISLAÇÕES PENAIS BRASILEIRAS E O TIPO PENAL DO ESTUPRO

O Brasil balizou-se juridicamente nas Ordenações Filipinas, segundo leciona Luís Paulo Sirvinskas (2003, p. 41), com vigência, inclusive, após o advento da Constituição do Império de 1824. E na esteira desta Constituição foi que adveio o projeto do Código Criminal do Império sendo apreciado no ano de 1827.

Segundo Álvaro Mayrink da Costa (2010, p. 169), este Código Criminal do Império, datado de 1830, continha o Capítulo II – Dos Crimes contra a segurança da honra, na Seção I que tratava de estupro. O dispositivo legal onde estava descrito este delito tinha o seguinte texto legal: "Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta" tinha pena de prisão de três a doze anos, e de dotar a ofendida, porém se a prática ocorresse contra uma prostituta, havia uma mitigação na pena.

Na lição do autor José Henrique Pierangelli (2004, p. 273), em 1890, sob a égide do Decreto 847 de 11 de outubro daquele ano, adveio o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil e, sob o Título VIII – Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor, no Capítulo I – Da violência carnal, restou assentado no artigo 269 trazendo o conceito do delito de estupro que trazia "chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa, com violência, de uma mulher, seja virgem ou não".

A pena para o crime de estupro deste Código de 1890 estava prevista no artigo 268, que se transcreve:

> Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta.
> Pena – de prisão cellular por **um a seis annos**.
> §1º Si a estuprada for mulher publica ou prostitua:
> Pena – de prisão cellular por **seis mezes a dous annos**.
> §2º - Si o crime fôr praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte (PIERANGELLI, 2004, p. 303, grifo nosso).

Com o fito de trazer a discussão sobre a "prisão cellular", Sandra Regina Pedroso, se referindo a Evaristo de Moraes, afirma que ela "[...] foi menina dos olhos dos juristas na época e grande novidade da revisão penal de 1890 foi considerada punição moderna. Foi sob essa modalidade penal que se construiu a abóbada de todo o sistema repressivo brasileiro" (MORAES, 1923, p. 49 apud PEDROSO, 2004, p.1).

A prisão celular estava prevista no Código Penal de 1890, no art. 43, alínea "a", estando no art. 45 a modalidade com que houvera de ser cumprida, isto é, em estabelecimento especial, com o devido isolamento celular e havendo o trabalho obrigatório (PIERANGELLI, 2004).

Ainda, perscrutando o Código Penal de 1890, com sustentáculo na lição de Álvaro Mayrink da Costa, pode-se inferir que o legislador tratou de aclarar a definição de violência, positivada no art. 269:

> Por violência entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral, os meios anesthesicos e narcóticos (COSTA, 2010, p. 170).

Não obstante constar tipificado no Código Imperial de 1830 o delito de estupro, não havia um dispositivo específico com vistas a tutelar os menores quando vitimados por este crime, encontra-se, apenas, um dispositivo penal que abrigava o tipo concernente a deflorar mulher menor de idade (COSTA, 2010, p. 169).

O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, numa derivação por analogia, diz que "deflorar" é "fazer perder ou perder a virgindade; desflorar (-se), desvirginar (-se)" (HOUAISS, 2001).

Segundo Álvaro Mayrink da Costa é aprovado pelo Decreto n. 22.213 de 14 de dezembro 1932, o ordenamento jurídico penal intitulado de Consolidação das Leis Penais. Pode-se constatar uma mudança significativa no que tange a proteção de menores, bem como se tratou o delito de estupro:

> Nas Consolidações das Leis Penais de 1932 ("Código Penal Brasileiro, completando com as leis modificadoras em vigor", do Des. Vicente Piragibe, objetivando corrigir as deficiências do Código Penal de 1890), foi mantido o *nomen iuris* de violência carnal e tratados de forma unificadas o estupro e o atentado violento ao pudor; destacam-se: a) *Excitar, favorecer ou facilitar a corrupção de pessoa de um ou de outro sexo, menor de 21 anos, induzindo-a à prática de actos desonestos, viciando a sua inocência ou pervertendo-lhe de qualquer modo o senso moral*. b) *Corromper pessoas menor de 21 anos, de um ou de outro sexo, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem*. [...]. (COSTA, 2010, p. 170).

Esta nova redação constituída em 1932 buscou, de forma expressa, tutelar os direitos dos menores de vinte e um anos, trazendo ainda em seu conteúdo um registro da unificação de crimes de estupro e de atentado violento ao pudor.

Registra-se também que o conceito de violência, inserido no texto legal de 1890, teve sua reprodução literal no Código Penal de 1932 (PIERANGELLI, 2004, p.373).

Ao cotejar o Código Criminal do Império de 1830, o Código Penal de 1890 e a Consolidação das Leis Penais de 1932, constata-se que houve preocupação, mormente, com as questões de tutelar a vitimada pelo crime de estupro, dando a punição ao autor. Todavia,

quando tal delito tinha como vítima uma mulher intitulada prostituta, verifica-se que havia uma mitigação da reprimenda (COSTA, 2010 e PIERANGELLI, 2004).

Ainda, salienta-se que nas leis penais brasileiras instituídas em 1890 e 1932, o tipo penal de estupro permaneceu quase inalterado. (PIERANGELI, 2004).

2.2.1 O Código Penal de 1940

Compulsando José Henrique Pierangelli (2004, p. 404; 434) verifica-se que o projeto que daria origem ao Código Penal de 1940 teve como autor o Dr. Alcântara Machado, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, no ano de 1938. Este projeto foi remetido ao Presidente da República Getúlio Vargas no ano de 1940, com sua publicação no Diário Oficial da União na data de 31 de dezembro daquele ano. Ainda na obra ora perquirida, na exposição de motivos que acompanhou o Projeto deste Código, no inciso 69, ficou por assim cuidar "Dos crimes contra os costumes", figurando a subclasse "Dos crimes contra a liberdade sexual", albergando ali o delito de estupro.

Álvaro Mayrink da Costa ensina que havia um projeto anterior com denominação de título diverso do que fora aprovado. Afirma este autor:

> Os projetos João Vieira (1893) e Galdino Siqueira (1913), usaram outras expressões, e a primitiva e a nova redação do projeto de Alcântara Machado (1938) apresentavam a título de denominação "Dos crimes contra o pudor individual e a moralidade pública, e o código de 1940, seguindo Virgílio de Sá Pereira, adotou o **modelo do Código Penal francês de 1810** (*attenta aux moeurs)*, nomeando "Dos crimes contra os costumes." (COSTA, 2010, p. 170, grifo nosso).

Este diploma legal merece destaque, em face de ter sua vigência até hodiernamente. Não obstante de ter ocorrido alterações, que se fizeram indispensáveis, para acompanhar as vicissitudes da sociedade (NUCCI, 2009).

Decretado em 07 de dezembro de 1940, sob o Decreto-Lei n.º2.848, é instituído o Código Penal. E, no art. 213 deste instituto jurídico, tem–se o delito de estupro assim descrito: "Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça" (BRASIL, 2008, p. 70). Cabe ressaltar que este dispositivo vige, hodiernamente, com texto divergente do ora apresentado, porém, se está diante do conteúdo literário de 1940.

Na lição de Rogério Greco o tipo penal denominado estupro, que estava contido no art. 213 dava guarida, somente, a violência praticada contra mulher, exigindo que o sujeito passivo fosse somente mulher e o sujeito ativo um homem, culminando na possibilidade de ocorrência exclusivamente em relações heterossexuais. Adiante, ainda diz que:

> Foi adotado, portanto, pela legislação penal brasileira, o sistema restrito no que diz respeito à interpretação da expressão conjunção carnal, repelindo-se o sistema amplo, que compreende a cópula anal, ou mesmo, o sistema amplíssimo, que inclui, ainda, os atos de felação (orais). (GRECO, 2009, p. 466).

Segundo Luiz Regis Prado (2006, p.194) a tutela do bem jurídico residia, tão somente, na "liberdade sexual da mulher em sentido amplo (inclusive a integridade e autonomia sexual), que tem o direito pleno à inviolabilidade carnal, mesmo em relação ao marido".

A "conjunção carnal" de acordo com Válter Kenji Ishida (2009, p. 375) "é a introdução de membro viril em ereção na cavidade vaginal da mulher, não se exigindo a ejaculação".

Outros crimes que estavam contidos no Capítulo Dos crimes contra a liberdade sexual não eram alcançados pelos rigores e repulsa que residia o tipo "estupro".

Nesta vereda, pode-se depreender que o estupro tinha como ação específica a violência sexual contra o sexo feminino.

Mas, foi neste Código Penal de 1940 que vigorou um dispositivo com vistas a tutelar liberdade sexual de menores de 14 anos e outros que apresentassem deficiência metal ou que não pudessem oferecer resistência. Houve a guarida presumindo a violência quando a vítima estivesse elencada nas alíneas do art. 224 do Código Penal (revogado). (BRASIL, 1940; 2009).

Neste ordenamento pátrio buscou o legislador tratar de uma reprimenda com certo rigorismo quando do cometimento, ainda que na forma presumida, de crime sexual contra menores de 14 anos, até então inexistente (PIERANGELLI 2004, p. 434).

A presunção da violência foi tema que recebeu estudos, culminando numa possibilidade de relativizá-la. Em face de se tratar de tema com imperiosidade e sendo cerne do estudo epigrafado, será abordada em capítulo apartado.

2.2.2 Um código penal que não chegou a viger

Resgata-se da história que, no ano de 1969, o Decreto-Lei n. 1.004 de 21 de outubro, formatou um Código Penal que restou por ficar vacante. Preconizado no art. 238 estava tipificado o estupro com mesma redação do art. 213 do Código Penal de 1940.

Este diploma legal seria revogado pela mensagem 78 do então Presidente da República, à época, em 30 de agosto de 1978. Em 11 de outubro de daquele ano era revogado o Código Penal de 1969 (PIERANGELLI, 2004, p. 638).

Por meio de lei, a revogação atingia, inclusive, as leis 6.016/73 e 6.063/74 que tinham parcialmente modificado aquele Código. Tinha a lei revogadora a seguinte redação:

> LEI Nº 6.578, DE 11 OUTUBRO DE 1978: Revoga o Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, e as Leis nºs 6.016, de 1973, e 6.063 de 1974.
> Art. 1º - Ficam revogados o Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal), e as Leis nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973, e 6.063, de 27 de junho de 1974.
> Art. 2º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 1978).

Segundo Affonso Celso Favoretto (2011, p. 34), em sua dissertação, afirma que "Quanto ao Código de 1969, o ponto mais relevante a ser destacado diz respeito à sua efetiva vigência no Brasil. Constatar-se-á que tal diploma legal acabou não entrando em vigor no ordenamento jurídico pátrio".

O Código Penal de 1969, como se constatou, foi um Decreto–Lei que, necessariamente, não teve sua vigência, sendo revogado em 1978.

Neste contexto da revogação do Decreto-Lei n. 1.004/69, ficaria então vigendo o Código Penal de 1940 com algumas alterações, segundo a lição de José Henrique Pierangelli (2004, 638) haja vista que "[...] o Código Penal de 1940, nas passagens reformuladas, se tornaria mais atualizado do que o vacante"

Com o intento, tão somente, de trazer para fins de conhecimento histórico, verifica-se que no Código Penal de 1969 há uma informação que merece evidência, mesmo que este diploma legal nunca tenha vigorado.

No art. 248, I, que tratava da violência presumida quando da prática do delito contra menores de 14 anos, verifica-se uma exceção expressa na lei. Assim estava descrito: "Art. 248. [...] I - não é maior de quatorze anos, salvo fundada suposição contrária do agente;". (BRASIL, 1969).

Neste sentido, teve o legislador o objetivo claro de trazer a possibilidade do erro de tipo junto à presunção de violência. Divergente do que se constata no art. 224 do Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940; PIERANGELLI, 2004, p. 589).

Por conta da revogação do Código Penal de 1969, em 1984 a Lei n. 7.209, de 11 de julho trouxe uma reforma ao Código Penal de 1940, composta com 120 artigos (BRASIL, 1984; COSTA, 2010, p. 171 e PIERANGELLI, 2004, p. 637).

2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS MUDANÇAS DO TÍTULO VI DO CÓDIGO PENAL

O Projeto de Lei do Senado Federal de n.º 253/04, publicado no Diário daquela Casa Legislativa, datado de 14 de setembro de 2004, tinha como escopo alterar o Título VI do Decreto-Lei n. 2.848 de 1940.

Trazia em seu bojo a justificativa para o escorreito trâmite legislativo. Desta justificativa extrai-se:

> [...] Tratava-se de reivindicação antiga dos grupos e entidades que lidam com a temática, sob o argumento de que a norma penal, além de desatualizada quanto a termos e enfoques, não atende a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento de sua sexualidade, em especial quando tais crimes são dirigidos contra crianças e adolescentes [...] (BRASIL, 2004).

Ainda, neste projeto coleta-se o entendimento aplicado para a mudança da nomenclatura do Título VI do *Codex* Penal, que assim asseverou: [...] Para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, pois delineiam o bem jurídico a ser tutelado [...] (BRASIL, 2004).

Em 2009, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, por meio do Relator Demóstenes Torres, apresentou o voto ao substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei em comento. Em apertada síntese, verifica-se que o voto aprovava este substitutivo da Câmara dos Deputados, com alterações concernentes a questões de redação e, ainda, restabelecia dispositivos contidos no Projeto original encaminhado pelo Senado Federal (BRASIL, 2009).

Em de 07 de agosto de 2009 é sancionada a Lei n. 12.015, com sua publicação em 10 do mesmo mês e ano.

É indiscutível inferir que tal norma jurídica apresentou mudanças significativas no ordenamento pátrio, seja ampliando o tipo penal do estupro, seja na proteção aos vulneráveis. (COSTA, 2010, p. 172).

O que se busca é trazer à luz os pontos específicos alterados, que nortearão o presente estudo, ratificando que todas merecem destaque em face de construir uma nova ótica acerca dos crimes contra a liberdade sexual.

Destas mudanças, há de se destacar a extirpação do termo "costumes" e conduzindo o título à dignidade sexual, a unificação do crime de estupro e atentado violento ao pudor bem como a classificação desse crime. Estando como cerne o estupro de vulnerável.

2.3.1 Dos crimes contra os costumes – título extirpado do CP

A primeira mudança emergida pela Lei n. 12.015/09 reside no título que abriga os dispositivos dos crimes contra a individualidade sexual.

Contava aquele Título com o termo *Dos crimes contra os costumes*. De acordo com Nelson Hungria o conceito para o vocábulo costumes:

> [...] é aí empregado para significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada a convivência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais. (HUNGRIA, 1959 apud GRECO, 2009, p. 463).

Ao perscrutar o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, de forma pura e simples, verifique-se que os costumes são "numa sociedade determinada, os comportamentos que são prescritos, **do ponto de vista moral"** (grifo nosso).

Segundo o Dicionário Jurídico do autor Marcus Cláudio Acquaviva (2006, p. 253), "[...] O termo costume deriva do latim *consuetudine*, de *consuetumine*, hábito, uso. É a prática social reiterada e considerada obrigatória".

O termo costumes inserido em 1940 no texto do Decreto-Lei n. 2.848 teve o objetivo de substituir o revogado Título Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das famílias e do Ultraje Público ao Pudor. Porém, conforme preleciona Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 11):

> [...] os costumes representavam a visão vetusta dos hábitos medianos e até puritanos da moral vigente, sob o ângulo da generalidade das pessoas, Inexistia qualquer critério para o estabelecimento de parâmetros comuns e denominadores comuns e denominadores abrangentes para nortear o foco dos *costumes* na sociedade brasileira.

Nesta mesma linha, em data anterior a Lei n. 12.015/09, que iria extirpar os "costumes" do Título VI do Código Penal, Rogério Greco já alertava os incautos legisladores que:

> A sociedade evolui e houve autêntica libertação dos apregoados costumes de modo que o Código Penal está a merecer uma reforma há muito tempo, inclusive no tocante à vetusta denominação crimes contra os costumes. O que o legislador deve policiar , à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que, para alguns, sejam imorais ou inadequados. (GRECO, 2009, p. 463).

Greco (2009) ainda sinaliza que o legislador teve a oportunidade de inovar por meio da Lei n. 11.106 em março de 2005, visando assim uma adequação escorreita do bem jurídico tutelado pelo Estado.

Então, pode-se verificar que mesmo com a mudança da terminologia de 1890 para a proposta em 1940, pouco se modificou, pois, a tutela dos costumes mais se aproximava de questões de moral e ética do que propriamente da tutela do verdadeiro bem jurídico ao qual o tipo penal se propunha, ou seja, da intimidade sexual.

2.3.2 Da dignidade

Antes de adentra ao tema central do Título VI ora vigente no Código Penal, isto é, a Dignidade Sexual, busca-se trazer o entendimento de dignidade da pessoa humana, com vistas a oferecer a amplitude deste termo.

2.3.2.1 Da dignidade da pessoa humana

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, já trazia em seu preâmbulo como consideração essencial, a dignidade humana, *in verbis*:

> Considerando que **o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana** e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.
> [...]
> Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, **sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana** e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla [...]. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, grifo nosso).

Ainda na Declaração Universal dos Direitos do Homem, pode-se verificar que os artigos I, XXII e XXIII, expressam a dignidade como norma basilar, estando dispostos, respectivamente, na dignidade igual a todos, na dignidade ao desenvolvimento da personalidade e na forma da obtenção de uma remuneração que possa oferecer condições dignas.

Prelecionam J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 198; 199) que:

> É a dignidade do ser humano não é jurídico-constitucionalmente apenas um princípio-limite. Ela tem um valor próprio e uma dimensão normativa específicos. Desde logo, está na base de concretizações do princípio antrópico ou personicêntrico, inerentes a muitos direitos fundamentais (direito á visa, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito à integridade física e psíquica, direito à identidade pessoal, direito à identidade genética). [...]
> A República baseada na dignidade da pessoa humana assume deveres públicos de proteção de pessoas em situações especiais propícias a graves atentados a essa dignidade [...].

A dignidade da pessoa humana está expressa no inciso III do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), como princípio fundamental.

Para entender acerca da dignidade inserida na Carta Magna, busca-se a lição de José Afonso da Silva (2006, p. 105):

> Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. "Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais" [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa obriga a uma densificação valorativa que tenha conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não a uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana a defesa dos direitos tradicionais [...].

Com mesmo entendimento Alexandre de Moraes preleciona que:

> [...] a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em

> detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2003, p. 41).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery dizem que o princípio da dignidade humana está firmado no art. 1º da CRFB/88 como fundamente da República brasileira, em face da proeminência que a dignidade da pessoa humana apresenta. Ainda asseveram que:

> Esse princípio não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação ou interpretações possíveis de normas postas. Ele é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico. (NERY JÚNIOR E NERY, 2007, p. 119).

Destarte, o alcance da dignidade da pessoa humana vai muito além de um entendimento ético-moral e de justiça, trata-se de um alicerce onde se funda uma sociedade balizada pela igualdade de direitos e deveres e o Estado dá guarida a estes.

2.3.2.2 Da dignidade sexual

Em substituição aos costumes, a dignidade sexual adveio com a Lei n. 12.015/09, sendo inserida como Título VI do Código Penal vigente. Contém, este título, quatro capítulos destinados a proteção da dignidade sexual: Dos crimes contra a liberdade sexual(I), Dos crimes sexuais contra vulnerável.(II), Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual (V) e Do ultraje público ao pudor (VI)

Segundo Guilherme Souza Nucci, a novel mudança emergida pela Lei n. 12.015/09 na qual:

> Alterou o Título VI foi positiva, passando a constar "Dos crimes contra a dignidade sexual". Dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra. A sua associação ao termo sexual, insere-se no contexto dos atos tendentes à satisfação da volúpia. [...] Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantido-lhe a

> liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência.(NUCCI, 2010, p. 14).

Na opinião de Maximiliano Roberto Ernesto Führer (2009, p.138):

> O legislador demonstrou ainda estar sob a influência dos antigos preconceitos morais que margeiam e bitolam a vida sexual do cidadão, perdendo a oportunidade de nomear o objeto jurídico dos crimes sexuais com o rigor científico necessário. O real objeto jurídico tutelado nos crimes sexuais é a *dignidade da pessoa humana*.
> Ora, não há confundir *dignidade da pessoa humana* com *dignidade sexual*. [...]
> Ou seja, a dignidade sexual, como fenômeno isolado, não existe. Dignidade da pessoa humana refere-se àquilo que qualifica a pessoa como tal, independente do papel ou posição assumidos sexualmente.

Para Damásio de Jesus a expressão "dignidade sexual" utilizada está em consonância com a sociedade. Acrescenta ainda que:

> Ao tratar nosso Código de crimes contra a "dignidade sexual", fica claro que se busca garantir a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual, a salvo de exploração, a intangibilidade ou identidade sexual, além do pleno e sadio desenvolvimento da personalidade, no que se refere a sexualidade do indivíduo".(JESUS, 1010, p. 122).

No entendimento de Fernando Capez (2010, p.21) a dignidade sexual deriva da dignidade da pessoa humana e se propaga no ordenamento jurídico, pois é o "valor da vida humana" o centro deste.

Ainda que haja discreta dissonância entre os autores, pode-se inferir que o bem jurídico tutelado está mais perto do que realmente se propôs o ditame legal, ou seja, dar guarida a dignidade da pessoa, ainda que não seja esta a nomenclatura adotada, porém bem mais contemporâneo que os costumes ora revogado.

Consoante os ensinamentos de Celso Delmanto e outros, a referida lei teve várias preocupações, podendo se destacar:

> 1) maior proteção penal aos menores de 18 anos e, notadamente, aos menores de 14, abolindo-se a presunção de violência, objeto de tantas discussões; 2) a ação penal nos crimes deste Título VI, em regra, passou a ser pública condicionada, sendo publica incondicionada quando a vítima for menor de 18 anos ou , de outra forma, vulnerável (CP art. 225); ou ainda, se houver lesão corporal grave ou morte (CP art. 101); 3) foi excluída a também criticada expressão "mulher virgem"antes prevista no parágrafo único do art. 215 do CP. (DELMANTO E OUTROS, 2010, p. 691).

Com sustentáculo ao exposto, pode-se inferir que a dignidade sexual, adveio, não apenas trazer os dispositivos legais em consonância com as realidades sociais, mas

crucialmente com o fito de inovar a nomenclatura que estava obsoleta em relação ao bem jurídico a ser tutelado.

A dignidade sexual, como pressuposto basilar da dignidade humana, é dever do Estado dar o devido zelo e guarda. Todavia, com a parcimônia que o princípio da intervenção mínima preconiza. Nas lições de Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 13):

> O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.

Os homens reúnem-se livremente para formar uma sociedade, então a intervenção do Estado ao aplicar as sanções penais deve estar adstrita a garantia da manutenção dos bens jurídicos tutelados.

2.3.3 A unificação do crime de estupro e atentado violento ao puder

É mister que se demonstre a unificação do tipo penal, considerando que o delito de estupro ganhou uma nova roupagem, englobando duas ações que estavam nos arts. 213 e 214 (este revogado) do Código Penal. Trata-se de um tema muito relevante e instigante, porém há, tão somente, de se trazer a essência desta mudança.

A redação dada pela Lei n. 12.015/09 no dispositivo penal que tipifica o crime de estupro, ficou assim sedimentada: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso".

Com esta nova redação dada pela lei em comento, na qual descreve como ação nuclear de "constranger alguém" insere neste dispositivo, como é cediço, a figura de haver a possibilidade de um sujeito passivo do sexo masculino, o que outrora era impossível dada redação específica do tipo penal ora revogado. (ISHIDA, 2009).

Preceitua Guilherme Souza Nucci (2010, p. 16) que, em face da unificação do crime de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal, o delito descrito hodiernamente como estupro restou como "toda forma de violência sexual praticada para qualquer fim libidinoso, incluindo por óbvio, a conjunção carnal".

Neste mesmo norte João José Leal e Roberto Leal (2010, p. 19) asseveram que:

> Ao promover a fusão tipológica do atentado violento ao pudor com o crime de estupro, o legislador preferiu o caminho de uma incriminação unificada das condutas praticadas com violência ou grave ameaça contra a liberdade sexual. Em síntese, são os coitos por via vaginal (conjunção carnal, na linguagem codificada), anal ou oral (referidos como "outros atos libidinosos", conforme a lei penal), praticados contra a vontade da vítima e que podem ser reunidos sob a denominação genérica de atos de violação da integridade sexual de outrem.

Nos ensinamentos de Rogério Greco, conjunção carnal:

> [...] tem o significado de união, de encontro do pênis do homem com a vagina da mulher, ou vice versa. Assim, o sujeito ativo no estupro, quando a finalidade for a conjunção carnal poderá ser tanto o homem quanto a mulher. No entanto, nesse caso, o sujeito passivo, obrigatoriamente, deverá ser do sexo oposto, pressupondo uma relação heterossexual. (GRECO, 2010, p. 583).

Ainda, Rogério Grego ensina que ato libidinoso:

> Na expressão outro ato libidinoso estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente. [...].
> No que diz respeito à prática de outro ato libidinoso, qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo, bem como sujeito passivo, tratando-se, nesta hipótese, de um delito comum. (GRECO, 2010, p. 582; 583).

Para o autor Fernando Capez o ato libidinoso:

> [...] compreende outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São coitos anormais (por exemplo, a cópula oral e anal), os quais constituem o crime autônomo de atentado violento ao pudor (CP, antigo art. 214). Pode-se afirmar que ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. [...]
> Também caracteriza ato libidinoso diverso da conjunção carnal a ação do agente que, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, beija a vítima de forma lasciva, ou apalpa seus seios ou nádegas, ou acaricia suas partes íntimas, ainda que esteja vestida. (CAPEZ, 2010, p. 26; 27).

Em síntese, havendo uma conjunção carnal (somente entre homem e mulher) ou qualquer outro ato libidinoso (podendo ser com ambos os sexos) com violência ou grave ameaça terá a tipificação penal de "estupro".

Outro ponto relevante que se pode destacar desta unificação dos tipos penais estupro e atentado violento ao pudor está na situação do agente que comete delituosamente a conjunção carnal e, no mesmo contexto, diversos atos libidinosos. Hodiernamente, em face da nova redação dada pela Lei n. 12.015/09 ao art. 213 temos, apenas, um crime único, o que outrora era um concurso de crimes (CAPEZ, 2010, p. 44).

Com mesmo entendimento Damásio de Jesus (2010, p. 135) leciona que antes do advento da lei "[...] não havia dúvida alguma de que o crime podia ser praticado em concurso com o revogado atentado violento ao pudor [...]". Porém, com esta unificação, trata-se de crime único "quando no mesmo contexto fático".

Na contramão deste entendimento Vicente Grego Filho apud Delmanto e outros (2010, p. 693) entende que não ocorreu mudança, podendo a conduta ser enquadrada na primeira e na segunda parte do art. 213 ora vigente, sustentado pelo "princípio da especialidade".

2.4 OS SUJEITOS CONTIDOS NO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL

Sob o Capítulo I do CP está o art. 213 com o tipo penal estupro, que acolheu a nova incumbência com o advento da Lei n. 12.015/09, com vistas a dar guarida a liberdade sexual do homem também. (NUCCI, 2006, p. 785).

Este tipo penal insculpido pela lei em comento abrangeu outras condutas que, até então eram alheias ao delito codificando-os como estupro. Balizado pela lição de Guilherme de Souza Nucci (2010), o ilícito pode ser cometido por homem contra homem, mulher contra homem e mulher contra mulher, levando ao entendimento que os sujeitos passivo e ativo podem ser tanto homem como mulher (NUCCI 2010).

Neste mesmo norte Celso Delmanto e outros (2010, p. 693) diz que o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, destacando que a mulher poderia agir como partícipe de um homem na conjunção carnal. Sendo, também, tanto homem como mulher o sujeito passivo.

Segundo Álvaro Mayrink da Costa (2010, p. 176) "[...] o sujeito ativo é sempre o homem, na primeira modalidade, compreendida como coito normal [...]. Na segunda modalidade integrada da fusão de tipos (estupro e atentado violento ao pudor) será pessoa (alguém) no que concerne a prática de *outro ato libidinoso*".

A classificação deste delito, hoje preconizado no art. 213 do CP, não é objeto deste tópico. Todavia, busca-se apenas aclarar que conjunção carnal é ato que somente pode ocorrer por meio de uma relação heterossexual, enquanto o ato libidinoso poderá ser com homens ou com mulheres. Nesta senda traz-se algumas posições doutrinárias concernente a este tema.

Da obra de Damásio de Jesus (2011, p. 127) extrai-se que o delito de estupro agora é classificado como comum.

Com mesma essência, Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 17) assevera que "o crime passa a ser comum (pode ser cometido por qualquer pessoa)".

Para Rogério Grego (2010, p. 583) há um delito comum quando se trata da segunda parte do artigo, pois trata de outro ato libidinoso. Sendo a primeira parte do artigo há a obrigatoriedade de uma relação heterossexual, pois ali está contida a ação "conjunção carnal".

Neste mesmo norte, o autor João José Leal e Roberto Leal, ensinam que a primeira parte do art. 213, onde trata da conjunção carnal tem:

> Nesta forma típica, o estupro continua classificado como duplamente próprio**,** sujeito ativo continua sendo somente o homem, admitindo-se que a mulher passa ser coautora ou partícipe do crime, e sujeito passivo da infração só pode ser a mulher. (LEAL; LEAL, 2010, p. 21)

Lições estas que merecem destaque, haja vista que o dispositivo legal apresenta uma só ação nuclear (constranger), porém, com duas formas típicas (conjunção carnal e ato libidinoso). Logo, ao que parece mais bem acertado é que se está diante de um crime próprio na primeira parte do artigo, pois depende de uma relação entre um homem e uma mulher e, na segunda parte um crime comum.

2.4.1 Objeto jurídico a ser tutelado no crime de estupro

Na lição de Celso Delmanto e outros (2010, p. 692), o delito de estupro contido no art. 213 do Código Penal o seu objeto jurídico reside em tutelar a "liberdade sexual" do ser humano (homem ou mulher).

Segundo Rogério Greco (2010, p. 582) com a superveniência da Lei n. 12.015/09 estão sendo tutelados tanto a liberdade como a dignidade sexual.

Para Fernando Capez (2010, p. 25) "[...] o estupro passou a abranger a prática de qualquer ato libidinoso, conjunção carnal ou não, ampliando sua tutela legal para abarcar não só a liberdade sexual da mulher, mas também a do homem".

Aluízio Bezerra Filho (2010, p. 25) também leciona este entendimento concernente ao objeto jurídico contido no novo tipo pela do estupro é a liberdade sexual.

Neste mesmo norte caminham João José Leal e Roberto Leal (2009, p. 23) que lecionam "[...] como objetivo jurídico a integridade e liberdade sexual, com o fim de garantir a dignidade sexual". Porém, é de bom alvitre destacar que estes autores entendem que na primeira parte do art. 213 o objeto jurídico cinge-se a liberdade sexual e **dignidade sexual feminina.**

Como fito de trazer uma lição acerca de liberdade sexual, busca-se nos ensinamentos de Mariano Jimenez Huerta uma definição irreprochável, *in verbis*:

> A liberdade de amar é a faculdade inerente ao ser humano e nobilíssimo atributo de sua personalidade, que se exterioriza no plano pessoal, que ao indivíduo incumbe manter relações amorosas com quem bem lhe parecer, de interrompê-las livremente, de não ter quem não for de seu agrado ou de se abster temporária ou permanentemente de toda relação sexual. (HUERTA, 1979 apud FÜHRER, 2009, p.118).

Muito se destacou acerca da liberdade sexual, mas tal conceito ainda restava por ser aclarado. E, a conceituação oferecida por Jimenez Huerta deixou límpido que se trata da liberdade de cada um em ter as relações sexuais na forma e condições de seu entendimento, bem como de não as ter.

Com o intento de erigir o tema central do trabalho pode-se observar que, desde os primeiros relatos de estupro até os dias atuais, é um crime que permeia a sociedade e que causa uma repulsa.

Não se pode estar arraigados de moralismos para qualquer estudo, sob pena de comprometimento de seu resultado, logo a assertiva central é que as mudanças nas legislações visaram – e visam – dar a maior guarida ao bem jurídico que o Estado tem o dever de manter incólume.

3 A *FICTO IURIS* DO ART. 224 [REVOGADO] E A SUA RELATIVIZAÇÃO

Este capítulo tem o escopo de trazer a lume a ficção legal da presunção da violência contida no art. 224 do CP, bem como os ensinamentos que culminaram na sua relativização. Tal instituto teve sua vigência até sua revogação expressa pela Lei n. 12.015/09.

Para intelecção acerca da "ficção jurídica", traz-se uma definição posta de Ângela Maria da Motta Pacheco (2006, p. 244) que "[...] consiste em equiparar, voluntariamente, algo que se sabe que é desigual, a uma determinada realidade jurídica. Aquele que cria a ficção conhece a desigualdade daquilo que vai equiparar".

Na obra de Julio Fabbrini Mirabete (2003, p. 70) pode-se verificar que na exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 2.848 de 1940, contido no inciso 70, houve a presunção de violência e a redução do limite da vítima para 14 anos, lastreado por um apelo social contemporâneo. Também, deve-se trazer que o sustentáculo da ficção jurídica resida na *innocentia concilli* quando da tutela dos menores de 14 anos, ou seja, "[...] a sua completa inocência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento".

Neste mesmo norte José Henrique Pierangelli assevera que era notório o entendimento e a preocupação do legislador em dar guarida aos menores e a violência ficta era o mecanismo majorado em face da situação em que se encontrava a vítima:

> Na identificação dos crimes contra a liberdade sexual é presumida a violência (art. 224) quando a vítima: a) não é maior de 14 anos. [...] Como se vê, o **projeto diverge substancialmente da lei atual**; reduz, para efeito da presunção da violência, o limite da idade da vítima e amplia os casos de tal presunção. [...] O fundamento da ficção legal, 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. (PIERANGELLI, 2004, p. 434, grifo nosso).

A violência ficta contida no dispositivo legal 224 do Código Penal de 1940, e lá esteve até sua revogação em 2009, foi objeto de muitas discussões. O fundamento para a ficção legal da violência presumida reside na *innocentia consilii* (COSTA, 2010, p. 170).

A primeira constatação de presunção de violência está registrada no Código de 1890, quando o art. 272 trazia esta presunção nos delitos cometidos contra menores de 16 anos. Porém, ressalta-se que tal dispositivo estava albergado no Capítulo II – **Do Rapto**, mas

seu texto legal era remissivo ao Capítulo I – **Da Violência Carnal**. (PIERANGELLI, 2005, P. 832).

Porém, é de bom alvitre, sempre, atentar que capítulo tem toda sua contextualização em um dispositivo que não mais vige em face de sua revogação expressa, logo, por conseguinte, toda a doutrina é épica de sua vigência. Mas, a proeminência de se estudar este instituto da ficção legal da presunção de violência reside no fato de a relativização desta ainda ecoar no dispositivo legal que tem, hodiernamente, a prerrogativa de tutelar aqueles sujeitos passivos que outrora estavam contidos no art. 224 do CP.

3.1 A BUSCA INEXITOSA DE UMA CODIFICAÇÃO DE NORMA ABSOLUTA PARA PROTEÇÃO DOS MENORES DE 14 ANOS, DOS ALIENADOS E DÉBEIS MENTAIS.

Busca-se trazer a essência de um tema que poderia passar despercebido. Todavia, constitui fator relevante concernente a ficção legal da presunção da violência, isto é, se esta restava por absoluta ou relativa.

Nesta linha, verifica-se que no ano de 1996, por iniciativa da Deputada Benedita da Silva foi proposto o Projeto de Lei do Senado Federal (PLS). Tal projeto visava uma modificação significativa no art. 224 do CP. Apresentado no Senado Federal sob o Projeto de Lei 135/96, tinha o escopo de dar a seguinte redação a este dispositivo em comento:

> Art. 224 – Presume-se a violência:
> I – **absoluta** se a vítima:
> a) não é maior de quatorze anos;
> b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstancia.
> II – **relativa** se a vítima não pode por qualquer outra causa oferecer resistência. (BRASIL, 1996, grifo nosso).

Este projeto foi levado à Câmara dos Deputados Federais em 18 de junho de 1997, por meio do Projeto de Lei n.º 3.189/1997, sendo apreciado e votado favoravelmente pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania daquela Casa em 30/11/1999 sem nenhuma mudança no texto original do Senado Federal.

Depreende-se que tal projeto poderia findar qualquer discussão da violência presumida se esta tinha a prerrogativa de norma absoluta ou relativa. Daí a proeminência de se trazer este fato histórico ao presente estudo.

Todavia, em 19 de julho de 2000 a Casa Civil da Presidência da República emitiu a mensagem 970/2000, apresentando à Presidência do Senado o veto ao Projeto e sua necessária fundamentação. Trazia estas razões:

> Essa presunção de violência, nas três hipóteses do art. 224 do Código Penal é, sem dúvida, em **sede doutrinária, considerada relativa**, cedendo na situação de o agente incidir em erro quanto à idade da menor, erro plenamente justificado pelas circunstâncias.
> Tem-se conhecimento de certa tendência, no sentido de rever-se esse conceito de violência presumida, a despeito de que 'quem não pode querer, também não pode não querer', em que pesem entendimentos contrários.
> Todavia, com o respeito devido ao ilustre proponente, o projeto, em questão, não consegue arredar as dúvidas e as dificuldades encontradas na matéria, por não alterar estruturalmente o texto legal vigente, mesmo com suas possíveis falhas, sequer torná-lo mais compreensivo e menos controvertido.
> As exposições de motivos e justificativas, ambas de alto nível, são, sem dúvida, coerentes, muito bem fundamentadas, mas o texto apresentado para substituir o vigente não atende, no sentido de solucionar os problemas enfrentados diariamente nos tribunais.
> É de se notar que, além de inócua, por falta de atribuição de conseqüências específicas para cada uma das hipóteses que prevê, a norma proposta estabelece uma gradação da violência presumida, classificando-a como absoluta e relativa, o que parece ser absolutamente despropositado do ponto de vista do Direito Penal.
> Poder-se-ia falar, isto sim, na presunção absoluta ou relativa da violência, figura já contemplada em nosso ordenamento, e absolutamente distinta da prevista no Projeto de Lei de que ora se trata.
> Nesse sentido, somos, **até que surjam propostas mais convincentes, pela manutenção do texto legal vigente**. (BRASIL, 2000, grifo nosso).

Balizado pelo que trouxe o veto emanado pelo Executivo Federal, pode-se inferir que ainda que houvesse um texto legal em desacordo com a realidade e, não seria a positivação de uma norma de presunção absoluta que iria cerrar a celeuma, pois, em face de ausência de sanção específica a cada conduta, ainda estaria em descompasso e daria "gradação" das violências quando atribuídas na forma presumida.

Relevante trazer que o texto do veto presidencial já coloca de forma límpida que a natureza da presunção da violência do art. 224 do CP é, doutrinariamente, relativa. Nesta senda, buscar-se-á, alhures, aludir acerca destas doutrinas que assim se posicionavam.

Este tema findou quando em 26/05/2004 quando o Congresso Nacional manteve o veto presidencial, ficando mantido o texto do art. 224 do CP (BRASIL, 2004).

Não se pode negar que o tema sempre trouxe inquietações a pesquisadores, legisladores e operadores do direito, uma vez que a presunção da violência buscou tutelar os sujeitos que até então não tinham esta guarida específica. Todavia, a discussão ainda permearia nas doutrinas e nas jurisprudências. Seria então, somente, a revogação que o advento da Lei n. 12.015/09 que poderia findar estas questões?

A resposta é uma questão que se busca desenvolver com o presente estudo, quando se deve verificar quais eram os sujeitos passivos que estavam com a proteção da violência presumida, bem como se posicionaram os *decisuns* e doutrinas acerca da possibilidade de relativização da presunção da violência.

3.2 OS SUJEITOS ELENCADOS NA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

O legislador ao adotar a ficção da presunção de violência repousada no art. 224 do CP deu preferência em atribuir um agravamento ao ato cometido contra sujeitos que por si só careciam de uma tutela especial.

Na lição de Nélson Hungria (1959, p. 235) a violência presumida foi "[...] fiel a um tradicional critério jurídico-penal, que remonta a CARPSOVIO, o Código presume ou finge a violências, nos crimes sexuais [...]".

A presunção de violência poderia ocorrer em hipóteses elencadas nas alíneas do art. 224 do CP, que estavam assim descritas: a)Não é maior de 14 anos; b) É alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; e c) Não podia, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Neste sentido, passar-se-á a estudar cada uma destas hipóteses, com o fito de entender qual a pretensão da tutela especial para estes sujeitos.

3.2.1 Menores de quatorze anos

Como já se constatou a proteção dos menores de 14 anos foi uma inovação feita pelo legislador a partir do Código de 1940, pois as leis penais anteriores nada mencionava, de forma expressa para menores de 14 anos, acerca de um rigorismo quando da prática de um delito sexual contra menores. A única citação legal tutelava, apenas, (Código Penal de 1890) os menores de 16 anos.

Para Regis Luiz Prado (2006, p. 244) a alínea "a" do art. 224 do CP teve o condão de presumir a violência "quando a vítima não é maior de quatorze anos [...], estendendo-se a

proteção legal até a data em que se atinge essa idade", sendo que a seu consentimento não era valorado em face da inocência que a vítima possui.

Em mesmo entendimento a lição de Fernando Capez (2005, p. 59) diz que "o menor de idade, pela imaturidade, não pode validamente consentir na prática dos atos sexuais".

Neste diapasão Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 896) vem corroborar concernente "A pessoa menor de 14 anos, diante da flagrante imaturidade, não tem condições de discernir a respeito do caminho ideal a seguir, quando decide manter uma relação sexual".

Daí, a intelecção de que quis o legislador presumir a violência para proteção dos menores de 14 anos, ainda que com consentimento deste era inócuo em face de a vítima não ter o devido discernimento do ato praticado.

Nos ensinamentos de Maximiliano Roberto Ernesto Führer e Maximilianus Cláudio Américo Führer (2008, p. 621) asseveram que a presunção consiste quando a vítima tem menos de 15 anos.

Dissonante, o autor Nélson Hungria (1959, p. 239) preleciona que "[...] o texto legal usa a expressão 'não maior de 14 anos', isto é, a proteção amplia-se até o dia em que o menor completa 14 anos".

Neste mesmo norte Rogério Greco (2009, p. 551) leciona que "[...] a data limite para que se leve a efeito o raciocínio relativo à presunção de violência é de 14 (quatorze) completos".

Numa leitura do texto legal e em acompanhamento da doutrina (NUCCI, GRECCO, HUNGRIA) o entendimento permite trazer que são de 14 anos a data limite, ou seja, após completar 14 anos e um dia a proteção restaria por inócua no tocante ao dispositivo em comento.

3.2.2 Quando a vítima é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância.

Também tinha a presunção de violência quando a vítima tinha uma alienação mental e o agente ativo tinha conhecimento desta circunstância.

Na lição de Maximiliano Roberto Ernesto Führer e Maximilianus Cláudio Américo Führer (2008, p. 621) há uma linha divisória entre "alienado" e "débil". Sendo este

uma patologia de “oligofrenia”, e aquele o vulgarmente “louco” que em face desta doença mental não tem qualquer entendimento da “realidade ou anula a capacidade de autodeterminação”. Todavia, ressalta o que já se verifica no texto legal, isto é, a imprescindibilidade de o agente ter plena ciência desta incapacidade mental, visto que não se caracteriza o dolo eventual, tão somente, o dolo direto.

Para Nélson Hungria (1959, 238) “[...] também aqui, há ausência de consentimento válido [...]”.

Nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 904) “[...] a alienação mental pode ser de qualquer espécie, desde que retire da vítima a capacidade de discernimento”. Leva o autor este mesmo entendimento quando da avaliação do débil mental.

Mas para que haja a comprovação da incapacidade mental contido no inciso II do art. 224 do CP faz-se necessário a sua comprovação por meio de perícia.

O autor Fernando Capez (2006, p. 63) ensina que “A alienação ou debilidade mental devem ser comprovadas mediante laudo pericial, sob pena de não restar comprovada a materialidade do crime”.

Neste mesmo norte Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 49) afirma ser inafastável o exame pericial para comprovação do estado de incapacidade mental da vítima, pois tal delito exige o dolo direto e só assim poder-se-ia configurá-lo no tipo penal específico.

Com mesma essência o autor Fernando Capez (2006, p. 63) ensina que “A alienação ou debilidade mental devem ser comprovadas mediante laudo pericial, sob pena de não restar comprovada a materialidade do crime”.

Com sustentáculo nos autores mencionados é que se pode depreender acerca de a debilidade mental ou alienação ser um fator para aplicabilidade da presunção de violência do art. 224 do CP. Todavia, não restou qualquer evidência acerca de imprescindibilidade desta enfermidade estar devidamente comprovada mediante perícia. Ainda, de aclarar o *quantum* esta debilidade cercearia a capacidade para o escorreito discernimento da vítima.

3.2.3 Quando a vítima não podia, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

A última hipótese que o art. 224 do CP trouxe para aplicar a presunção de violência era quando a vítima não podia oferecer resistência. Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 890) ensina que esta hipótese é quando a vítima não consegue oferecer resistência a

ação do agente causado do delito como, *v.g.* nos caso de a vítima estar sob a influência de alguma sustância psicoativa.

Na preleção de Celso Delmanto e outros (2002, p. 482) verifica-se que em caso de a vítima estar a "inibição de resistência" de seu genitor haverá, por óbvio, a presunção de violência, pois daí decorre o fato de a vítima não poder oferecer resistência ao ato. Ainda, alerta que no caso dos efeitos de embriaguez deve ser considerado, o fato desta ocorrer de forma provocada pelo agente para poder configurar a ficção da violência.

Neste diapasão busca-se a lição a Julio Fabbbrini Mirabete que, vem asseverar sobre quando há um temor em relação ao sujeito ativo, configura-se a presunção pelo fato de a vítima estar sem meios para oferecer resistência, conforme julgado abaixo transcrito:

> Vítima em temor reverencial: crime caracterizado – TJSP: "Estupro. Violência presumida. Temor reverencial. Acusado que vivia amasiado com a mãe da vítima desde tenra idade desta. Condenação mantida. Inteligência dos arts. 231 e 224, a, do Código Penal. O pai ou aquele que por circunstâncias várias se colocam de fato nessa posição, quando constrange a filha ou enteada a manter relações sexuais comete estupro pelo temor reverencial" (RT 492/311). (MIRABETE, 2003, p. 1628).

Axiomático que há a necessidade de se provar que havia impossibilidade de oferecer a resistência, não cabendo ficar no campo abstrato da hipótese (JESUS, 2007).

Para o autor Julio Fabbbrini Mirabete (2003, p. 1629) "[...] deve fluir de causa certa, determinada com todo o rigor probatório, não podendo ser inferida por conjecturas [...]".

Ademais, quando a embriaguez é voluntária e no caso do ofendido participar de orgias sexuais não é cabível buscar a proteção da lei (NUCCI, 2008).

Em apertada síntese, infere-se que a tutela descrita na alínea "c" do art. 224 do CP está para aquela vítima que não buscou por meios próprios a embriaguez ou a mitigação de uma possível resistência que deveria em tese, oferecer, se fosse vitimada pela prática de um ato contra sua sexualidade. Pois, como se constatou, no caso contrário, a guarida lei não a ampararia.

3.3 AS POSSIBILIDADES QUE A RELATIVIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PRESUMIDA ESTAVA PRESENTE.

Pôde-se analisar que a presunção de violência dava guarida a uma especificidade de sujeitos passivos, quais sejam: os menores de 14 anos, os alienados ou débeis mentais e aqueles que não conseguiam oferecer resistência.

Também verificou-se que a norma não conseguiu erigir uma presunção absoluta quando proposta pelo legislador, culminando na manutenção do texto original proclamado em 1940, inclusive com uma razão de que se tratava de natureza relativa sua essência.

A doutrina e a jurisprudência trouxeram grande contribuição, quando buscaram adentrar nas questões da relativização de presunção de violência, pois a norma permitia esta discussão quando da aplicação no campo fático.

Não obstante de a norma jamais preconizar que se tratava de uma presunção absoluta. Todavia, couberam as aplicações das possibilidades de relativizar esta presunção aos estudiosos dos casos, logo, por conseguinte, a jurisdição veio ao encontro de muitas destas vertentes.

3.3.1 A relativização da presunção de violência – doutrina e jurisprudência.

A construção doutrinária e jurisprudencial caminham, comumente, no mesmo andar da sociedade. Logo, as vicissitudes sociais encontram guarida nestas construções (COSTA, 2010). Neste sentir é que se busca trazer à luz os ensinamentos e julgados que firmaram a possibilidade de relativização da presunção de violência do art. 224 do CP.

Como já se constatou a questão da relativização foi palco de muitas controvérsias, pois não estava descrito expressamente no texto legal tal figura de norma absoluta – com quis o legislador em 1996 –, daí a buscar nas lições da doutrina e de acórdãos e posterior jurisprudências, se a norma tinha o natureza *iuris et de iure* ou se cederia lugar a uma norma *iuris tantum,* isto é, cabendo sua relativização.

Discorrido, preteritamente, as hipóteses em que o legislador elencou como sujeitos que estavam sob a égide da presunção de violência. Daí verifica-se em quais situações se poderia entender como relativa esta ficção jurídica.

Ao perquirir os ensinamentos de Magalhães Noronha apud Nélson Hungria (1943; 1959, p. 239) já se verifica que o autor afirmava, em sua obra, que “a presunção estabelecida na letra *a* do art. 224 não é *absoluta*, mas *relativa*”.

Com vistas a trazer as questões de possibilidade de relativização, quando da alínea *a* do art. 224 do CP, busca-se na lição de Julio Fabbrini Mirabete (2003, p. 1616; 1617) que, em sua obra Código Penal interpretado, traz várias decisões registradas na Revista dos Tribunais, as quais se selecionam:

> STJ: "No crime de estupro, a presunção de violência prevista no art. 224, a, do CP é relativa. Assim, pode ser afastada se a vítima, **ainda que com 12 anos** de idade, **não era ingênua ou inexperiente e tinha capacidade de autodeterminação**, com clara ciência da importância do ato que praticaria" (**RT** 762/580).
> TJGO: "A presunção de violência inserida no art. 224, a, do CP, deve ser analisada caso a caso concretamente. Para caracterização do crime de estupro com violência presumida, necessário se faz que, **além se der a vítima menor de 14 anos de idade, seja ela recatada, inocente e ingênua a respeito de sexo**". (**RT** 763/627).
> TJSC: "Crime contra os costumes – Estupro – Violência presumida (art. 224, a, do CP) – delito não caracterizado – Vítima menor de 14 anos de idade que, entretanto, demonstrou ter consentido na consumação do ato sexual – Absolvição decretada – Recurso provido. '...a tais situações de relativização da presunção deve ser acrescida uma outra, ou seja, exclui-se a presunção da violência,quando a pessoa da ofendida, **embora com menos de 14 anos de idade, deixa claro e patente ter maturidade suficiente para exercer a sua capacidade de autodeterminar-se no terreno da sexualidade**.Se dela partir a iniciativa ou a provocação do ato sexual, ou se ela aderir prontamente ao convite de caráter sexual que o agente lhe dirige, construiria um verdadeiro contra-senso entender que sofreu violência [...]" (**RT** 678/411). [...]
> TJSC: "**A presunção da violência da aliena a, do art. 224, do Código Penal tem caráter relativo**, pois esbarra em uma delicada, porém sensata situação. *In casu*, o desenvolvimento físico e intelectual de uma jovem menor de 14 anos, mas que demonstra maturidade muito superior à do próprio réu, apenas cronologicamente mais idoso (21 anos à época), **longe de ser uma inocente criança**, esta sim, a tutelada pelo dispositivo em questão (*innocentia consilii*). O consentimento, nesta hipótese, não pode ser considerado nulo [...] (**RJTRSC** 4/337). Grifo nosso.

Acrescenta-se a lição de Luiz Regis Prado que, vem corroborar com a intelecção da relativização da violência ficta, que se transcreve:

> [...] sob pena de conflitarem lei e realidade social "não se pode mais afirmar que se exclui completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo da pessoa ofendida, de seu consentimento, sob o pretexto de que continua não podendo dispor livremente de seu corpo, por faltar-lhe capacidade fisiológica e psico-ética", logo, **em face do conhecimento do adolescente nessa faixa etária sobre sexo, há que se relativizar a presunção legal quanto à violência.**
> Tal entendimento **é hoje predominante na doutrina**, de modo que se a vítima, apesar de contar com menos de quatorze anos, é experiente em assuntos sexuais, ou se atingiu maturidade suficiente para discernir se lhe é conveniente ou não praticar o ato libidinoso, descaracteriza-se o delito (PRADO, 2006, p. 245; 246, grifo nosso).

Os ensinamentos de Fernando Capez trazem entendimentos de hipóteses em que se pode caminhar no entendimento de uma presunção relativa quanto se está diante da aliena "a" do art. 224 do CP:

> A tendência **da doutrina é emprestar valor relativo a essa presunção** (*juris tantum*), corrente esta minoritariamente partilhada pela jurisprudência. Tem-se, assim, afastado essa presunção nas seguintes hipóteses: vítima que apresentava ser maior de idade; que era experiente na prática sexual; que já se demonstrava corrompida; vítima que forçou o agente a possuí-la; que se mostrava despudorada, devassa. (CAPEZ, 2008, p. 64, grifo nosso)

Depreende-se que, nas análises das doutrinas ora perscrutadas, a relativização é constante e bem delineada. Ainda, observa-se que tal entendimento remonta a lição datada de 1943 (HUNGRIA), não se podendo excluir esta situação quando do campo fático.

Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 49) afirma que nossa Carta Magna não acolheu a presunção absoluta para a ficção jurídica da violência do art. 224 do CP, *in verbis*:

> O princípio do contraditório e a presunção que não admite prova em contrário , *juris et de jure*, são noções antitéticas. Assim **a Constituição de 1988 não recepcionou a presunção *jure et de jure* para exegese do art. 224, a, do CP**. Violência ficta haverá, sim, quando a vítima, na faixa etária cogitada, for mesmo incapaz de consentir. Muitas vezes essa presunção exsurge nítida, preto no branco, em relação, por exemplo, a uma vítima de dez ou onze anos. Todavia, há uma área cinzenta, em que não se pode desconsiderar a prova favorável ao acusado (TJDF, AC, Rel Otávio Augusto, RT, 733:629) (BITENCOURT, 2008, P. 49, grifo nosso).

A lição de Maximiliano Roberto Ernesto Führer (2008, p. 621) acrescenta que "[...] os tribunais tem temperado esta presunção quando a vítima se aproxima de 12 anos e ostenta discernimento e completo desenvolvimento sexual. Nestas hipóteses a presunção deixou de ser absoluta".

O que se depreende é que há uma condição nos menores de 14 anos que possibilitam a relativização da presunção de violência. Seja sua autodeterminação, sua experiência ou até maturidade de discernimento do ato que está praticando.

Para fazer alusão no que tange às práticas sexuais estarem cada vez mais permeando as adolescentes, traz-se matéria publicada na Episteme da Universidade do Sul de Santa Catarina, por Leandro Castro Oltramari (1993, p. 178) que afirma:

> De maneira geral, as mulheres começam a se prostituir quando entram na adolescência. Não há uma regra geral. Mas nas boates é muito restrito o acesso dessa meninas adolescentes à atividade, pois a sua presença nelas é ilegal e atrai a polícia. Apesar da prostituição infantil ser ilegal, há uma busca de pessoas por serviços sexuais de adolescentes.

Nelson Hungria (1959, p. 241) assevera que "[...] na letra b, é exigido, para subsistência da presunção, o pleno conhecimento da alienação ou da debilidade mental da vítima. Nesta última hipótese, não basta o dolo eventual [...]".

Logo, com base no autor mencionado pode-se inferir que a relativização não residia, tão somente, na alínea "a" do art. 224 do CP. Poder-se-ia contatar, também, na aliena "b" do referido artigo, que tratou da tutela dos débeis ou alienados mentais.

Em complemento, o Nelson Hungria afirma que: "Não basta, para o efeito da presunção de violência, que a vítima seja uma alienada ou débil mental: é necessário, como já foi acentuado, que o agente conheça tal circunstância" (HUNGRIA, p. 243).

Há de se buscar arestos cotejados por Julio Fabbrini Mirabete (2003, p. 1624; 1625), que trilham sob o mesmo caminho:

> TJRS: "Estupro com violência presumida. Requisitos. Para a caracterização do delito de estupro com violência presumida, na forma do art. 224, b, do CP, são necessários dois requisitos: laudo pericial devidamente fundamentado, confirmando doença mental que retire da vítima sua capacidade de convívio social, e, também **prova cabal de que tal doença era do conhecimento do agente**" (RJTJERGS 174/179).
> TJSP: "O reconhecimento da presunção de violência há de resultar de prova segura, e que **fique evidente a debilidade mental aparente da vítima e que o agente dessa circunstância,** nos expresso ermos do art. 224, b, do Código Penal". (**JTJ** 164/297)
> TJSP: "Estupro – Presunção de violência – Vítima deficiente mental – Necessidade de que **o agente tenha conhecimento inequívoco acerca dessa circunstância** – Interpretação do Art. 224, b, do CP [...] Conforme se depreende da leitura do art. 224, b, do CP, nos crimes de estupro, para que se acolha a presunção de violência decorrente de deficiência mental da vítima, é de rigor o conhecimento inequívoco do agente acerca dessa circunstância". (**RT** 780/576). Grifo nosso.

Quando faz referência acerca da imprescindibilidade de haver exame pericial bem como de o agente ter pleno conhecimento acerca da debilidade mental da vítima, Luiz Regis Prado (2008, p. 247) preleciona que:

> A **presunção, no caso, é relativa**, já que a norma requer que o agente saiba que a vítima sofre de doença mental e, portanto, deve ser ela aparente, para que qualquer pessoa leiga em psiquiatria possa conhecê-la, sendo imprescindível que a vítima seja submetida a exame médico-legal, a fim de que se possa aferir o grau de sua anomalia. Grifo nosso.

Neste diapasão Fernando Capez leciona (2008, p. 69) que:

> [...] é necessário que a vítima seja alienada ou débil mental, a ponto de ter inteiramente abolida sua capacidade de entendimento ou de governa-se de acordo com essa compreensão, sendo necessário que o agente conheça esta circunstância. **A presunção da violência aqui também é relativa**, pois o próprio dispositivo exige que o agente tenha efetivo conhecimento do estado anormal da vítima, não sendo suficiente o dolo eventual. Grifo nosso.

Nos ensinamentos de Roberto Ernesto Führer (2008, p. 621, grifo nosso) constata-se que quando a vítima não pode oferecer resistência por quaisquer motivos, *v.g*., estado de embriaguez ou outras drogas análogas, "A presunção, aqui, **é também relativa** e exige perícia que ateste a incapacidade da vítima de reagir ao agente".

Em mesma linha de entendimento, os ensinamentos de Luiz Regis Prado vêm corroborar que

> A presunção de violência **descrita na alínea *c* é também relativa**, impondo-se aqui prova de que a vítima se encontrava naquela situação quando da prática do delito e, conseqüentemente, de que estava impossibilitada de se defender, vez que se comprovado que de alguma forma tinha condições de, manifestar o seu dissenso e não fez, não se caracterizará o delito. (PRADO, 2008, p. 248, grifo nosso).

Fernando Capez (2008, p. 69) diz, tão somente, o já consagrado pelos autores retro mencionados, ou seja, que na alínea "c" do art. 224 do CP reside, também, uma possibilidade para que se relativize a presunção de violência.

Para acrescentar, faz-se imperioso trazer o que preleciona Magalhães Noronha (1998, p. 191, grifo nosso) que "Além dessas considerações contra absoluta de presunção, ala, a nosso pensar, a circunstância de que, se se punisse sempre o que tivesse contato carnal com um menor, estaríamos consagrando **a responsabilidade objetiva**, coisa, entretanto, que nossa lei repudia [...].

Sendo a Constituição Federal de 1988 o norteador jurídico, logo sua prevalência é medida que se impõe. O julgador, por mais que esteja arraigado em conceitos valorativos, fica, ainda, adstrito às normas.

No tocante ao entendimento de julgar leciona Gabriel Antinolfi Divan que (2010, p.141):

> É necessário assumir que, "se a exegese envolve ator e texto, no momento judicante a situação vai, agressivamente, muito mais longe no que tange á sexualidade", uma vez que a própria sexualidade do julgador está sempre presente nos jogos discursivos e cognitivos da decisão judicial, ainda que este se proponha (inutilmente) a lançar mão de um discurso *"aerótico e ilibado (sem libido)"*.

Acerca do ato de julgar o autor acrescenta, ainda, que:

> No ato de julgar, em se tratando de crimes contra a liberdade sexual, é identificável, por vezes, muito da velha histeria idealizada por Freud quanto dos aborígenes que afrontavam a tabu e invocavam assim o desespero psíquico dos demais membros da tribo. (DIVAN, 2010, p. 143).

Ainda que não fosse um entendimento uníssono, verifica-se que os julgados começaram a apreciar e proclamar a relativização da presunção da violência, conforme já descrito pelas doutrinas perquiridas.

O *writ* constitucional HC n. 73.662/MG, julgado pela Corte Maior, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, apresentou entendimento pela relativização da violência ficta, especificamente acerca da alínea *a* do art. 224 do CP, considerando a hipótese de a vítima ter consentido com a prática sexual e já ter mantido outras relações, *in verbis:*

> COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça -artigo 213 do Código Penal**. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa.** Confessada ou demonstrada 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.
> [...] O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto se constatar que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. 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. Àquela 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 cinqüenta 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. [...] **Portanto, é de se ver que já não socorre a 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. [...] (BRASIL, 1996, grifo nosso).

Após a decisão do Excelso Pretório, o norte para outras decisões foi inevitável. Recentemente, ainda sob a égide do revogado art. 224 do CP, o Superior Tribunal de Justiça, julgando um Recuso Especial, sob a relatoria do Ministro. Og Fernandes, sendo recorrente o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e recorrido C N de A, assim decidiu:

> RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. **ABSOLVIÇÃO**. PRETENDIDA REFORMA. INVIABILIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009. **RELATIVIZAÇÃO**. POSSIBILIDADE DIANTE DAS PECULIARIDADES DA CAUSA.
> 1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, "a", do Código Penal (hoje revogado pela Lei nº 12.015/2009), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de quatorze e maior de doze anos de idade.
> Precedentes.
> 2. O Tribunal de origem, ao preservar o *decisum* absolutório de primeiro grau, fundou suas razões no fato de que a vítima, então com 13 anos de idade, mantinha um envolvimento amoroso de aproximadamente 2 meses com o acusado. Asseverou-se que a menor fugiu espontaneamente da casa dos pais para residir com o denunciado, **ocasião em que teria consentido com os atos praticados, afirmando em suas declarações que pretendia, inclusive, casar-se com o Réu.**
> 3. Acrescentou a Corte de origem, que a menor em nenhum momento demonstrou ter sido ludibriada pelo Réu, bem como não teria a inocência necessária nos moldes a caracterizar a hipótese prevista na alínea "a" do art. 224 do Código Penal. 4. Diante da inexistência de comprovação de que tenha havido violência por parte do Réu, plausível o afastamento da alegação de violência presumida.
> 5. Ressalte-se que as conclusões acerca do consenso da vítima e demais circunstâncias fáticas da causa são imodificáveis, em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 desta Corte.
> 6. Recurso ao qual se nega provimento. (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Quando do estudo pormenorizado das doutrinas, a possibilidade de relativização foi sempre presente. Indubitavelmente que, sempre com uma análise peculiar no caso concreto.

Ainda, verificou-se que não há lugar em nosso ordenamento pátrio para um entendimento de norma penal absoluta, logo ao relativizar uma presunção de violência, o doutrinador e os julgadores seguiram uma linha de não cabimento da norma *iuris et de iure* (NORONHA, 1998),

Como já asseverado, inicialmente, este entendimento de norma relativa que foi consagrado para a ficção jurídica da violência nos delitos contra sujeitos elencados no art. 224 do CP, ainda que revogado, há de balizar os estudos hodiernamente.

4 DA VULNERABILIDADE TRAZIDA PELA LEI N. 12.015/09 E A POSSBILIDADE DE SUA RELATIVIZAÇÃO.

Neste capítulo busca-se trazer as inovações emergidas pelo advento da Lei n. 12.015/09, especificamente no tocante ao termo vulnerabilidade, bem como os sujeitos que estão albergados por esta hodierna nomenclatura.

Tal termo trazido para tutelar os direitos dos sujeitos que estavam contidos no revogado art. 224 do CP carecerá de estudos para se entender este novo conceito dentro da seara penal.

Nos ensinamentos de Álvaro Mayrink da Costa (2010, p. 172) teria o legislador findando com as questões da natureza relativa da presunção de violência com a inovação da Lei n. 12.015/09. Seria então com esta revogação o termo vulnerável que findaria qualquer discussão doutrinária ou jurisprudencial.

Neste norte há de se perscrutar as doutrinas que buscam aclarar se há possibilidades de relativizar esta vulnerabilidade.

É notório que se trata de uma legislação novel, logo há a intelecção que os *decisuns* em Corte Superior ou Excelso Pretório hão de restar por prejudicados. Todavia, há de se perquirir Cortes Estaduais com intento de se trazer acórdãos que possam nortear o presente trabalho.

4.1 DOS VULNERÁVEIS

Para o entendimento de vulnerável há uma extensão de conceitos. Conforme dispõe o dicionário da língua portuguesa vulnerável é aquele “que pode ser fisicamente ferido” (HOUAISS, 2001).

Porém, o tema requer que se adentre com certa intensidade a fim de entender a linha utilizada pelo legislador quando trouxe esta nova nomenclatura para o Código Penal, visando denominar alguns sujeitos que tem a tutela garantida no tocante a sua liberdade sexual.

Logo, busca-se trazer à luz uma conceituação dada pela Professora Maria Carolina S. Guimarães e Doutora Sylvia Caiuby Novaes (1993) que asseveram acerca do que são pessoas vulneráveis:

> São pessoas que por condições sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais e de saúde têm as diferenças, estabelecidas entre eles e a sociedade envolvente, transformadas em desigualdade. **A desigualdade, entre outras coisas, os torna incapazes ou pelo menos, dificulta enormemente, a sua capacidade** de livremente expressar sua vontade. Grifo nosso.

É notório que se trata de um conceito formatado dentro da área da Bioética, Mas, pode sim oferecer um norte para que se possa inferir qual a linha utilizada pelo legislador para dar uma reprimenda com maior rigorismo àqueles que atinjam às vítimas protegidas por este dispositivo penal.

Nos dizeres de Fernando Capez (2010, p. 79) que "com o advento da Lei n. 12.015/09, o estupro cometido contra pessoa sem capacidade ou condições de consentir, com violência ficta, deixou de integrar o art. 213 do CP, para configurar crime autônomo".

Logo, a nova nomenclatura tem, agora, a prerrogativa de firmar um tipo penal autônomo, dispensando a combinação que era feita outrora. Daí, podendo-se depreender que aqueles que tinham seus direitos, em relação a liberdade sexual, tutelados pelo art. 224 do CP, figuram, hodiernamente, sob a denominação de vulneráveis.

Para Guilherme de Souza Nucci (2010, p.34) "a tipificação do crime ou atentado violento ao pudor era feita por extensão". Isto é, aplicava-se o art. 213 combinado com art. 224 ou o art. 214 combinado com art. 224 para então imputar o rigorismo da violência quando das hipóteses de tutelar os direitos de menores de 14 anos, débeis ou alienados mentais e daqueles que por algum motivo não pudessem oferecer resistência.

Com vistas a trazer as razões que ensejaram o Projeto de Lei que culminou na modificação que ora vige na lei penal, busca-se na essência do projeto a justificativa no tocante ao dispositivo penal dos vulneráveis.

Ainda que já se tenha discorrido concernente ao Projeto de Lei 253/04 do Senado Federal anteriormente, tem-se agora, especificamente o texto que levou o legislador a justificar a proposição da inserção do dispositivo que traria, então, a vulnerabilidade em um dispositivo com autonomia legal, distinta do que se tinha outrora, apresentando-a da seguinte forma:

> [...] O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a **vulnerabilidade de certas pessoas,** não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática. Esclareça-se que, em se tratando de crianças e adolescentes na faixa etária referida, sujeitos da proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, não há situação admitida de compatibilidade ente o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais. Não é demais lembrar que, para a Convenção da ONU, criança é toda pessoa até a idade de 18 anos. Entretanto, a considerar o gradual desenvolvimento, respeita-se certa liberdade sexual de pessoas entre 14 e 18 anos. (BRASIL, 2004).

Buscou o legislador, então, tutelar os direitos dos sujeitos que estavam descritos nas hipóteses do revogado art. 224 do CP com uma nova terminologia ao referir-se a eles, isto é, classificou-os de vulneráveis, tornando o art. 217-A do CP, onde encontram-se elencados, em um dispositivo autônomo.

Nesta senda, por intelecção e *ex vi* a justificativa dos Senadores, é que se pode asseverar que o conceito de vulnerável, especificamente para a novel mudança emergida pela Lei n.12.105/09, está descrito nas pessoas que estão elencadas no art. 217-A, *caput* e § 1º do CP.

Na lição de Rogério Greco que:

> Considera-se vulnerável não somente a vítima menor de 14 (quatorze) anos, mas também aquela que possui alguma enfermidade ou deficiência mental, não tendo o necessário discernimento para a prática do ato, ou aquela que, por qualquer outra causa não pode oferecer resistência. (2010, p. 616).

Neste mesmo diapasão preleciona Damásio de Jesus:

> As vítimas vulneráveis (frágeis) são os menores de catorze anos (importa a idade no momento da conduta típica – art. 4º do CP).
> [...]
> Consideram-se pessoas vulneráveis sob o ponto de vista sexual também aqueles que possuem enfermidade ou deficiência mental que lhes retire a capacidade de discernimento para o ato.
> [...] por fim os indivíduos que não possuam, por qualquer causa, capacidade de resistência (JESUS, 2010, p. 163).

Ainda, Fernando Capez (2010, p. 80) traz os ensinamentos que a tutela da dignidade sexual protegida quando se está diante do dispositivo que trata dos vulneráveis é a

"[...] do individuo menor de 14 (catorze) anos [...] e alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra coisa, não pode oferecer resistência".

Corrobora com o posto o autor Álvaro Mayrink da Costa (2010, p. 172) quando assevera que vulneráveis são os sujeitos descritos no caput e § 1º do art. 217-A do CP.

Para se conceituar vulneráveis tem-se trazido o art. 217-A que, especificamente trata do estupro de vulneráveis. Mas, com baliza neste dispositivo é que aclarar quem o legislador classificou com vulnerabilidade. Todavia, em leitura ao diploma legal inovado pela Lei n. 12.015/09 pode-se asseverar que os vulneráveis estão, também, em outros dispositivos, tais como os arts. 218, 218-A e 218-B, todos do CP, ainda que tratem de outros injustos penais (BRASIL, 2009).

Para trazer sustentáculo a este entendimento, busca-se o conceito de vulnerável na doutrina de Celso Delmanto e outros que:

> "[...] deve ser extraído da análise conjunta dos artigos deste capítulo II. Assim, são vulneráveis não só os menores de 14 anos (atrs. 217-A, *caput*, 218 e 218-A), mas também os menores de 18 nos (art. 218-B, *caput*, primeira parte, e §2º, inciso I), bem como aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência (arts. 217-A, § 1º, e 218-B, caput, segunda parte), como nos casos de o autor do crime sexual ser padrasto, tutor, curador da vítima, ou saber ela exercer o pátrio poder, o que deixa o ofendido em situação vulnerável. (DELMANTO E OUTROS, 2010, p. 704).

Logo, estando o sujeito passivo nas condições de menores de 14 anos, com deficiência mental que acarrete seu discernimento no tocante ao ato sexual e alguém, que esteja com mitigação real para oferecer resistência ao ato, deverão estes, nos termos trazidos pela legislação e aclarados pela doutrina, estar em estado de vulnerabilidade para os efeitos penais.

4.2 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEIS

O *nomen iuris* de estupro de vulnerável está descrito no art. 217-A do CP, que contém, com o advento da Lei n. 12.015/09, a seguinte redação, *in verbis*:

> Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
> § 1o Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.
> § 2o (VETADO)
> § 3o Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:
> Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.
> § 4o Se da conduta resulta morte:
> Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 2009).

A doutrina repercute de forma bastante uníssona quando assevera que esta tutela penal buscou dar maior zelo no tocante aos menores, incapazes e para aqueles que não podem oferecer resistência quando tiverem violado sua sexualidade (CAPEZ, 2010; DAMÁSIO, 2010; DELMANTO E OUTROS, 2010; NUCCI, 2009).

4.2.1 Sujeitos

Como já se trouxe no segundo capítulo o novo entendimento legal concernente ao tipo penal estupro, pois este agora tem uma abrangência diferenciada do revogado. Quando há de se adentrar no estupro de vulnerável deve-se ter a lição de que o tipo penal estupro mantém mesmo conceito já postado, ou seja, a conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso. Contudo, agora, nos termos do art. 217-A, advindo pela Lei n. 12.015/09, tratar-se-á do estupro de vulnerável

A lição de Fernando Capez (2010, p. 81) faz, tão somente, a remissão ao já discorrido quando do art. 213 do CP, ou seja, que a conjunção carnal é ato que só pode ser praticada por homem contra mulher ou vice-versa, pois dela se exige a relação pênis/vagina.

Deve-se, trazer a lição de Aluízio Bezerra Filho (2010, p. 69), ainda que seja tema exaurido, que o sujeito ativo da conjunção carnal deverá ser, obrigatoriamente, homem, enquanto na modalidade qualquer outro ato libidinoso tem-se a possibilidade de haver o cometimento tanto por homem como por mulher.

Acrescenta-se que Álvaro Mayrink da Costa (2010, p. 176) tem mesma posição acerca de que o injusto na modalidade de "cópula" é, somente, cometida por meio de uma relação heterossexual.

No mesmo norte leciona Rogério Greco (2010, p. 618) que se pode ter tanto homem quanto a mulher como sujeitos ativos, porém "quando se trata de conjunção carnal, a relação deverá ser obrigatoriamente heterossexual".

Compreende-se, lastreado pela doutrina mencionada, que o sujeito ativo que pode praticar o estupro contra um vulnerável pode ser tanto homem como mulher, sempre a devida observância que o estupro, agora, compreende outro ato libidinoso e a conjunção carnal, sendo este um injusto que só pode ser cometido por mediante ato heterossexual e aquele podendo ser cometido por ambos os sexos.

Concernente ao sujeito passivo colhe-se da lição de Álvaro Mayrink da Costa (2010, p. 179) que "só pode ser pessoa menor de 14 (catorze) anos, portador de transtorno mental sem nenhum discernimento para a prática do ato e os vitimizados por abusos que são incapazes de oferecer resistência".

Preleciona Fernando Capez o mesmo entendimento. Porém, deve-se acrescentar um ensinamento que este autor traz quando da vítima contida no *caput* do art. 217-A, ou seja dos menores de 14 anos:

> O art. 224 do CP considerava que a violência era presumida se a vítima tivesse idade igual ou inferir a 14 anos, o que não mais ocorre, agora, tendo em vista que se considera apenas o menor de 14 anos. Verifique-se, por derradeiro, que o legislador incorreu em grave equívoco, na medida em que se o crime for praticado contra a vítima no dia do seu 14º aniversário, não haverá o delito do art. 217-A, nem a qualificadora do art. 213 do CP. (CAPEZ, 2010, p. 81)

Neste mesmo norte Damásio de Jesus apresenta o entendimento que a primeira hipótese de proteção dada pela Lei n. 12.015/09, insculpida no art. 217-A, isto é, do sujeito passivo menor de 14 anos, cinge-se a data do aniversário da vítima. Mas, adiante, alerta que:

> A partir de seu 14º aniversário, o adolescente somente será vítima de crime sexual decorrente da realização, com este, de atos libidinosos em dois casos:1º) se o ofendido, embora voluntário o ato, encontrar-se em situação de prostituição ou outra forma de exploração sexual, quando se aperfeiçoarão delito tipificado no art. 218-B, §2º, I; 2º)se o contato sexual for realizado contra a vontade do sujeito passivo, configurando a conduta de crime de estupro qualificado (art. 213, §1º) ou violação sexual mediando fraude (art. 215). (JESUS, 2010, p. 164)

Aluízio Bezerra Filho (2010, p. 69) refere-se ao sujeito passivo do estupro de vulnerável como crianças e aqueles de apresentem deficiência mental ou alguma enfermidade que seja grave e impossibilite de oferecer resistência. Ainda discorre o autor que "Este dispositivo penal definiu com crime a prática sexual ou atos libidinosos contra crianças, enquadrando, assim a conduta da pedofilia que é a perversão sexual na qual a atração sexual de um indivíduo adulto está dirigida primariamente para crianças.

Importante destaque traz a lição de Maximiliano Roberto Ernesto Führer (2010, p. 177) que no sujeito passivo este é um crime próprio, ou seja, somente poderá figurar como vítima do delito uma pessoa vulnerável.

O sujeito passivo no estupro de vulnerável é, portanto, conforme a legislação vigente e a doutrina, aqueles que estão elencados no art. 217-A do CP, recebendo a tutela especial do Estado por apresentarem uma situação de vulnerabilidade (BEZERRA FILHO, 2010; BRASIL, 2009; CAPEZ, 2010; COSTA, 2010; GRECO, 2010; JESUS, 2010).

4.2.2 Elemento Objetivo

O elemento objetivo do estupro foi tratado quando se buscou aclarar o art. 213 do CP que, agora, tem este tipo penal o condão de unificar os delitos de estupro e de outro ato libidinoso.

Agora, resta trazer a lume o elemento objetivo do estupro de vulnerável que nos ensinamentos de Damásio de Jesus é:

> Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com as pessoas em vulnerabilidade. Cuida-se, portanto, da realização de qualquer contato sexual, vale dizer, que vise à satisfação da concupiscência do autor. Não importa que a vítima não compreenda a natureza do ato (até porque, na maioria dos casos, isso será impossível em razão da condição do ofendido), bastando que o comportamento possua, segundo o sendo médio e a intenção do agente, natureza libidinosa. (JESUS, 2010, p. 165).

Imperioso trazer o que ensina Rogério Greco (2010, p. 618) que a consumação do delito contra a sexualidade do vulnerável se efetiva com a conjunção carnal, não importando se houve a penetração, sendo inclusive desnecessário que haja ejaculação.

Nos dizeres de Álvaro Mayrink da Costa, constata-se que:

> No *estupro de vulnerável* a moldura normativa consiste no ato de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, incorrendo nas mesmas penas quem pratica nas ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Não há de se falar em consentimento ou dissenso de pessoa vulnerável, nem o emprego de violência ou grave ameaça, basta a prática de conjunção carnal ou de outro ato libidinosos contra crianças ou adolescente até os 14 (catorze) anos, ciente o autor desta faixa etária ou das *ut* mencionadas circunstancias típicas de vulnerabilidade. (COSTA, 2010. P. 179)

Fernando Capez (2010, p. 80) traz mesmo entendimento, isto é, a conjunção carnal com menores de 14 anos e alguém que, por enfermidade ou qualquer outra eficiência mental que lhes retire o necessário discernimento e, ainda, aquele que não pode oferecer resistência.

É sempre de bom alvitre trazer que a conjunção carnal é ato que só ocorre nas relações heterossexuais, enquanto o demais injustos podem ocorrer por agente de ambos os sexos em qualquer tipo de relação, sempre contra vulnerável (COSTA, 2010; GRECO, 2009; JESUS, 2007).

4.2.3 Elemento Subjetivo

O elemento subjetivo do *nomen iurus* estupro de vulnerável conforme os ensinamentos de Maximiliano Roberto Ernesto Führer (2010, p. 177) é o "dolo específico porquanto o ato praticado deve ser o fim libidinoso, de satisfazer a lascívia. O agente deve ter ciência plena (dolo direito) ou desconfiar (dolo eventual) que a vítima é menor de 14 anos, não tem o necessário discernimento ou não pode oferecer resistência".

Na lição de Damásio de Jesus (2010, p. 166) "O estupro de vulnerável somente é punível a título de dolo. Exige-se consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, devendo conhecer o agente a condição de vulnerabilidade do sujeito passivo [...]".

Neste mesmo diapasão Rogério Greco (2010, p. 619) assevera que:

> [...] o dolo é o elemento subjetivo necessário ao reconhecimento do delito do estupro de vulnerável [...] deverá ter o agente conhecimento de que a vítima é menor de 14 (catorze) anos, ou que esteja acometida de enfermidade ou deficiência mental, fazendo com que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, não possa oferecer resistência.

Preleciona Fernando Capez (2010, p. 87), em mesmo norte, que "é o dolo, consubstanciado na vontade de ter a conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com indivíduo nas condições previstas no *caput* ou §1º do artigo".

Traz-se, com especial relevância, os ensinamentos de Álvaro Mayrink da Costa (2010, p. 186) que:

> O elemento subjetivo é representado pelo dolo, vontade livre e consciente [...].
> Todavia, a questão não é pacífica em toda a doutrina nacional ou estrangeira, resumindo-se em duas vertentes: **a)** requer que ao dolo se agregue e um elemento

> subjetivo do injusto, o de atuar o autor com a finalidade de satisfazer o seu prazer sexual, sem ser unicamente através do coito vagínico (*introductio penis intra vas*), **b)** não requer o especial fim de agir, sendo bastante o dolo (genérico), pois o ato deve ser considerado objetivamente em razão de seu conteúdo global, *"La voluntá Del atto com La coscienzai di tutti gli elementi che lo costituiscono (essenciali)".*

Entende-se pertinente trazer a lume, ainda que não seja objeto cerne deste ponto, a teoria do dolo, haja vista que se trata de termo muito usual no campo penal, logo sua definição científica é medida que se impõe.

Conforme assevera Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 267): "O dolo, puramente natural, constituir o elemento central do injusto pessoal da ação, representado pela vontade consciente de ação dirigida imediatamente contra o mandamento normativo". Ressalta o autor que o ordenamento pátrio que trata dos delitos, adotou a teoria da vontade, quando se tratar do dolo direto e, a teoria do consentimento quando do dolo eventual.

Com vistas a aclarar estas teorias, restringindo-se a uma superficialidade, pois tem-se o fito, tão somente, de trazer um entendimento *latu sensu* do termo central do elemento subjetivo do estupro de vulnerável, há de se perquirir o lição de Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 268) que afirma que, a teoria da vontade consiste no agente ter realmente a vontade de agir, não restando em estar volitiva no tocante a questão de infringir a lei. Enquanto na teoria do consentimento o agente embora não direcione um resultado específico, "consente" na possibilidade de ocorrer assumindo assim o risco do resultado.

Diante do conteúdo doutrinário assistido, pode-se asseverar que o dolo é o elemento subjetivo do delito de estupro contra pessoa que detém a vulnerabilidade. Logo, o agente ativo deverá não necessariamente querer ir de encontro à lei vigente, mas sim ter a intenção de atingir o tipo objetivo contido descrito na lei penal que dá a guarida aos vulneráveis.

4.2.4 Qualificadoras

O dispositivo legal que abriga o delito de estupro contra vulneráveis, tem a previsão de formas qualificadas. Trouxe a Lei n. 12.015/09 parágrafos com o intento de majorar a sanção em situações específicas. Estão insculpidas nos §§ 3º e 4º do art. 217-A do CP as seguintes condutas que qualificam o injusto penal:

> Art. 217-A
> [...]

> § 3o Se da conduta resulta **lesão corporal de natureza grave**:
> [...]
> § 4o Se da conduta resulta **morte**:
> [...]. (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Fernando Capez (2010, p. 87) traz em sua obra o conteúdo textual do dispositivo legal, com as devidas penas que serão, *a posteriori*, analisadas.

Preleciona Damásio de Jesus (2010, p. 166; 167) que:

> Os §§ 2º e 3º do art. 217-A prevêem figuras qualificadas pelo resultado. [...] As hipóteses de lesão corporal grave encontram-se definidas no art. 129, §§ 1º e 2º; são elas: a) incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 dias; b) perigo de vida; c) debilidade permanente de membro, sentido ou função; d) aceleração de parto; e) incapacidade permanente para o trabalho; f) enfermidade incurável; g) perda o inutilização do membro, sentido ou função; h) deformidade permanente; i) aborto.

Acrescenta, ainda,. Damásio de Jesus que as qualificadoras elencadas no art. 217-A do CP tratam de crimes preterdolosos (2010).

Nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 36) as sanções aplicadas quando das qualificadoras do art. 217-A do CP nota-se uma severidade maior quando há de se cotejar às do estupro comum, depreendendo-se de uma escorreita adoção do legislador quando visa tutelar direitos das pessoas que estão em estado de vulnerabilidade.

Com mesma essência Aluízio Bezerra Filho, (2010, p. 70) ensina acerca das qualificadoras que estão contidos nos §§ 3 e 4 º do art. 217-A do CP, que são a lesão corporal de natureza grave e, respectivamente, o resultado morte

Proeminente trazer o que leciona Álvaro Mayrink da Costa (2010, p. 187):

> No que concerne às qualificadoras, é necessário para o seu reconhecimento que o autor tenha tido a possibilidade de prever a ocorrência de lesão corporal grave ou morte da vítima. A nosso sentir, se através de emprego de violência fica impossibilitado o agente de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso, inexiste consumação do injusto do tipo de estupro qualificado, mas, sim, injusto do tipo estupro qualificado tentado.

Neste entendimento Álvaro Mayrink da Costa ao explanar a forma qualificada contida no § 3º e que não havendo a consumação do delito descrito no caput ou no § 1º do art. 217-A do CP se está diante da possibilidade, já assentada por demais doutrinas do delito na sua forma tentada, porém, com a parcimônia lastreada nas doutrinas perquiridas (CAPEZ, 2010; DELMANTO E OUTROS, 2010; JESUS, 2010; NUCCI, 2009), que é de difícil comprovação.

4.2.5 Causa de aumento de pena

As causa de aumento de pena quando o agente comete estupro contra pessoa vulnerável, consoante o diploma legal (BRASIL, 1940), são quatro.

Damásio de Jesus aclara as quatro possibilidades, que são:

> Aplicam-se ao estupro de vulnerável as seguintes causa de aumento de pena (arts. 226 e 234-A do CP): a) aumento de quarta parte, quando o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas; b) aumento de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; c) aumento de metade, se do crime resulta gravidez; d) aumento de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. (JESUS, 2010, p. 167).

Corroboram com mesmos ensinamentos Fernando Capez e Aluízio Bezerra Filho (2010). Dissonante são os ensinamentos de Álvaro Mayrink da Costa (2010, p. 187) que trazem, apenas, duas possibilidades, ou seja, quando o resultado é a gravidez e quando ocorre a transmissão de doença sexualmente transmissível.

Buscando, tão somente, trazer a lume o § 2º do art. 217-A do CP que foi vetado e que continha um aumento de pena, com a seguinte redação, originalmente, no Projeto 235/04 (BRASIL, 2004):

> Art. 217[1] [...].
> § 1º - A pena é aumentada da metade se houver concurso de quem tenha o dever de cuidado, proteção ou vigilância.

Na lição de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 42):

> [...] o veto solucionou duas eventuais discussões: a) o *bis in idem* em relação ao elemento caracterizador da omissão penalmente relevante (d*ever de cuidado, proteção ou vigilância*), que já teria sido levado em conta para formar a tipicidade por extensão (art. 217-A c.c. art. 13, § 2º do CP) e voltaria novamente a servir para aumentar a pena, com base no art. 217-A, § 2º; b) o art. 226, II do CP (mantido), já prevê aumento de pena de metade se o agente é ascendente da vítima.

Dessarte, o § 2º do art. 217-A do CP foi vetado e não alcançou a vigência desde a promulgação da Lei n. 12.015/09, cabendo como hipóteses de aumento de pena, no caso de estupro de vulnerável, ao que assiste melhor cabimento nos ensinamentos perquiridos, as

[1] O Projeto de Lei 253/04 codificou inicialmente o artigo 217-A do CP como art. 217 (BRASIL, 2004).

quatro possibilidades, eis que estão descritas no Código Penal e que são, porquanto, causa que majoram o delito praticado contra pessoa vulnerável.

4.2.6 Penas e ação penal

No tocante às penas cominadas ao crime de estupro de vulnerável busca-se na lição de Damásio de Jesus (2010, p. 167) que quando ocorre a forma simples, ou seja, o tipo penal insculpido no *caput* e no §1º do art. 217-A do CP é a de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. Ressalta o autor "que o piso legal é superior ao homicídio doloso (simples)"

Deve-se, agora ver as penas que são imputadas quando do delito praticado nas formas qualificadas.

Para trazer este ensinamento, busca-se a doutrina de Álvaro Mayrink da Costa (2010, p. 188) na qual leciona que quando se tem a prática do injusto de estupro de vulnerável qualificado pela lesão corporal de natureza grave a pena é de reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos; e se houver o evento a qualificadora morte ter-se-á uma pena de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão.

A doutrina tem uma robusta posição (BEZERRA FILHO, 2010; CAPEZ, 2010; COSTA, 2010; GRECO, 2010; JESUS, 2010; NUCCI, 2009;) no tocante ao disposto no parágrafo único do art. 225, ou seja, a ação é pública incondicionada quando da prática do delito de estupro de vulnerável.

Porém, destaca-se que Mayrink da Costa (2010, p. 188) assevera que em face da maior preservação da criança e do adolescente fica mantida a Súmula n. 608[2] do Superior Tribunal Federal. De encontro a esta posição Guilherme de Souza Nucci (2009, 63) leciona "[...] ser tal Súmula fruto político Criminal, com o objetivo de proteger a mulher estuprada, com receio de alertar os órgãos de segurança, em especial, para não sofrer preconceito [...]" dai conclui que "Não há razão técnica para a subsistência do preceito sumular, em particular pelo advento da reforma trazida pela Lei n. 12.015/2009".

Neste mesmo diapasão Leonardo Barreto Moreira Alves (2010, p. 89) afirma que "A doutrina vem se inclinando pela eliminação da Súmula n. 608 do STF. Isso porque, [...] a

[2] Súmula 608: No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada (BRASIL, 1984).

intenção do STF ao editar a súmula foi de consertar distorções que ocorriam por ser o crime de estupro, em regra, de ação penal privada [...]".

Como a Súmula não tem sua revogação expressa, mas também a Lei n. 12.015/09 foi clara ao trazer a modalidade de ação nos delitos praticados contra vulnerável que é a ação pública incondicionada, despiciendo é trazer este ponto como divergência imperiosa. Pois, restou clara e sem qualquer controvérsia a lei em comento.

4.3 OS VULNERÁVEIS E A INSERÇÃO NA LEI N. 8072/90.

Merece certa ênfase a inserção dos delitos que sejam cometidos contra pessoa que apresentem vulnerabilidade no tocante a hediondez que a Lei n. 12.015/09 inovou.

Antônio Lopes Monteiro (1992, p. 17) ensina que os crimes hediondos são assim definidos:

> Toda vez que uma conduta delituosa estivesse revestida de excepcional gravidade, seja na execução, quando o agente revela total desprezo pela vítima, insensível ao sofrimento físico ou moral a que a submete. Seja quando à natureza do bem jurídico ofendido, seja ainda pela especial condição das vítimas.

Deve-se destacar, balizado nos ensinamento Julio Fabbrini Mirabete que, comentava acerca da aplicação do dispositivo legal da Lei 8.072/90 que trata dos Crimes hediondos, em doutrina anterior ao advento da lei que tutela os direitos das pessoas vulneráveis, que:

> Numa interpretação restritiva, a jurisprudência concluiu que o referido dispositivo só tem aplicação quando houver a incidência do art. 223, caput, ou parágrafo único, ou seja, quando do estupro ou atentado violento ao pudor resultar lesão corporal de natureza grave ou morte. Há, porém, decisões em sentido contrário, inclusive do STF. (MIRABETE, 2003, p. 1608).

Porém, com a Lei n. 12.015/09 não há mais de se falar em entendimentos dissonantes, pois houve a inserção de redação específica na lei dos crimes hediondos, findando, assim, qualquer celeuma.

4.3.1 A hediondez nos injustos contra vulneráveis.

Com a novel mudança emergida pelo advento da Lei n. 12.015/09, a redação do art. 1º, VI da Lei 8.072/90 que dispõe dos crimes hediondos, recebeu nova redação, *in verbis*:

> Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:
> [...]
> VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1o, 2o, 3o e 4o); (Redação dada pela Lei n. 12.015, de 2009) (BRASIL, 1990; 2009).

Fernando Capez (2010, p. 80) leciona que "cumpre, ainda, assinalar que, de acordo com a nova redação do art. art. 1º, inciso VI da Lei 8.072/90, o estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput*, §§ 1º, 2º, 3º e 4º) é considerado crime hediondo.

Neste mesmo norte caminha a doutrina (BEZERRA FILHO, 2010; COSTA, 2010; GRECO, 2010; JESUS, 2010; NUCCI, 2009), não havendo mais o que a jurisprudência emprestar para a classificação da hediondez do delito de estupro de pessoa que tenha a prerrogativa de vulnerável nos termos da lei penal.

4.4 A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 ANOS.

A vulnerabilidade trazida pela Lei n. 12.015/09 foi insculpida com vistas a findar a polêmica questão da relativização da violência presumida, tema aclarado no capítulo pretérito.

Se o entendimento é pelo fim de qualquer hipótese de relativizar a vulnerabilidade ou de se entender esta como presumida, seria então, o tipo penal autônomo de estupro de vulnerável um fim em si mesmo.

As doutrinas hodiernas, ao que parece – com a devida *venia* –, estão em construção ainda, restando por uma ausência de profundidade do tema da possibilidade de relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos quando acometido de delito de estupro.

Em sentido oposto, verifica-se que Álvaro Mayrink da Costa (2010, p. 172) assevera que com o advento do tipo penal autônomo de estupro de vulnerável "O legislador

pôs termo à discussão doutrinária e pretoriana pertinente a *presunção de violência*, se de natureza absoluta ou relativa, revogando o art. 224, *a* do Código Penal de 1940".

Para Rogério Greco (2010, p. 614) muitas discussões ocorreram em torno da natureza da presunção de violência se esta "[...] era de natureza relativa (*iuris tantum*), que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*), não podendo ser questionada.

Daí complementa o autor, afirmando que em face do novo tipo penal:

> [...] visando acabar, de vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto na Lei n. 12.015/09, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima. (GRECO, 2010, p. 614).

Ao perscrutar a obra de Fernando Capez (2010, p. 81-87) pode-se depreender que o tema se a natureza da vulnerabilidade poderia sofrer algum tipo de relativização ou se tinha um caráter absoluto, ao sentir, não recebeu enfoque ou uma posição específica. Assevera-se que este autor trouxe, tão somente, os entendimentos pretéritos da revogada presunção de violência, sem adentrar, especificamente

Rogério Greco (2010, p. 615) posiciona-se asseverando que não há de se falar em relativizar a vulnerabilidade do menor de 14 anos, pois "[...] existe um critério objetivo para a análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima".

Após as lições postas dos autores retro mencionados, poder-se-ia asseverar que o novo tipo penal estaria findando qualquer celeuma em torno da possibilidade de relativizar a vulnerabilidade. Porém, não acabaria aqui a situação posta.

Com vistas a trazer uma posição de outro norte, colhe-se dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 37) que diz:

> Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma forma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de 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? (Grifo nosso).

Em seguida a resposta desta questão, se é plausível a relativização da vulnerabilidade em alguns casos, é a seguinte:

> Esta e a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real (NUCCI, 2009, p. 37).

Neste diapasão João José Leal e Roberto Leal (2010, p. 33) vêm lecionar:

> Agora, o direito mudou e a situação jurídica é outra. Mas apenas formalmente. Não se podendo falar mais em "*presunção de violência ou grave ameaça*". No entanto, cremos que estamos diante de uma categoria jurídica já conhecida da seara penal: a mesma presunção de *innocentia consilli*, que agora pode ser denominada de ***presunção de vulnerabilidade***, em face da prática de atos sexuais de qualquer natureza.
> [...]
> Se isso é verdadeiro, a exemplo da violência presumida, a **presunção de vulnerabilidade** do menor de 13 anos pode, também, ser afastada diante da prova inequívoca de que a vítima de estupro possui experiência da prática sexual e apresenta comportamento incompatível e com a regra de proteção jurídica pré-constituída. Grifo nosso.

Nesta linha ora perquirida, infere-se que o autor assevera concernente a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade quando o menor que possui prática nos atos sexuais e .um comportamento inadequado para estar tutelado pelo art. 217-A do CP. Deve-se destacar ainda que, o autor faz comparação com a presunção de violência que estava no revogado art. 224 do CP.

Ainda, constata-se que nas hipóteses de a vítima estar mentalmente incapaz ou, daquela que não pode por qualquer forma oferecer resistência, deve o agente ativo ter o pleno conhecimento desta situação, sob pena de que a vulnerabilidade também restar presumida (LEAL; LEAL, 2010, p.32).

Poucos são os julgados que podem trazer decisões lastreadas pela novel legislação. Tal assertiva é axiomática, pois a Lei 12.015/09 tem sua datação de agosto de 2009. Logo, ainda não se tem conjuntos de decisões que possam formatar uma jurisprudência, seja qual o sentido.

Em julgamento do remédio constitucional impetrado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, sob habeas corpus, restou próspero para absolver o paciente, com esteira impossibilidade de atribuir responsabilidade objetiva e na relativização da vulnerabilidade, conforme se transcreve:

> **HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO** - ABSOLVIÇÃO DECRETADA EM SEDE DE JULGAMENTO DE APELAÇÃO – CUATÓDIA (sic) QUE NÃO PODE SUBSISTIR - ILEGALIDADE MANIFESTA - CONCESSÃO DA ORDEM QUE

> SE IMPÕE. EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DEFESA RESTRINGE PLEITO NAS RAZÕES RECURSAIS. APELAÇÃO, RECURSO DE AMPLA DEVOLUTIVIDADE. POSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO DE TODA A MATÉRIA PELO JUÍZO AD QUEM. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. ADOLESCENTE COM 13 (TREZE) ANOS À ÉPOCA DO FATO. **VEDAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA**. **VULNERABILIDADE RELATIVIZADA** COM AMPARO NAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E DAS TESTEMUNHAS. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. APELO CONHECIDO E PROVIDO. ABSOLVIÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. A apelação criminal, por ser um recurso de ampla devolutividade, mesmo que a matéria não tenha sido suscitada nas razões recursais, é possível sim, como regra geral a sua total apreciação pelo juízo ad quem. 2. Será possível considerar a relativização da vulnerabilidade do art. 217-A do Código Penal, não sendo absoluto em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do adolescente e o cotejo probatório, sob pena de se ferir os princípios do contraditório e ampla defesa. 3. Impossibilidade de se reputar como delituosa uma conduta aceita ou tolerada pela sociedade, em respeito ao princípio da adequação social. 4. **Recurso conhecido e provido**. (RIO GRANDE DO NORTE, 2011, grifo nosso).

Este habeas corpus vem ao encontro da doutrina que se posiciona pela possibilidade de relativizar a vulnerabilidade do menor de 14 anos.

Ainda, com mesma linha decisória, traz-se aresto de uma Apelação Criminal da Egrégia Corte Catarinense que deu manutenção a decisão do juiz singular, com entendimento de vulnerabilidade relativizada em face desconhecimento do réu acerca da idade da vítima, *in verbis*:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. INCONFORMISMO DO RÉU. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO ACERCA DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. **COMPROVAÇÃO DO DESCONHECIMENTO DO RÉU DA REAL IDADE DA OFENDIDA**. COMPLEIÇÃO FÍSICA E DESENVOLVIMENTO PSICOLÓGICO INCOMPATÍVEL COM A IDADE BIOLÓGICA (12 ANOS). **RELATIVIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DE VULNERÁVEL QUE SE IMPÕE**. ERRO DE TIPO. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. RECURSO PROVIDO.
> Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2010.036720-0, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara Criminal), em que é apelante R. V. V., e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina e outro:
> ACORDAM, em Quarta Câmara Criminal, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Sem custas. (SANTA CATARINA, 2011, grifo nosso).

Axiomático que as decisões ainda, não são suficientes para se formar uma jurisprudência. Porém, o que se depreende é que as Cortes Estaduais, ora citadas, estão caminhando no sentido de abrir uma nova discussão para a relativização da vulnerabilidade.

Verificou-se nos acórdão transcritos e nas doutrinas postas que, o vulnerável menor de 14 anos tem guarida quando vitimado contra sua liberdade sexual. Mas o estado de

vulnerável não está firmado de forma absoluta, pois nosso sistema penal não admite a responsabilidade objetiva (LEAL; LEAL, 2010; NUCCI, 2009; NORONHA, 1998).

5 CONCLUSÃO

O presente estudo trouxe uma análise acerca do estupro contra vulnerável menor de 14 anos e a possibilidade do cabimento da relativização desta vulnerabilidade no caso concreto.

Para adentrar ao tema central verificou-se, preliminarmente, o delito de estupro, buscando demonstrar que tal injusto permeia a coletividade social a muitos séculos e, ainda, a sociedade hodierna.

É cediço que o estupro é um crime que causa repulsa, na sociedade em geral, deixando, em muitas oportunidades, as conclusões da ação por conta do senso comum. Senso este dissonante da realidade e das leis penais que tem a incumbência de tutelar o bem jurídico: a liberdade sexual.

As sanções aplicadas ao agente do crime de estupro estiveram norteados pelo comportamento social de cada época. Logo, se constatou que este crime sempre teve uma cominação legal, levando em consideração situações peculiares, como comportamento da vítima e sua capacidade de discernimento quanto ao ato sexual praticado, inclusive, em outrora, se a vítima era prostituta.

A primeira legislação brasileira que tratou de dar uma reprimenda com certo rigorismo contra o estupro de menor de 14 (quatorze) anos foi o Decreto-Lei n. 2.848 de 1940, isto é, a legislação que trouxe o Código Penal (CP) que vige ate os dias de hoje, guardada as devidas alterações.

Para dar guarida aos menores de 14 (quatorze) anos, o legislador trouxe a *innocentia concilli*, que em essência era a incapacidade de o menor ter ciência ou dar consentimento ao ato sexual, daí restava a presunção de violência que era o mecanismo legal para imputar uma majoração da pena.

Esta ficção jurídica, advinda pelo tipo de presunção de violência, foi um dispositivo que trouxe inúmeras discussões para o Direito Penal, sendo que havia entendimento de possibilidade de relativizar esta presunção desde a década do advento do CP.

A relativização que a doutrina posicionou, e a jurisprudência proclamou, abarcava todas as alíneas do revogado art. 224 do CP. Ou seja, nos casos de menor de 14 (quatorze) anos, nos casos de alienação ou debilidade mental e naqueles casos em que a vítima não pudesse oferecer resistência.

Busca-se dar ênfase a relativização da presunção nos casos de injusto contra menores de 14 (quatorze) anos que, tinham como principal fonte balizadora: a) a questão da impossibilidade de uma responsabilidade penal objetiva; b) a maturidade suficiente para que a vítima pudesse exercer sua capacidade de se auto-determinar; c) apresentar porte físico incompatível com sua idade; e) experiência sexual e vida promiscua.

As hipóteses elencadas visaram dar guarida a um entendimento máximo, que é a impossibilidade de aplicação de uma responsabilidade penal objetiva, pois caso contrário restaria por deixar o agente sem o contraditório e a ampla defesa, princípios constitucionais inexoráveis.

É axiomático que a presunção da violência sempre esteve presente em casos concretos, em que restou comprovado que a vítima não carecia da tutela do Estado no sentido da majoração da pena. Ainda, que houvesse entendimentos em sentidos opostos, ao sentir esta relativização foi a posição mais acertada, pois num Estado Democrático de Direito aplicar uma responsabilidade penal objetiva seria preterir a direitos fundamentais do cidadão.

Logo, a norma absoluta da ficção jurídica não teve lugar no ordenamento pátrio. Ainda que houvesse uma tentativa legislativa de elevar o tipo penal do art. 224 do CP a uma condição absoluta, esta restou por impróspera, pois trata-se de um conflito notório com nossa Lei Maior.

Em 2009, a Lei n. 12.015/09 adveio com intento de findar a ficção jurídica da violência presumida, revogando expressamente o art. 224 do CP. Trouxe a legislação o art. 217-A que tem o objetivo de classificar como “vulneráveis” os sujeitos que estavam sob a guarida do dispositivo penal que deixou de viger. E, inovando no sentido de trazer um tipo penal autônomo para os sujeitos vitimados por estupro quando menores de 14 (quatorze) anos, os com enfermidade ou deficiência mental sem capacidade de discernimento e aqueles que não possuam capacidade de resistência por qualquer causa.

O Projeto de Lei que respaldou a novel legislação entendeu que, daí findaria qualquer discussão acerca da relativização da vulnerabilidade, pois não era mais uma mera presunção. Entende-se que a discussão está em apenas iniciando, pois tal norma está em fase de aplicação nas Cortes Estaduais não havendo uma jurisprudência formada no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal concernente a crimes cometidos na égide desta.

No melhor entendimento pode-se asseverar que a vulnerabilidade trazida pela Lei n. 12.015/09, nada mais é, que uma condição do sujeito passivo, hoje elencado no art. 217-A.

Se esta ótica é a mais escorreita, ou seja, uma condição de “vulnerável”, logo se deve observar com o mesmo foco da presunção da violência. Pois tal condição para os menores de 14 (quatorze) anos pode ser afastada quando restar comprovada sua inaplicabilidade em mesmas hipóteses já apontadas quando houve a relativização da ficção jurídica da violência presumida.

Daí a entender que a vulnerabilidade não pode ser uma norma penal de responsabilidade objetiva, isto é, que não caiba um contraditório ou uma ampla defesa. Pois, se caso a relativização da vulnerabilidade no menor de 14 (quatorze) anos não tivesse lugar, se estaria diante de uma inconstitucionalidade, bem como afirmando que a teoria absoluta vige no Brasil, algo incabível.

A contribuição deste estudo tem como principal objetivo demonstrar que, embora, haja uma nova legislação que visa dar guarida a sujeitos vulneráveis, não se pode limitar esta norma a uma condição absoluta, pois seria conduzir o Direito Penal a uma forma obtusa.

Inquestionável que se tem muitas limitações para trazer com mais proficiência o presente trabalho, pois a Lei n. 12.015/09 não possibilitou ainda uma quantidade de julgados suficiente para formar jurisprudências nas Cortes, devido seu pouco tempo de vigência e delitos praticados com a aplicabilidade desta. Ainda, a doutrina há de se debruçar sobre este tema que tem grande relevância na sociedade.

Porém, imperioso asseverar que não se tem o intento de esgotar o assunto, visando, tão somente, trazer este subsídio literário para a sociedade em geral, que há de erigir muitas discussões acerca da relativização da vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva.** 13. ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2006.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei n. 12.015/09. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal,** Porto Alegre , v. 6, n.33, p. 85-94, dez./jan.2010.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal - Caderno especial.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BEZERRA FILHO, Aluísio. **Crimes Sexuais:** Anotados e Comentados. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. 432 p.

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

_____. **Código Penal e Constituição Federal.** 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Lei n. 6.578, de 11 outubro de 1978.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6578.htm>. Acesso em: 30 ago. 2011.

_____. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> Acesso em: 15 out. 2011.

_____. **Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm> .Acesso em: 27 ago. 2011.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei n.135, 1996. **Diário do Senado.** Relatório Aprovado, 30 maio 1997. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/Relatorios_SGM/RelPresi/2000/020-Pls.pdf> Acesso em 10 de out. 2011.

_____. Câmara dos Deputados Federais. Projeto de Lei 3.189, de 1997. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, 07 jun. 1997, p. 15325. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=07/06/1997&txpagina=15325&altura=650&largura=800>. Acesso em: 18 set. 2011.

_____. Presidência da República. **Mensagem nº 970**, 19 de julho de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/VETO_TOTAL/Mv970-00.htm> Acesso em: 10 out. 2010.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei n. 253, 13 de julho de 2004. **Diário Oficial do Senado**, Brasília, 14 set. 2004, p. 18362. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=36730&tp=1>. Acesso em: 06 jan. de 2011.

_____. Senado Federal**. Parecer aprovado na CCJ, 2009. Comissão de Constituição e Justiça, Brasília, 15 jul 2009.** Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/62985.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 73.662/MG**, Segunda Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. 21 de maio. de 1996. 47. Brasília/DF. DJ 20 set. 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2073662.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%207366 2.ACMS.)&base=baseAcordaos>. Acesso em: 17 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700> Acesso em: 17 out 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 63.7361/SC**. Sexta Turma. Relator: ministro Og Fernandes. 01 de junho de 2010. v. 36. P. 125. Brasília/DF: DJe: 28 de junho 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=presun%E7%E3o+viol%EAncia+relativa&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10> Acesso em: 18 de out. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral 1. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Tratado de Direito Penal:** Parte Especial 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada.** 1. ed São Paulo: Revista Dos Tribunais; Coimbra, PT:Coimbra Editora, 2007. v. 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** parte especial. 6. ed São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

_____. **Curso de Direito Penal:** parte especial. 8. ed São Paulo: Saraiva, 2010. 3 v.
COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal - Parte Especial:** Injustos contra a Sociedade. 6. ed Rio de Janeiro: Forense, 2010. 6 v.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida **Código Penal Comentado.** 6. ed Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____.**Código Penal Comentado.** 8. ed ver., atual. e ampl.São Paulo: Saraiva, 2010.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão judicial nos crimes sexuais:** o julgador e o réu interior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 133-197.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos.** 6 Ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Estupro contra vulnerável - uma análise à luz dos princípios constitucionais e do sistema penal.** 2011. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito Das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, SP, São Paulo, 2011.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

_____. FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Código Penal Comentado.** 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García - Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal - Introdução e princípios fundamentais.** São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007. v.1.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** Parte Especial Atrs. 155 a 249 do Código Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 3.

_____.**Código Penal Comentado**. 4. Ed. ver., ampl. e atual.Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Uma interpretação de duvidosa dignidade. (sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual). Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2270, 18 set. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13530>. Acesso em: 19 ago. 2011.

GUIMARÃES, Maria Carolina S; NOVAES, Sylvia Caiuby. **Bioética: Vulneráveis**. 1993. Disponível em: < http://www.ufrgs.br/bioetica/vulnera.htm> Acesso em: 11 de out. 2011.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal unificado de estupro comum e a figura do estupro de pessoa vulnerável. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre , v.10, n.58, p. 17-42, out./nov.2009.

HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes De. **Comentários ao Código Penal - Arts. 197 a 249:** Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

HOUAISS, Instituto Antônio. **Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa - 1.0.** Rio de Janeiro: Objetiva Ltda., 2001.

ISHIDA, Válter Kenji. **Curso de Direito Penal.** São Paulo: Atlas, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado.** 18. ed São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito Penal - Parte Especial:** dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 19. ed São Paulo: Saraiva, 2010. v.3.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes Hediondos - Texto, comentários e aspectos polêmicos.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____.**Crimes Hediondos.** São Paulo: Saraiva, 1992.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de Direito Penal:** Parte Especial Arts. 121 a 234 do CP. 25. ed, rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal:** Princípios Fundamentais - Artigos 1º a 4º. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada:** E legislação Constitucional. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal.** 23 ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial.** 6 Ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.

_____.**Manual de Direito Penal.** 4 ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008.

_____. **Código Penal Comentado.** 8ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008.

OLTRAMARI, Leandro Castro. Profissionais do sexo e identidade: um levantamento das publicações relacionadas à prostituição no Brasil. **Episteme,** Tubarão , v. 10/11, n. 30/31, p. 169-188, 1993.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem.** Estados Unidos da América, 10 dez. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 27 ago. 2011.

PEDROSO, Regina Célia. Utopias penitenciárias projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil. **Rev. hist.**, São Paulo, n. 136, jul. 1997 . Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-83091997000100009&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 20 out. 2011.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2004.

_____.**Manual de Direito Penal Brasileiro:** Parte Especial Arts. 121 a 234 do CP. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Especial – arts. 184 a 288.** 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2006. v. 3.

_____.**Elementos de Direito Penal.** São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005. v. 2.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 2011.006322.6, de 16 de junho de 2011**. Relator: Desembargador Caio Alencar. Câmara criminal. Impetrante: Bel. Navde Rafael Varela dos Santos (OAB/RN 3.755-e) Paciente: Antônio Carlos Delmiro da Silva. Autoridade coatora: Exmª Srª. Drª. Juíza de Direito da Origem Comarca de Jucurutu. Disponível em: <http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J> Acesso em: 16 de out. 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 2010.036720-0, de 18 de agosto de 2011**. Des. Substituto José Everaldo Silva. Quarta Câmara Criminal. Apelante R.V.V. Advogado Fábio Farah Dell'Oso (19666/SC). Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Origem Comarca de Balneário Camboriú. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.todas=2010.036720-0&parametros.rowid=AAAQr%2BAABAAC0GaAAF> Acesso em: 16 de out. 2011.

SILVA, David Medina da. **O crime Doloso.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 27 ed., 2006.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIGARELLO, Georges. **Histoire du viol - XVIe - XXe siècle.** 1. Ed. Paris, França: Éditions Du Seuil, 1998.