



UEPB

Universidade Estadual da Paraíba

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES-CH
CURSO DE DIREITO

IANNY CAMILA GALDINO DUARTE

**ESTUPRO DE VULNERÁVEIS DE ACORDO COM AS ALTERAÇÕES
PROMOVIDAS PELA LEI 12.015/09**

GUARABIRA

2016

IANNY CAMILA GALDINO DUARTE

**ESTUPRO DE VULNERÁVEIS DE ACORDO COM AS ALTERAÇÕES
PROMOVIDAS PELA LEI 12.015/09**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentada à banca examinadora da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Me. Cláudio Lameirão

GUARABIRA

2016

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

D812e Duarte, Ianny Camila Galdino
Estupro de vulneráveis de acordo com as alterações
promovidas pela Lei 12.015/09. [manuscrito] / Ianny Camila
Galdino Duarte. - 2016.
36 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2016.
"Orientação: Prof. Ms. Cláudio Lameirão, Departamento de
Direito".

1. Lei 12.015/09. 2. Estupro de vulnerável. 3.
Vulnerabilidade Absoluta. I. Título.

21. ed. CDD 364.1532

IANNY CAMILA GALDINO DUARTE

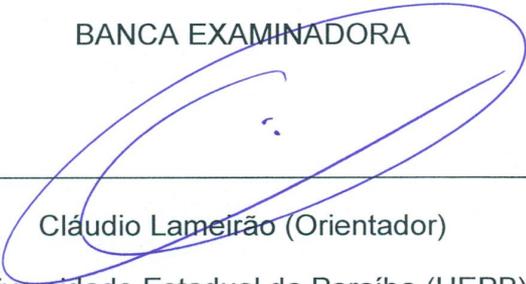
ESTUPRO DE VULNERÁVEIS DE ACORDO COM AS ALTERAÇÕES
PROMOVIDAS PELA LEI 12.015/09

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentada à banca examinadora da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em: 16/05/16.

BANCA EXAMINADORA



Cláudio Lameirão (Orientador)

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Edigardo Ferreira Soares Neto

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Ivson Sheldon Lopes Duarte

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Dedico este trabalho ao meu esposo Felipe Rodrigues, a nossa filha Cecília Galdino, e a minha mãe Joana Dar'c, por me apoiarem em todos os momentos da minha vida e, acima de tudo, terem acreditado que eu seria capaz.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus que nos permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como universitária, mas em todos os momentos que sempre necessitei.

Ao meu orientador Professor Cláudio Lameirão, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Agradeço a todos os professores por me proporcionar o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional, por tanto que se dedicaram a mim, não somente por terem me ensinado, mas por terem me feito aprender, além de todo o apoio dado num momento muito difícil de nossa vida.

Agradeço a minha mãe Joana Dar'c, heroína que me deu sempre o seu apoio e incentivo.

Agradeço ao meu esposo Felipe Rodrigues, por todo o seu apoio e incentivo, por sempre ter acreditado no nós, e apesar de todo o momento de turbulência ao qual passamos, hoje juntos estamos realizando mais um sonho e objetivo na nossa vida.

Agradeço a minha filha Cecília Galdino, por ter me feito saber o que é o verdadeiro amor, e me fazer lutar todos os dias para lhe proporcionar o melhor.

Agradeço a minha sogra Mirtes Rodrigues e meu sogro Ednaldo Onofre, por todo o apoio, apesar do momento difícil que passaram, mas que sempre estiveram do nosso lado nos incentivando para não desistir do sonho.

Meus agradecimentos aos amigos da turma, pelo companheirismo e força que foi dada a todo momento e pela amizade a qual nunca será esquecida.

Aos companheiros de trabalho, e irmãos na amizade que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida com certeza.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar as modificações decorrentes do surgimento da Lei 12.015/09, enfatizando o crime de estupro de vulneráveis, mostrando quais as alterações trazidas por essa. O crime de estupro acontece desde a antiguidade, e é de grande relevância na nossa atualidade, motivo pelo qual houve o interesse de discorrer sobre o tema. É ainda, nos dias hodiernos, um dos crimes dos quais recebem punições mais rígidas das existentes no âmbito penal. Com as alterações trazidas pela lei em estudo, criou-se através do art. 217-A do Código Penal, o crime de estupro de vulnerável, abarcando nesse, os menores de 14 (catorze) anos, e os que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Sobre esse crime, o legislador optou pela presunção absoluta da violência, indo de encontro com grande parte da doutrina e jurisprudência, as quais defendiam e julgavam pela relativização da violência. Busca ainda distinguir a pedofilia do estupro de vulnerável. Utilizou-se instrumentos doutrinários, tais como livros de renomados autores que tratam sobre o tema, artigos publicados na internet e uso de entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores. O que merece destaque, é que mesmo a lei objetivando essa presunção absoluta, a doutrina continua em forte discursão, objetivando a presunção relativa a depender da análise do caso concreto.

Palavras-Chave: Lei 12.015/2009. Estupro de vulnerável. Presunção de vulnerabilidade. Direito Penal.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as mudanças ocorridas no crime de estupro, em consonância com as alterações provenientes da Lei 12.015/09, as consequências advindas para o nosso sistema penal, buscando enfatizaras novas formas de proteção aos vulneráveis.

Em nossa realidade social, o abuso sexual contra crianças e adolescentes é uma constante, onde se presencia rotineiramente a atuação de pedófilos que utilizam de inúmeros artifícios a fim de praticar algum ato de cunho sexual contra vulneráveis, muitas vezes de forma brutal.

Como os vulneráveis em sua maior parte são pessoas que se encontram em transação física, psicológica e sociocultural, ou seja, em um período de formação de personalidade, conceitos e autoconhecimento, as consequências que esse tipo de crime produz, são devastadoras, provocando traumas em sua maioria inesquecíveis e impeditivos da vítima ter uma vida normal.

Em face da dimensão desta problemática, foi percebido pelos legisladores que havia uma inadequação da lei penal brasileira á realidade, e com base nesta foi elaborado o projeto de Lei 253 de 2004, o qual posteriormente foi transformado na lei 12.015/09. Ao realizar esta mudança, fica claro que a intenção do legislador era proporcionar uma maneira mais eficaz de proteção da dignidade da pessoa humana, de um ponto de vista sexual, buscando assim, uma adequação da norma á realidade social, com a proteção à moral e aos bons costumes.

A lei 12.015/09, modificou de forma considerável o Título VI do Código Penal Brasileiro, o qual se referia “Dos Crimes contra os Costumes” e passou a ser classificado “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, foi alterado ainda a lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90), bem como o Estatuto da Criança e do adolescente (Lei 8.069/90).

A partir dessas mudanças, vimos que ocorreu uma grande evolução no sistema penal brasileiro, posto que, a nova lei modificou vários assuntos polêmicos dentre eles, a questão da mulher ser considerada sujeito ativo no crime de estupro, bem como o homem como vítima, já que o termo usado com a alteração é “alguém”, que passou a integrar o art. 213, além da alteração da pena do crime de estupro e criar o crime de estupro de vulneráveis.

A natureza da vertente metodológica utilizada é a qualitativa, método de abordagem dedutivo, como método de abordagem da pesquisa, partindo-se de uma premissa maior, qual seja o direito penal, mas precisamente no que concerne ao crime de estupro de vulnerável após a vigência da Lei 12.015/09, tendo por objetivo demonstrar os motivos pelos quais a presunção da violência é absoluta, e expor as hipóteses e os motivos pelos quais deveria ser considerada relativa, foi ainda utilizada documentação indireta, pesquisas bibliográficas em que a base teórica ocorreu sob o posicionamento de renomados doutrinadores brasileiros, além de alguns sites do âmbito jurídico e posicionamentos jurisprudenciais.

Foi ainda proposto uma análise do novo termo vulnerabilidade e a atual realidade dos jovens considerados protegidos por essa vulnerabilidade e sua capacidade de consentir plenamente para prática de atos sexuais, e expor as teorias doutrinárias sobre a temática da presunção de vulnerabilidade surgida com a nova Lei em estudo.

No primeiro capítulo foi realizado um apanhado geral sobre o crime de estupro, e as principais alterações advindas com a Lei 12.015/09, explanando de uma forma geral o bem jurídico protegido, as mudanças ocorridas com relação aos sujeitos do crime, dentre outros pontos, com o objetivo de realizar uma explanação de modo geral.

O segundo capítulo, foi explanado sobre o surgimento e tratado sobre a situação posterior a Lei 12.015/09, com as mudanças encontradas perante o crime de estupro de vulnerável.

O terceiro capítulo vem com a função de demonstrar qual a realidade brasileira quanto a esse crime, a forma como ele acontece, e se a forma que os vulneráveis são protegidos na letra da lei, está de acordo com a necessidade social, analisando por exemplo, se a forma com que os menores de 14 (quatorze) anos são tratados perante a lei no que se refere a sua sexualidade, está em acordo com a vida sexual dos adolescentes brasileiros, bem como foi expostas as discussões existente na doutrina acerca do estupro de vulnerável, e a presunção absoluta, analisando ainda os aspectos positivos e negativos após o surgimento da Lei 12.015/09.

Por fim, foi destacado o estupro como incluso no rol dos crimes hediondos e, a diferença do estupro de vulnerável e a pedofilia e a ligação entre eles.

Sabemos que o tema abordado é muito complexo e que o presente trabalho não será capaz de esgotá-lo devido às suas limitações. Entretanto, buscaremos contemplar os aspectos que julgamos mais relevantes para um bom entendimento.

1 EVOLUÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO NO CÓDIGO PENAL

Os crimes sexuais, no que se refere o estupro e o antigo crime de atentado violento ao pudor, durante toda a existência humana, sempre foram repudiados e reprimidos pela sociedade, o que no decorrer dos anos foi observado pelos nossos legisladores, os quais enquadraram tanto o crime de estupro como o de estupro de vulnerável, no rol dos crimes tidos como hediondos, Lei 8072/90, art. 1, inciso V e VI, respectivamente.

Há muito tempo o estupro praticado contra a mulher, era motivo de preocupação no Brasil, e sua evolução nos Códigos Penais ocorreu devido as modificações de comportamento e ao novo modelo de sociedade que foi se estabelecendo no nosso país, o que despertou a necessidade de criação de leis mais adequadas ao novo modelo de sociedade instalada no Brasil.

Face a toda essa problemática, ocorreu a necessidade de uma mudança no Código Penal, onde tanto o crime de atentado violento ao pudor com o estupro começaram a ser individualizados, o estupro que antes era tido como crime contra a propriedade passou a ser considerado como um crime contra a pessoa, porém essas mudanças não foram suficientes para que ocorresse uma condenação mais severa e eficaz.

Dentre tais mudanças ocorridas ao longo dos anos, a mais recente, trazida pela Lei 12.015/2009, foi a que gerou mais discussões e controvérsias entre os juristas, pois passou a tratar o estupro mais rigorosamente, e passou a nomear os crimes sexuais como crimes contra a dignidade sexual, trazendo consigo penas mais graves e severas bem como agravamento de medidas processuais.

O nosso Código Penal, previa o crime de estupro e atentado violento ao pudor no Título VI, onde recebia a nomenclatura de “Dos crimes contra os costumes”, e como já dito eram crimes distintos até o surgimento da Lei 12.015/09, onde no art. 213 do CPB previa o crime de estupro da seguinte forma: “ Constranger mulher á conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de seis a dez anos”. (Art. 213, CPB, in: VADE MECUM PENAL, 2009, p.361).

Então, infere-se que o estupro era um ato constrangedor praticado pelo homem contra a mulher, forçando-a por meio de violência ou mediante grave ameaça, a manter com ele conjunção carnal. Assim, apenas os atos cometidos

contra a mulher, através da conjunção carnal, eram considerados estupro, as outras formas de satisfazer a lascívia e até os atos praticados contra o sexo masculino eram considerados crimes de atentado violento ao pudor, previsto no art. 214 do CPB. Ou seja, a lei considerava apenas a mulher como sujeito passivo do crime, e para ser configurada a prática do crime era necessário haver a conjunção carnal, ou seja, a introdução do órgão sexual masculino na cavidade vaginal.

1.1 Do bem jurídico protegido

O bem juridicamente protegido do referido dispositivo era então a liberdade sexual da mulher. Segundo Rógerio Greco (2010, p. 452) a liberdade sexual significa a capacidade, nesse caso da mulher, de dispor sexualmente de seu corpo da maneira que lhe convier, escolhendo a hora e a pessoa com quem queira se relacionar sexualmente, sem que seja coagida pelo uso da violência ou grave ameaça. É a faculdade dada á mulher de aceitar ou rejeitar seu parceiro sexual, inclusive se este for seu marido.

“A liberdade sexual da mulher é resguardada, pois a mesma tem o direito de dispor do seu corpo em relação aos atos sexuais, e não apenas a sua integridade física”. (MIRABETE, 2010)

1.2 Sujeitos no crime de estupro antes da Lei 12.015/2009

De acordo com a redação da lei do crime em comento, apenas o homem era considerado sujeito passivo no crime de estupro, pois só ele poderia obrigar a mulher a manter com ele conjunção carnal, ou seja, a cópula vaginal, pois só o sexo masculino é capaz de introduzir seu órgão sexual o pênis na cavidade vaginal da mulher, então esta era sempre o sujeito passivo.

Somente o homem pode ser sujeito ativo do crime de estupro, porque só ele pode manter com a mulher conjunção carnal, que é o coito normal. (DAMÁSIO, 2008).

Importante ainda salientar a possibilidade do estupro praticado pelo marido em face de sua esposa, quando ocorre a coação por meio de violência ou grave ameaça, a manter relação sexual com o varão, entendendo a maioria da doutrina ser possível tal crime numa relação conjugal, tendo em vista ter a mulher o

direito de dispor de seu corpo livremente, sendo inadmissível que a mesma seja forçada a suprir a vontade sexual de outro, até mesmo do seu marido.

1.3 Atentado violento ao pudor

Com relação ao constrangimento sofrido pelo homem, esse era tratado como crime de atentado violento ao pudor, com previsão legal no antigo artigo 214 do CPB, este revogado pela Lei 12.015/2009, conforme podemos observar: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena – reclusão de seis a dez anos” (Art. 214, CPB, in: VADE MECUM PENAL, 2009, p.361).

Esse crime surgiu, a partir do momento em que o legislador sentiu a necessidade de tutelar o direito do homem em dispor livremente do seu corpo, tendo em vista que o crime de estupro tutelava apenas o direito referente a mulher, e nesse crime fica claro através da letra da lei que o constranger alguém não generaliza nenhum sexo. Fica ainda esclarecido que para configuração deste crime, é necessário praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

1.4 Tipicidade do crime

No crime de estupro, a tipicidade é subdividida em tipicidade objetiva e tipicidade subjetiva. Segundo Mirabete (2010, p.409):

A tipicidade objetiva, diz respeito ao fato de manter a conjunção carnal, sendo imprescindível para sua configuração o emprego de violência ou grave ameaça. A ameaça tinha que ser grave, a ponto de atingir a vítima de modo que ela se sentisse sujeita a um mal considerável quando da recusa do ato, não importando a justiça ou injustiça do mal.

Já a tipicidade subjetiva, se refere ao dolo do agente, ou seja, o intuito de produzir o resultado, que no crime de estupro consiste na vontade de se obter a conjunção carnal, de forma livre e consciente por parte do criminoso, quando no constrangimento da vítima em obriga-la mediante violência ou grave ameaça, a ter com ele conjunção carnal.

1.5 Do crime consumado e tentado

A consumação se dá com a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina, não se exigindo a ejaculação nem se for o caso o rompimento do hímen.

A forma tentada ocorre em casos que após o constrangimento, o crime não ocorre por circunstâncias contrárias a vontade do agente, a título exemplificativo podemos citar o aparecimento de uma terceira pessoa.

Pode ainda ocorrer segundo Mirabete, a desistência voluntária, quando o agente por sua vontade não dá continuidade a execução do delito (MIRABETE, 2010).

2 O SURGIMENTO DA LEI 12.015/09

Iniciou-se quando da criação de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), em 2003, quando foi observado pelo legislador, o exaustivo crescimento perante a sociedade, das diversas formas de exploração sexual, principalmente contra crianças e adolescentes, tendo as atividades sido desenvolvidas por um ano e, após a visita feita a 21 estados, foi elaborado relatório final, o qual foi apresentado ao Congresso Nacional em meados do ano de 2004, e sido elaborado o Projeto de Lei n. 253, de 13/09/2004.

O citado projeto de Lei, quando encaminhado para a Câmara dos Deputados, em face de projeto de lei substitutivo, recebeu o n. 4.850/2005, sendo que, ao final, foi proposta uma consolidação das emendas de vários Deputados Federais, de onde resultou o texto transformado na Lei n. 12.015, de 07/08/2009, publicada no Diário Oficial da União, Seção 1, de 10/08/2009, a qual findou alterando o Título VI da parte especial do Código Penal, que antes recebia a denominação “Dos crimes contra os costumes” e hoje a sua denominação é “Dos crimes contra a dignidade Sexual”, modificando assim o eixo de proteção jurídica, tutelando agora a dignidade da pessoa vista sob o aspecto sexual.

2.1 O Crime de estupro e suas mudanças após o advento da Lei 12.015/09.

A lei 12.015.09/90, atendendo a algumas reivindicações que a doutrina já cobrava há tempos, alterou o art. 213 do Código Penal, unificando os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, passando este a ser modalidade daquele crime, unindo-os em um único dispositivo, evitando-se assim, várias controvérsias no que diz respeito a esses tipos penais, como por exemplo, ocorria sobre a possibilidade de haver a continuidade delitiva, visto que os nossos próprios Tribunais Superiores, não eram unânimes quanto a esta questão. (GRECO, 2010, p. 449)

Então a nova Lei, alterou o art. 213 do Código Penal, que ficou assim redigido:

TÍTULO VI
DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL
CAPÍTULO I
DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

A nova redação dada a este crime é resultante da fusão do crime de estupro com o crime de atentado violento ao pudor, o qual fora revogado. Assim preceitua Mirabete (2012, p.389):

A nova redação dada ao crime de estupro, resulta da fusão, com alteração, de dois tipos previstos na redação original do Código Penal, o de estupro, definido no mesmo art. 213, que incriminava o constrangimento da mulher à conjunção carnal, e o atentado violento ao pudor, antes descrito no art. 214, que punia o constrangimento de alguém, homem ou mulher, à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Assim, segundo Capez (2014), a recente epígrafe do crime de estupro, no entanto, veio a tipificar a atuação de constranger qualquer pessoa seja ele

homem ou mulher a manter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso. Antes da modificação da Lei 12.015/09, a prática de outro ato libidinoso configurava o delito de atentado violento ao pudor que hoje em dia uniu-se ao delito de estupro sem importar em *abolitio criminis*.

Então, com a revogação do art. 214 do Código Penal, não houve *abolitio criminis*, em relação ao atentado violento ao pudor, e sim a sucessão de leis penais, concluindo assim, que tanto os crimes praticados antes, quanto os praticados após o advento da lei 12.015/09, em atenção ao princípio da continuidade normativo-típica, continuam a serem crimes, só que agora tipificado no art. 213 do Código Penal, como crime de estupro.

Observa-se então que, ambos os crimes, exigiam para sua consumação, o emprego de violência ou grave ameaça, e o dissenso da vítima, ou seja, a conduta criminosa em ambos os crimes era a mesma, o que os diferenciavam era o modo como a dignidade sexual era atingida, sendo pela conjunção carnal, no antigo crime de estupro e pela prática de qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal, no crime de atentado violento ao pudor.

2.2 Sujeitos do crime

Uma das mudanças trazidas com a nova interpretação ocorrida com o crime de estupro, foi com relação ao sujeito ativo do crime, pois antes apenas a mulher poderia a ser vítima de tal crime, e o homem o sujeito passivo. Com a intromissão da Lei 12.015/09, a mulher pode ser sujeito ativo do delito de estupro.

É possível, desta feita, que haja estupro cometido por homem contra mulher, homem contra homem, mulher contra mulher ou por esta contra homem. (DAMÁSIO, 2008, p. 125)

Nas palavras de Greco (2015, p.470):

Assim, 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. No que diz respeito à prática de outro ato libidinoso, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, bem como sujeito passivo, tratando-se, nesse caso, de um delito comum.

Atualmente com a nova lei, essa questão tornou-se legal, em virtude do texto da lei mencionar “alguém” e não mais generalizar gênero.

3 ESTUPRO DE VUNERÁVEL

Seu surgimento se deu devido a mais uma alteração trazida pela lei 12.015/09, que no seu art. 217-A fez surgir à figura do novo tipo penal de estupro de vulnerável, com a seguinte descrição:

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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Anteriormente ao surgimento da mencionada lei, o ato sexual praticado contra pessoa vulnerável, a depender do caso concreto, configurava estupro ou atentado violento ao pudor, sendo o crime contra vulnerável considerado como presumido de acordo com o antigo art. 224, do Código Penal, que hoje encontra-se revogado, o qual era descrito da seguinte forma:

Art. 224- Presume-se a violência, se a vítima:
a) não é maior de 14 (catorze) anos;
b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
c) não pode, por qualquer causa, oferecer resistência.

O referido delito foi alvo de inúmeros questionamentos entre os doutrinadores, no que se refere ao antigo art. 224, “a”, o qual vinha sendo considerado ineficaz pelo fato dos adolescentes de 14 anos não mais poderem ser vistos com a mesma vulnerabilidade que os adolescentes da época em que o Código Penal foi escrito, e assim a lei acabou sendo modificada e a definição do crime de “Corrupção e Sedução de menores” passou a ser denominado “Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável”.

Tal providência veio a confirmar a tese de que a proteção ao menor, ou qualquer outro vulnerável, é de grande relevância, por se tratarem de pessoas extremamente indefesas merecendo assim tratamento especial. Importante salientar que a nossa própria Carta Magna impõe uma maior proteção ao menor, onde no seu art. 227, § 4º prevê: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”

De acordo com Mirabete e Fabrini (2010, p.413), o art. 217-A possui como objeto de tutela questões relacionadas à dignidade sexual, o sadio desenvolvimento sexual e a liberdade física e psíquica em matéria sexual. Portanto, no caput do artigo tutela-se o desenvolvimento sexual do menor, partindo da premissa de que este não possui capacidade de manter relações com liberdade de natureza sexual. No §1º destacam-se as pessoas que se equiparam aos menores de 14 (catorze) anos, tendo nesse caso como objeto de tutela, a liberdade sexual daqueles que estão incapacitados por qualquer outra causa.

Importante ainda mencionar, que apesar das interpretações dadas pela doutrina com relação ao que vem a ser essa vulnerabilidade, a lei não trouxe uma definição clara sobre este vocábulo, deixando a cargo do interprete do direito quais seriam as pessoas alcançadas por essa vulnerabilidade, tendo então a doutrina se posicionado sobre a sua definição.

Fazendo uma interpretação da lei, observa-se que o vulnerável não é apenas o menor de 14 (catorze) anos, mas também aquele que apresenta alguma enfermidade ou deficiência mental, ou aquele que não possa oferecer resistência por qualquer motivo, vulneráveis estes que são objeto material do delito.

Para Capez (2014), vulnerável é todo indivíduo que se encontra em situação de fragilidade ou perigo.

Então, verifica-se que o art. 224 do Código Penal foi revogado e fez surgir o art. 217-A, onde o legislador objetivou proteger o menor, sem levar em consideração a sua experiência sexual, que mesmo que a tenha, o sujeito que manter relação sexual com esse, estará cometendo o delito de estupro de vulnerável.

3.1 Sujeitos ativo e passivo, elemento objetivo e subjetivo do tipo.

O estupro de vulnerável é considerado crime comum, no que se refere a ao sujeito ativo do delito, visto que, pode ser praticado tanto por um homem quanto por uma mulher, todavia, quando do crime resultar conjunção carnal, necessariamente o autor deve ser do sexo oposto ao da vítima por exigência do coito normal, do contrário, será configurado o crime de estupro de vulnerável por ocorrência do ato libidinoso. (GRECO, 2012)

Quanto ao sujeito passivo, a vítima necessariamente deverá ser um vulnerável, pois do contrário se configuraria outro crime que não este.

O delito poderá ser cometido por qualquer pessoa, sendo assim crime comum. Onde a vítima, somente pode ser menor de 14 (catorze) anos ou portadora de enfermidade ou deficiência mental, sendo esses incapazes de discernir sobre este ato, ou ainda não tenha condições de oferecer resistência, por qualquer outra causa. (CUNHA, 2014).

A conduta típica objetiva deste crime é a prática da conjunção carnal ou ato libidinoso com qualquer vulnerável, não se exigindo para configuração do mesmo o emprego de violência, grave ameaça para que se consuma o crime, sendo suficiente a prática do ato sexual com o vulnerável, pois este por si só já se encontra em situação de fragilidade, presumindo-se que não existe a capacidade para resistir ao ato pelo ofensor, mesmo que a vítima tenha a compreensão da natureza do ato. Assim, asseveram Mirabete (2012, p.414) e Damásio (2011, p.161), respectivamente:

No estupro de vulnerável, a conduta típica é a de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos ou com pessoa vulnerável nos termos do § 1º. [...] não se exige para a caracterização do estupro de vulnerável que o agente empregue violência, grave ameaça ou fraude para a consumação do delito, bastando a prática de um dos atos sexuais com a pessoa vulnerável.

[...] 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 senso médio e a intenção do agente, natureza libidinoso.

Quanto ao elemento subjetivo do crime em comento, este é o dolo, somente punindo o agente se por parte dele existir a consciência e a vontade de praticar a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com um vulnerável, exigindo-se ainda que o mesmo tenha prévio conhecimento da situação de vulnerabilidade

vítima, ou dúvida quanto a essa, circunstância essa que configuraria o dolo eventual. Nas palavras de Cunha (2012, p. 466): “O crime é punido a título de dolo, devendo o agente ter ciência de que age em face de pessoa vulnerável”.

3.2 A vulnerabilidade

A vulnerabilidade, como estamos vendo, é essencial para que seja configurado o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal, pois se vislumbra à proteção de todas as pessoas que possuem pouco ou nenhum discernimento em matéria sexual, não sendo capazes de responder sobre sua liberdade sexual, representando assim uma fragilidade, ou até mesmo incapacidade do sujeito passivo deste crime.

Esta vulnerabilidade no nosso código penal está presente no caso da vítima ser menor de 14 (quatorze) anos, que desde a revogação do art. 224 do CP, passou a receber uma proteção especial quanto a sua sexualidade, posto que a sua personalidade encontra-se em processo de formação, não havendo assim maturidade suficiente para responder por sua liberdade sexual. Uma outra justificativa utilizada como fundamento para tanto rigor na proteção aos menores, se dar devido a que a maioria dos crimes vitima as crianças mais desprotegidas, que vivem em situação de miséria tanto material como moral.

Uma segunda hipótese, diz respeito à quando a vítima por enfermidade ou inconsciência mental, não possui necessário discernimento para a prática do ato sexual, que na lei atual, exige apenas que a pessoa a ser violentada não tenha condições mentais para práticas sexuais, não sendo necessário que o autor tenha prévio conhecimento sobre a deficiência da vítima, como ocorria anteriormente a Lei 12.015/09. Entretanto, não se deve considerar que toda pessoa acometida por uma deficiência, não tem discernimento sobre a prática do ato sexual, fazendo-se necessário analisar o grau de sua deficiência e de discernimento quanto o tema, pois é comum existir pessoas com uma deficiência de grau mínimo que não as torna incapaz de ter uma vida sexual ativa, e constituir família.

Segundo Greco (2010, p. 516):

Não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido. O que

a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

Finalizando, temos a vítima que por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, ou seja, as pessoas impossibilitadas de resistirem, por uma incapacidade momentânea, como por exemplo, quem se encontra em estado de embriaguez, uma vítima idosa, quem estar em estado de coma, ou com mobilidade física, a exemplo da tetraplegia, dentre outros. Assim, afirma Odon Ramos Maranhão, médico legista:

Se a vítima não tiver ou não puder usar o potencial motor, é evidente que não pode oferecer resistência. Assim, doenças crônicas e debilitantes (tuberculose avançada, neoplasia grave, desnutrições extremas etc.); uso de aparelhos ortopédicos (gesso em membros superiores e tórax; gesso aplicado na coluna vertebral; manutenção em posições bizarras para ossificação de certas fraturas etc.); paralisias regionais ou generalizadas; miastenias de várias causas etc. são casos em que a pessoa não pode oferecer resistência. Às vezes, não pode sequer gritar por socorro, seja pela grave debilidade, seja pelas condições do local onde se encontre. (apud GRECO,2010).

Deste modo, a proteção que a legislação quis proporcionar aos vulneráveis, objetiva proteger a dignidade sexual dos que por si só, não tem capacidade de se expressar, proteger e se defender.

3.3 Discussões acerca do estupro de vulnerável

Após o surgimento da Lei 12.015/09, a qual gerou uma mudança legislativa que criou o instituto do estupro de vulnerável, foi gerada entre os estudiosos do direito divergências, sendo discutidos além dos benefícios e malefícios trazidos pela referida lei, outras questões controvertidas como o consentir da vítima, a proporcionalidade das penas, a forma de atuação do Estado ante ao delito, mas o principal ponto controvertido encontra-se principalmente ao se tratar do termo “presunção de inocência”, onde não se especificava qual a sua natureza, se relativa, que é aquela que se admite prova, ou se absoluta, sendo aquela que não é admitido prova em contrário.

Para o grande jurista Rogério Greco, a presunção da vulnerabilidade é absoluta, por não existir fato mais objetivo que a idade, senão vejamos:

Uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais. Sua personalidade ainda estava em formação. Seus conceitos e opiniões não havia ainda se consolidado. (GRECO, 2010, p. 518).

Então, de acordo como esse pensamento, só o fato de ter existido conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos já configuraria por si só o crime de estupro de vulnerável, e seriam eles absolutamente vulneráveis.

Uma outra corrente doutrinária defende a presunção de natureza mista, podendo ser a depender da situação, ora a vulnerabilidade é absoluta, ora ela pode ser relativa. Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci (2009, p.53,54) explica que do mesmo modo que há capacidade civil absoluta e relativa e inimputabilidade e semiputabilidade, existe vulnerabilidade absoluta e relativa. Para o mesmo a presunção é mista, sendo absoluta para a maioria dos casos, especialmente para as pessoas menores de 12 anos e relativa para as situações excepcionais, para as figuras vulneráveis menores de 14 anos ou equiparados pela lei:

O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, 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 à vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. (NUCCI, 2009, p.37).

Então, para essa corrente doutrinária, seriam absolutamente vulneráveis os menores de 14 anos, os que por enfermidade ou deficiência mental não tiveram nenhum discernimento para a prática do ato sexual e aqueles que por qualquer outra causa não sejam capazes de oferecer resistência ao ato. Já os maiores de 14 anos e menores de 18 anos, os deficientes mentais ou os enfermos que apresentarem algum discernimento para tomar decisões sobre sua vida sexual e os parcialmente capazes de oferecer resistência ao ato, seriam relativamente vulneráveis, devendo ser analisado o caso concreto para então enquadrar a vulnerabilidade de cada vítima no momento do ato. Nucci (2009, pag 37,38) ainda

questiona a vulnerabilidade absoluta dos adolescentes entre 12 e 13 anos, afirmando que se encaixariam melhor em uma vulnerabilidade relativa, devido o alcance mais precoce da maturidade sexual na atualidade.

Deste modo, verifica-se que entre os operadores do Direito, não há um conceito único sobre vulnerabilidade, o que torna dificultoso delimitar qual o grupo de pessoas que o legislador buscou proporcionar uma maior proteção.

Entretanto, buscando encerrar as discursões sobre o assunto, a Lei 12.015/09, que criou o crime de estupro de vulnerável, em sua justificção ao projeto da referida lei, criou um tipo penal específico, visando impedir qualquer forma de relativização do tipo, ao afirmar que não cuidava-se mais de objetiva presunção de violência, mas de objetividade fática, senão vejamos parte da justificção do projeto de Lei 253/04 do Senado:

Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. 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 possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferece 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 entre o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais.

Para algumas correntes doutrinárias, o legislador tentou lubridiar o ordenamento para acabar com a discussão sobre a natureza da presunção de violência e impor como absoluto o caráter de vulnerabilidade para prática de atos sexuais do menor de 14 anos. Para Bitencourt (2011, p. 95) “trata-se, inequivocadamente, de uma tentativa dissimulada de estancar a orientação jurisprudencial que se consagrou no STF sobre a relatividade da presunção de violência contida no dispositivo revogado”

Apesar de toda essa mudança, por se tratar da mesma incapacidade de menor de 14 anos para prática de qualquer ato sexual, as discursões doutrinárias e jurisprudenciais continuam a respeito da vulnerabilidade relativa ou absoluta. “Essa presunção implícita, inconfessadamente utilizada pelo legislador, não afasta aquela discussão sobre a sua relatividade, naquela linha de que o rótulo não altera a substância”. (BITENCOURT, p. 95, 2011). “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”. (NUCCI, p. 99, 2012)

É nítido e notório que os comportamentos, valores e pensamentos evoluíram juntamente com a sociedade, sendo hoje, o desenvolvimento mental do jovem muito mais evoluído, devido ao maior acesso aos meios de informação, como exemplo o uso desenfreado de internet, onde os meios de informação são mais diversificados e de fácil acesso e com muita velocidade, tornado o amadurecimento precoce da criança dos dias atuais, não podendo ser comparada com uma criança de cinquenta anos atrás, o que se torna inaceitável que essa seja considerada com a mesma limitação que hoje possui uma criança com acesso veloz e precoce, a todos os tipos de informações, inclusive de cunho sexual.

Então, nos parece mais viável concordar com a corrente doutrinária que defende a presunção de natureza mista, como exemplo do jurista Nucci, pois a vulnerabilidade só deveria ser absoluta para os menores de 12 anos de idade, as quais o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, considera como criança, e carecedoras de maior tutela por parte do Estado. Já no caso da faixa etária compreendida entre 12 e 14 anos, que segundo o referido Estatuto são adolescentes, deveria ser levada em conta sua maturidade e a vida levada, para, então, punir ou não, de forma justa, aquele que pratica atos sexuais com estes, ou seja, a presunção deveria ser relativa, analisando minuciosamente o caso concreto.

3.4 Aspectos positivos e negativos após o surgimento do crime de estupro de vulnerável.

Sabemos que a lei 12.015/09, ao trazer à figura do crime de estupro de vulnerável, representou um grande avanço na proteção dos direitos das pessoas tidas como vulneráveis, dando maior atenção à criança e ao adolescente, no entanto como o direito é muito amplo, nem sempre ele consegue atender as expectativas

integralmente, o que gera grandes discussões entre os operadores do direito e faz surgir alguns aspectos negativos com relação ao referido crime, o que nos obriga a pontuar isoladamente tais aspectos.

3.4.1 Aspectos positivos

Não se pode negar que são muitos os aspectos positivos trazidos com a criação do crime de estupro de vulnerável, se apresentando de forma positiva perante a sociedade, pois protege figuras que por vezes foram totalmente esquecidas, visto que, além de proteger a criança e ao adolescente, oferece proteção ao deficiente físico ou mental, ou a pessoa que por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, como no caso da pessoa em estado de coma.

A revogação do art. 224 do CP ao qual se referia a presunção de violência, acaba sendo um ponto positivo, pois finaliza toda a discussão em torno da presunção de violência quando a vítima era menor de 14 anos, representando a preocupação maior que o legislador teve com aqueles mais frágeis, os menores de 14 anos e todos os que se encontram com capacidade física ou psíquica reduzida.

Então, o julgador, ao analisar o caso concreto, mesmo constatando que a vítima tem experiência sexual, e é esclarecida sobre o ato praticado e suas devidas consequências, não se deve dar importância, pois sendo ela vulnerável, a presunção da violência é absoluta.

Porém, o fim da presunção da violência, é um aspecto positivo em parte, pois acaba-se com a discussão e com as decisões controvertidas, no entanto, essa proteção taxativa pode vir a ser prejudicial, a depender do caso concreto, como por exemplo, um rapaz de 19 anos que namora uma menina de 13 anos, como consentimento dos pais da mesma, e mantém relação sexual com ela, pode ser severamente punido.

Um outro aspecto positivo é que não é necessário o uso de violência ou grave ameaça, bem como o fim das discussões sobre o *bis in idem*, pois com a revogação do art. 224 do CP, o art. 217-A do mesmo diploma legal, passou a se referir a conjunção carnal e outro ato libidinoso, constituindo assim um crime autônomo, pondo fim as discussões sobre o aumento de pena previsto na Lei 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos.

3.4.2 Aspectos negativos

O primeiro aspecto negativo a ser citado, é o fato do legislador ter taxado a idade de 14 anos para o sujeito passivo do crime, contrariando o conceito de criança previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que é uma lei mais nova que o Código Penal, onde define criança aquele com até doze anos de idade e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade, o que acabou deixando uma lacuna na lei com relação a proteção ao adolescente.

Um outro aspecto negativo é com relação aos adolescentes de 13 a 14 anos, pois para estes o fim da presunção relativa acaba representando um ponto negativo, principalmente para o julgador que fica preso a uma idade, e não pode observar o caso concreto, pois como já foi dito, hoje as informações chegam com muito mais velocidade, não podendo um adolescente de hoje, ser comparado a um de 50 anos atrás.

A aplicabilidade das penas, pode se apresentar como ponto negativo, visto que existem crimes mais graves com penas inferiores às do crime de estupro, e não poder usar do princípio da proporcionalidade no crime de estupro de vulnerável é um ponto extremamente negativo, visto que, em muitos casos, a pena aplicada é bem maior que a violação ao bem jurídico.

Por fim, observa-se que o legislador concedeu uma proteção aos deficientes físicos e mentais de forma taxativa, pois ao serem considerados vulneráveis, são incapazes de praticar atos sexuais, não observando que existem deficientes com plena capacidade de consentir e praticar atos sexuais.

3.5 O consentimento da vítima do crime de estupro de vulnerável.

O artigo 217-A do Código Penal, deixa muito claro que mesmo havendo o consentimento da vítima, o crime não será desconfigurado, pois a presunção de vulnerabilidade é absoluta.

Assim, o legislador ao tornar a presunção relativa em absoluta tirou a possibilidade do julgador exercer sua função com eficácia, pois não poderá aplicar a lei de acordo com o caso concreto, ficando preso a decisão legislativa e podendo até praticar uma injustiça por punir, muitas vezes uma pessoa que pode ser inocente.

De fato, a criança merece uma atenção especial, por ser a parte hipossuficiente no crime em análise, porém a criança é aquela que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê como sendo o menor de 12 anos de idade, a qual deve ser protegida independente do seu estágio de evolução, tendo em vista que não possui capacidade suficiente para consentir com a prática do ato sexual.

Já com relação ao menor de 14 anos e maior de 12 anos, uma grande maioria tende a concordar que havendo o consentimento da vítima, a presunção de vulnerabilidade deveria ser relativa, pois na sociedade em que estamos vivendo, de uma evolução em ritmo acelerado, é possível que um adolescente entre 13 e 14 anos já compreenda fatos ligados a sua sexualidade e seja capaz de consentir e ter uma vida sexual ativa, pois hoje como já dito, as próprias escolas já orientam neste sentido, bem como o acesso cada vez mais cedo aos meios de comunicação.

Com isso, é injusto que o autor do crime seja punido tão severamente por ter relação sexual de forma consentida da vítima, que por exemplo matinha um namoro, ficando os julgadores de mãos atadas, e podendo cometer uma injustiça ao aplicar uma pena tão severa.

Não se sabe, qual foi o parâmetro usado pelo legislador ao estipular como vulnerável o menor de 14 anos, o que o levou a achar que um adolescente de 13 anos de idade não tem o discernimento necessário para consentir a prática de ato sexual, mas o que se pode dizer, é que este ponto precisa necessariamente ser discutido entre os operadores do Direito, com a finalidade de obter decisões mais justas e penas mais proporcionais, pois aceitar essa presunção de forma absoluta é fechar os olhos para realidade da sociedade. Assim defende veemente o jurista Luis Flávio Gomes (2012):

Tanto na redação anterior como na atual, o crime de estupro contra menor de 14 anos não pode ser enfocado de maneira absoluta. Há incontáveis situações em que não se justifica o teor literal da lei. Imagine um rapaz de 18 anos que namora uma menina de 13, há tempos, na casa dos pais dela, fazendo parte da ambiência familiar (tudo com o consentimento dela e dos pais). Estamos falando de um namoro consensuado e público. Havendo relação sexual não violenta entre eles jamais será o caso de se afirmar a tipicidade material desse fato. Há tipicidade formal. Mas não se trata de resultado intolerável, nessa situação. Fica afastada a tipicidade material. Nem tudo que é formalmente, é materialmente típico. O direito não é matemática. A programação abstrata da norma não se confunde com sua incidência concreta. Cada caso é um caso em Direito penal. Considere-se, ademais, que qualquer pessoa, a partir dos 12 anos, é um adolescente. Há uma diferença muito grande entre criança e

adolescente. Na faixa etária dos 12 aos 14 anos tudo é relativo. Tudo depende do caso concreto, de acordo com nossa opinião.

Vale ressaltar mais uma vez, que apesar de haver essa grande divergência jurisprudencial quanto a essa presunção relativa de violência, a lei é bem objetiva fazendo com que nem a experiência, nem o consentimento dos pais para a prática do ato sexual torne-se uma atenuante no caso da vulnerabilidade.

4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL COMO CRIME HEDIONDO.

Conceitua-se hediondez como algo vicioso, sórdido, repulsivo ou pavoroso, no entanto, para classificar um crime como hediondo não é só porque o crime é praticado com extrema violência ou com requintes de crueldade, pois o rol de crimes hediondos previsto na Lei 8.072/90 é taxativo, e dentre os crimes previsto, está o estupro de vulnerável, no art. 1º, VI da referida lei.

Após divergências entre os tribunais, o STF justifica a inclusão deste crime no rol dos crimes hediondos, pelo fato das consequências do crime de estupro de vulnerável ir além de cicatrizes físicas, produzindo danos mentais até mesmo irreparáveis por se tratar de uma pessoa que ainda se encontra em formação psicológica transitória, no caso os menores de 14 anos, além do que, esse tipo de crime, é um dos que causam mais repulsa á sociedade, por tudo isso é que se justifica a punição mais rigorosa ao autor deste crime.

4.1 Das causas de aumento de pena

As causas motivadoras de aumento da pena no crime em estudo, está prevista no art. 226 do Código Penal, de acordo com a nova redação trazida pela Lei 11.106/05, determina:

A pena é aumentada:

I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; (Redação dada pela Lei nº 11.106 , de 2005)

II - 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;(BRASIL, 2016)

Já o art. 234-A, nos termos da redação que lhe foi dada pela Lei 12.015/09 assevera:

Nos crimes previstos nesse Título a pena é aumentada:

I-(vetado)

II-(vetado)

III- de metade, se do crime resulta gravidez e,

IV- de um sexto até a metade, se o agente transmite á vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

Quanto a agravante presente no art. 234-A, III, quando o crime resulta gravidez, nos diz Rogério Greco, a justificativa para tal agravamento:

Infelizmente tem sido uma constante que vítimas menores engravidem após terem sido violentadas sexualmente não somente por estranhos, como também por parentes ou por pessoas que possuem, para com ela, o dever de cuidado, proteção ou vigilância. A violência intra familiar, ou seja, aquela realizada no seio da família tem contribuído para essa triste realidade. Dessa forma, justifica-se o maior juízo de reprovação, com a aplicação da majorante, reprimindo com mais severidade, a ação de pedófilos que engravidam suas vítimas. (GRECO, 2009, p. 522)

Infelizmente tem sido uma constante que vítimas menores engravidem após terem sido violentadas sexualmente não somente por estranhos, como também por parentes ou por pessoas que possuem, para com ela, o dever de cuidado, proteção ou vigilância. A violência intra familiar, ou seja, aquela realizada no seio da família tem contribuído para essa triste realidade. Dessa forma, justifica-se o maior juízo de reprovação, com a aplicação da majorante, reprimindo com mais severidade, a ação de pedófilos que engravidam suas vítimas. (GRECO, 2009, p. 522)

No que se refere a agravante prevista no art. 234-A, IV, no caso do agente sabendo ou devendo saber ser portador de doença sexualmente transmissível, é necessário que tenha ocorrido a transmissão que será comprovada através de perícias.

5

5.1 Da Pena e da ação penal

A pena prevista no art. 217-A do CP, para quem comete o crime de estupro de vulnerável é de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Se houver lesão corporal de natureza grave, pena de reclusão de 10(dez) a 20(vinte) anos; se da conduta resulta morte a pena é de reclusão de 12(doze) a 30(trinta) anos.(art. 217-A, §3º e art. 217-A, §4º do CP)

A ação penal, antes das alterações trazidas pela Lei 12.015/09, era de natureza privada, exceto quando o crime era praticado no âmbito familiar, o que tornava a ação pública incondicionada, ou quando a vítima tinha carência econômica, que ficava a cargo do Ministério Público propor a ação mediante a representação da vítima.

Atualmente, conforme o parágrafo único do art. 225 do Código Penal, a ação penal para os crimes de estupro de vulnerável, será a pública incondicionada, posto que é levado em consideração a vulnerabilidade da vítima.

6 ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A PEDOFILIA.

Apesar do ato de pedofilia ser muito repudiado perante a sociedade, o nosso Código penal, não tipifica expressamente a pedofilia como crime, então, não existe o crime de pedofilia no nosso ordenamento jurídico, entretanto, segundo Greco (2010), embora o Código Penal não tenha utilizado tal expressão, esse comportamento será adequado ao crime de estupro de vulnerável por se tratar de manifestações libidinosas ou relações sexuais com menores de idade.

De acordo com o médico legista FRANÇA, pedofilia pode ser definida como:

(...) perversão sexual que se apresenta pela predileção erótica por crianças, indo desde os atos obscenos até a prática de manifestações libidinosas, denotando graves comprometimentos psíquicos e morais dos seus autores. É mais comum entre indivíduos do sexo masculino com graves problemas de relacionamento sexual, na maioria das vezes por serem portadores de complexo ou sentimento de inferioridade. São quase sempre portadores de personalidade tímida, que se sentem impotentes e incapazes de obter satisfação sexual com mulheres adultas. Geralmente, são portadores de distúrbios emocionais que dificultam um relacionamento sexual normal. Há até os que se aproveitam da condição de membros ou participantes de entidades respeitáveis que tratam de problemas de menores. Quando em indivíduos de baixa renda, estes distúrbios quase sempre vêm acompanhados do uso de bebidas alcoólicas e em muitos casos são de contatos incestuosos envolvendo filhos, enteados ou parentes próximos. Na maioria dos casos, a criança é ameaçada, submetendo-se a estes atos, temendo represália do adulto. (França apud Greco 2010, p. 524)

A partir deste conceito, percebe-se que existe uma diferença sim entre a pedofilia e o estupro de vulnerável, pois a pedofilia não é um tipo penal em si, mas sim um estado psicológico que advém de uma preferência sexual por crianças e isso não tem relevância jurídica, ao contrário do estupro de vulnerável, tipificado no art. 217-A do CP, que diz respeito a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso praticado contra menores de 14 anos.

Portanto, um pedófilo nem sempre pode ser considerado um criminoso, ou um agressor sexual, pois ele é um sujeito que possui atração sexual por crianças, não podendo ser considerado crime tal conduta por não haver previsão legal para isso, no entanto, se este sujeito vier a praticar conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com o menor de 14 anos, a sua conduta se enquadrará no art. 217-A do CP, pela prática do crime de estupro de vulnerável.

Ainda de acordo com o princípio da lesividade, para que ocorra um crime, deverá necessariamente existir uma conduta que lesione ou, ao menos ameace lesionar, um bem jurídico de um outro sujeito, e na pedofilia em si não há ocorre essa lesão. Não estamos com isso dizendo que o pedófilo não pratica o estupro de vulnerável, pois como já dito acima, a partir do momento que ele viola o bem jurídico, que pratica qualquer ato tipificado no art. 217-A, este responderá sim pelo crime de estupro de vulnerável, e na nossa realidade social, é muito comum vermos pedófilos praticando o crime de estupro contra menores de 14 anos, entretanto, é necessário entender que nem todo mundo que comete o crime de estupro de vulnerável pode ser considerado como pedófilo, pois como já vimos, a pedofilia é um transtorno psíquico, e nem todo sujeito que pratica o estupro de vulnerável sofre deste transtorno.

CONCLUSÃO

Como foi demonstrado ao longo deste trabalho, observa-se que as alterações trazidas pela Lei 12.015, trouxeram inúmeras mudanças para o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito a tutela a liberdade sexual, pois além das modificações advindas, houve a criação do art. 217-A, referente ao crime de estupro de vulnerável, intensificando dessa forma, a proteção contra as crianças e aos adolescentes.

Com tais modificações, o crime de estupro e atentado violento ao pudor, se tornaram o mesmo crime, podendo ser consumado tanto com a prática da conjunção carnal como com a prática de outro ato libidinoso, havendo uma multiplicidade de condutas e se praticando uma delas já caracteriza o mencionado delito. Esta lei inovou com relação aos delitos sexuais, porém continuou a ser crime hediondo.

Quanto à criação do crime de estupro de vulnerável, foi de grande importância, pois passou a tipificar como crime a prática de qualquer ato libidinoso ou conjunção carnal com menores de 14 (quatorze) anos, ou contra 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. Assim, de acordo com a previsão legal, o indivíduo que mantiver conjunção carnal, ou qualquer ato libidinoso, como o vulnerável, já adequa o agente ao delito.

Observou-se ainda, que o legislador buscou resguardar as vítimas que são vulneráveis, para que as mesmas sejam melhor assistidas pelo Estado, tendo a proteção não somente de seus familiares, mas também da sociedade e do Ministério Público.

Quanto a ação penal, para que pratica o estupro de vulnerável é a ação penal pública incondicionada, sendo ela, uma forma de proteção que o legislador encontrou para que os agentes que praticassem esse crime, não ficassem impunes, quando as vítimas se sentissem ameaçadas de denunciar, podendo assim o Ministério Público tomar as medidas cabíveis, de imediato, mesmo sem a concordância da vítima. No que concerne a pena, essa passou a ser mais gravosa quando em comparação com os demais tipos de estupro, demonstrando mais uma vez, a intenção do legislador de punir com mais rigidez os crimes praticados contra crianças e adolescentes.

Com isso, infere-se que as alterações apresentadas pela lei em estudo deram-se devido a evolução da sociedade e a necessidade de também promover mudanças no nosso Código Penal, que se manteve inalterado praticamente desde a sua criação em 1940. Procuramos deixar esclarecido no decorrer deste trabalho, a preocupação que o legislador teve com a violência sexual praticado contra as pessoas, principalmente contra os vulneráveis.

Foram ainda, tratadas as principais discussões doutrinárias em relação ao crime de estupro de vulnerável, entre elas, a que se refere à presunção objetiva de violência imposta taxativamente pela lei, mostrando que tal posição contraria a maioria dos doutrinadores, pois tal presunção encontra-se em desacordo com a realidade dos jovens brasileiros da faixa etária exigida na lei, tendo em vista a precocidade com que os jovens brasileiros iniciam a vida sexual e, na maioria das vezes pela sua própria vontade, sendo isso um fator que não pode ser ignorado pelos legisladores.

No que se refere às discussões, procuramos nos posicionar de modo a expressarmos a nossa crítica ante as falhas do legislador, expondo nossa opinião sobre os fatores controversos que encontramos na redação do art. 217-A, principalmente com a idade de consentimento da vítima, taxada pelo artigo, que inclusive contraria ao disposto no Estatuto da Criança e do adolescente, lei esta mais atualizada, e que considera criança quem tem até 12 anos de idade. Ora, consideramos um absurdo dizer, sem prévia análise do caso concreto, que o maior de 12 anos e menor de 14 anos, não tem discernimento para consentir a prática do ato sexual.

Dessa forma, afirma-se que ao criar o art. 217-A, as intenções dos legisladores foram as melhores possíveis, buscando proteger as crianças e adolescentes por estes serem os maiores vitimados do abuso sexual brasileiro. Entretanto, observa-se que o legislador, talvez pela ânsia de combater com mais severidade a exploração sexual infantil, acabou ocasionando uma punição muitas vezes incompatíveis com a realidade social, como por exemplo, uma pessoa que mantém relações sexuais consentidas, até mesmo pelos pais, com uma menor de 14 anos. Nesse caso observamos o poder invasivo do Estado nas relações sociais quando tira do indivíduo o direito de exercer a sua liberdade sexual.

As discussões sobre o surgimento do crime de Estupro de vulnerável são muitas, mas mesmo, ante a tantos pontos controvertidos, não se pode negar a

importância desse delito, e que representou um avanço sim na nossa legislação, tendo em vista que ainda presenciamos crimes sexuais bárbaros envolvendo crianças e adolescentes, e esta lei reflete a forte preocupação do Estado com as pessoas vulneráveis, no entanto, a providência que o Estado deveria tomar, partindo da premissa que o abuso sexual é um problema relacionado á educação deficiente e a falta de informação, devem produzir medidas sócio educativas e administrativas objetivando auxiliar as vítimas de estupro, e a partir daí, utilizar o Direito Penal.

ABSTRACT

This work aims to analyze the changes resulting from the emergence of Law 12,015 / 09, emphasizing vulnerable to rape crime, showing that the changes brought by this. The crime of rape has taken place since antiquity, and is of great relevance in our present time, which is why there was interest to elaborate on the subject. It is also, in modern-day days, one of the crimes of which receive stricter punishments existing in criminal matters. With the changes introduced by law in the study, was created by art. 217 of the Penal Code, the vulnerable crime of rape, covering this, minors under fourteen (14) years, and that by illness or mental deficiency, do not have the necessary insight to practice the act, or for any other cause, can not resist. About this crime, the legislator opted for absolute presumption of violence, meeting with much of the doctrine and jurisprudence, which defended and judged by the relativization of violence. Search still make pedophilia the vulnerable rape. We used doctrinaire instruments, such as books by renowned authors dealing on the subject, published articles on the Internet and use of jurisprudential understanding of the Superior Courts. What worth mentioning is that even the law aiming this absolute presumption, the doctrine remains strong increasing discussion, aiming the presumption depending on the individual case analysis.

Keywords: Law 12,015 / 2009. Rape vulnerable. Presumption of vulnerability. Criminal Law.

REFERÊNCIAS

_____. **Código Penal:** decreto lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.dji.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <<http://www.dji.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Lei n. 12.015**, de 7 de agosto de 2009. Brasília, DF, 7 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

BARROS, Francisco Dirceu. **A natureza jurídica da vulnerabilidade nos novos delitos sexuais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17215/a-naturezajuridica-da-vulnerabilidade-nos-novos-delitos-sexuais>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17° ed. São Paulo: Saraiva, 2011.7

BRASIL VADE MECUM PENAL. 6 ed. Recife-PE: Armador, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. volume 3.parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 12 ed. de acordo com a lei n° 12.850, de 2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Curso de Direito Penal:** parte especial. 4. ed. rev. e atual. Bahia: jusPODIVM, 2012. p. 451, Volume Único.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**, parte especial: arts. 121 ao 361. 6. ed. rev. ampl. e atualizada. Editora jusPODIVM. Salvador, 2014.

GOMES, Luis Flávio. **Estupro de vulneráveis e a presunção absoluta**. Disponível em: <<http://tacitoalves.blogspot.com.br/2011/09/estupro-de-vulneraveis-e-presuncao.html>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 4.ed. rev. ampl. atual. Niterói: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III, /Rogério Greco. - 12^a. ed. Niterói, RJ : Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. **Sujeito ativo**: somente o homem. Direito Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 121/122, 3^o volume.

JUS NAVIGANDI. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em 01 mar. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini; Fabbrini, Renato N. **Manual de direito penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte especial. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual** - comentário á Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Crimes contra a dignidade sexual** / Guilherme de Souza Nucci. - 5. ed. rev., atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, out./2014.

TELES, Ney Moura. **Estupro de vulnerável**. Disponível em: <http://neymourateles.blogspot.com.br/2010/04/estupro-de-vulneravel.html>. Acesso em: 25 de mar. de 2016.

TROIAN, Deisi Emanuele Kraemer. **Estupro de vulnerável**: da possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do artigo 217-A, Caput do código penal. Disponível em: http://www.bc.furb.br/docs/MO/2012/351623_1_1.PDF. Acesso em: 25 de mar. de 2016.