UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JOÃO LUÍS DE FRANÇA NETO

O ESTUPRO DE VULNERÁVEIS À LUZ DA LEI 12.015/2009

CAMPINA GRANDE – PB
2012

JOÃO LUÍS DE FRANÇA NETO

O ESTUPRO DE VULNERÁVEIS À LUZ DA LEI 12.015/2009

Artigo de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Ms. Herry Charriery da Costa Santos

CAMPINA GRANDE – PB

2012

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

F814e França Neto, João Luís de.
Estupro de vulneráveis à luz da lei 12015/2009 [manuscrito] / João Luís de França Neto.– 2012.
20 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2012.
"Orientação: Prof. Me. Herry Charriery da Costa Santos, Departamento de Direito".

1. Estupro de vulnerável. 2. Crimes contra a Dignidade Sexual. I. Título.

21. ed. CDD 364.153 2

JOÃO LUÍS DE FRANÇA NETO

O ESTUPRO DE VULNERÁVEIS À LUZ DA LEI 12.015/2009

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 28 / 11 / 12

Prof. Ms. Herry Charriery da Costa Santos / FACISA
Orientador

Prof. Dr. Flavio Romero Guimarães / UEPB
Examinador

Prof. Dra. Joana d'Arc Araújo Ferreira / UEPB
Examinadora

O ESTUPRO DE VULNERÁVEIS À LUZ DA LEI 12.015/2009

NETO, João Luís de França[1]

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar as inovações penais instituídas com o advento a embrionária Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, com foco principal nas alterações consubstanciais dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, constantes no Título VI do Código Penal Brasileiro, mais precisamente no estupro do menor de quatorze anos.

Palavras-chaves: Estupro de vulnerável, Lei 12.015/2009, Crimes contra a Dignidade Sexual.

ABSTRACT

This study aims to analyze the innovations criminal instituted with the advent the embryonic Law No. 12015 of August 07, 2009, with a primary focus on changes consubstantial Crimes Against Dignity Sexual contained in Title VI of the Brazilian Penal Code, specifically the rape of the minor fourteen years.

Keywords: Rape of vulnerable, Law 12.015/2009, Crimes against Sexual Dignity.

[1] Acadêmico de Direito da Universidade Estadual da Paraíba.

INTRODUÇÃO

Diante da multiplicidade de casos noticiados pela mídia em geral, sobre casos de abuso sexual de crianças e de adolescentes e o crescente clamor social para que o Estado acompanhe e, de forma efetiva e eficaz, combata e puna com maior rigor os sujeitos ativos destes crimes, o presente artigo apresenta de forma sucinta, as principais mudanças introduzidas no diploma penal pela Lei 12.015/09, direcionado ao estudo do novel estupro de vulnerável com enfoque no sujeito passivo - o menor de 14 anos. Desse modo, e com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, é que será exposto, de forma concisa, a nova figura apresentada pela Lei 12.015/2009 de estupro de vulneráveis, após breve análise histórica e contextualização do tema no ordenamento jurídico pátrio.

É importante lembrar que o Direito busca, incessantemente, adaptar o dinâmico clamor da sociedade com o estático ordenamento jurídico. Com efeito, no âmbito penal, evidentemente este clamor é muito mais agudo. Vivemos um acentuado arcabouço de consolidação dos direitos, a chamada “Era do Direito” (após a Declaração Universal de Direitos Humanos). Pois bem, foi alicerçado nestas transformações que a partir de uma iniciativa da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, foi elaborada e promulgada, a Lei 12.015/2009.

Diante das vultosas inovações, o estudo enfocará a seara da novel tipologia penal, cognominado de "Estupro de Vulnerável". Abordar-se-á o conceito de vulnerabilidade, correlacionando-o com uma discussão sobre a natureza jurídica, apontando as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais e a relação entre presunção de vulnerabilidade com a antiga alegação de presunção de violência e os princípios constitucionais lesionados.

Não há dúvida dos dissídios jurisprudenciais e doutrinários que este novo tipo penal promoverá, em virtude de sua recente promulgação. Assim, entendemos de essencial relevância a discussão acerca das sequelas sociais e jurídicas originárias desta alteração.

Nesse sentido, cabe um primeiro questionamento: será que a conjuntura do nosso ordenamento jurídico abarca esta inovação? E, ainda: seríamos hipócritas

negando a moderna realidade quando, de forma incondicional, estipulamos objetivamente que pessoa com idade inferior a 14 anos é suficiente para configurar o caráter de "vulnerabilidade" a que elas estão expostas?

1. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

A Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, acendeu calorosas discussões sobre a natureza jurídica da vulnerabilidade. A imputação objetiva de vulnerabilidade trazida à baila pela nova lei ainda é dissenso entre os operadores do direito.

O “novo” delito denominado de "estupro de vulnerável", que em sua forma simples tem a pena de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, diante da parca literatura acerca deste tema, e em virtude de sua embrionária vigência, carece de aprofundamento reflexivo. Neste sentido, entendemos ser de essencial relevância a avaliação acerca dos efeitos sociais e jurídicos provenientes desta alteração.

As modificações ocorridas na sociedade trouxeram novas e graves preocupações. Outrora, a preocupação era a proteção à castidade feminina, como por exemplo, o extinto crime de sedução. Superada esta arcaica e patriarca fase, hoje, o Estado se depara com desafios mais acentuados, a exemplo da exploração sexual de crianças e adolescentes.

Historicamente, atrasado na conjuntura político-social mundial, o Brasil abriu os olhos para este tema apenas após a Constituição de 1988 e, em seguida, com o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) em 1990. A Constituição Federal e o ECA foram, portanto, os marcos inovadores do sistema jurídico, mudando a situação da criança e do adolescente de simples objetos de proteção para sujeitos de direitos. Portanto, a visibilidade que as crianças e os adolescentes têm recebido nas últimas décadas é fruto de profundas transformações sociais, políticas, culturais e, consequentemente, da forma como elas vêm sendo educadas e assistidas nas suas necessidades básicas.

Não coincidentemente, este olhar de protecionismo aguçado à criança e ao adolescente colide com a disseminação de novas tecnologias da informação, a exemplo do computador e da Internet. No campo da sexualidade, surgiram novas

modalidades de exercício do prazer e de experimentação do desejo por meio do mundo virtual, o que dificulta a fiscalização visto que dados retirados da literatura[2], demonstram que 90% dos abusos não são detectados, estão integrados no convívio social e são, com frequência, relacionados com usuários casados, que em 85% dos casos conhece a vítima e em 80% dos casos não tem antecedentes penais. Dentro desse espectro, a prática da pedofilia encontrou o *locus* potencializador do seu exercício, divulgação e expansão.

Nesse sentido, Guilherme Nucci[3] esclarecia que o Código Penal já estava merecendo uma reforma há muito tempo, no tocante à vetusta denominação "crimes contra os costumes", levando em consideração a dignidade da pessoa humana e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvessem adotar livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito de outrem, ainda que esses hábitos pudessem ser interpretados como imorais ou inadequados.

A situação estava tão grave que foi criada, no Congresso Nacional, uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), por meio do Requerimento 02/2003, apresentando no mês de março daquele ano, assinado pela Deputada Maria do Rosário e pelas Senadoras Patrícia Saboya Gomes e Serys Marly Slhessarenko, que tinha por finalidade investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil.

Essa CPMI trouxe relatos assustadores sobre a exploração sexual em nosso país, culminando, acatando o clamor pretérito de NUCCI, por produzir o projeto de lei nº 253/2004 que, após algumas alterações, veio a se converter na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Neste sentido, destacamos a justificativa do Projeto de Lei 253/04:

> Para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, pois delineiam o bem jurídico a ser tutelado. Assim, *a concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual*, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes. *Dessa forma, a construção legislativa deve começar por alterar o foco da proteção, o que o presente projeto de lei fez ao nomear o Título VI da Parte Especial do Código Penal como Dos crimes Contra a*

---

[2] TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo PEDOFILIA – ASPECTOS PSICOLOGICOS E PENAIS, Editora Livraria do Advogado, 2007.

[3] NUCCI, Guilherme. Código Penal Comentado, 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 641.

> *Liberdade e o Desenvolvimento Sexual* . (SENADO FEDERAL, PLS nº 253, 2004).

2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

De pronto, percebe-se que à mudança do Título VI do Código Penal não se tratou de mera composição para adaptação de terminologia sem realismo prático. De fato, a alteração do bem tutelado ao ponto que o legislador projeta a dignidade sexual com própria dignidade da pessoa humana, arquitetada a alicerce de todo o ordenamento jurídico.

O princípio da dignidade da pessoa humana é consubstanciado no artigo 1º, III, da Constituição Federal (CF) como um princípio fundamental do Estado Brasileiro, assim reza o citado dispositivo:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]
> III - a dignidade da pessoa humana;

Não muito distante deste entendimento, o festejado Nelson Nery Junior[4] colabora com seu brilhante entendimento quando explana que "o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro."

O valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico e, em sua projeção na seara da liberdade sexual como juízo crítico e parâmetro de valoração a nortear a interpretação e compreensão do sistema normativo penal.

Colabora com uma visão humanista diferente na qual o Estado não é o ser soberano e intocável, o Estado, aqui, é subserviente ao ser humano. Timoneiro norteador dos ditames jurídicos

---

[4] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federa Comentada Legislação Constitucional. São Paulo/SP. Revista dos Tribunais 2007.

A expressa alusão a um dos aspectos da dignidade humana (dignidade sexual) na abertura do Título VI do Estatuto Repressivo brasileiro tem o condão de condicionar a interpretação das alterações trazidas pela novel lei à observância da dignidade humana como valor ético irredutível, merecedor de adequada e efetiva tutela estatal.

3. MUDANÇAS INTRODUZIDAS NO CÓDIGO PENAL

Assim dispõe o Art. 213 do Código Penal (CP), com a nova redação dada pela Lei 12.015/09:

> 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.

Por meio desse novo diploma legal, foram fundidas as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor em um único tipo penal - estupro (art. 213 CP). Mas, ainda, faltava outra calorosa discussão, no tocante à presunção de violência, conforme disposto no Art. 224, revogado do Código Penal.

O domínio constituído pelos mais fortes sobre os mais frágeis devido ao lapso temporal entre as idades é um inegável instrumento que favorece de forma contumaz a violação de direitos, principalmente na esfera sexual. Com frequência, de forma aberta e flagrante, este império se sobressai na dilaceração ao princípio da dignidade da pessoa humana, além de deixar sequelas irreparáveis na criança abusada sexualmente, seja pelo ato sexual em si ou outras formas de abuso.

Imperioso se faz lembrar que do mesmo modo que não há definição jurídica legal para as situações como a de “organização criminosa”, assim também o é no que comumente chamamos de “crime de pedofilia”[5]. Ora, bem sabemos que a pedofilia é uma conduta humana, um distúrbio psíquico, um pensamento, uma perversão sexual, um desejo incessante de práticas sexuais com aqueles que ainda

[5]A pedofilia refere-se a uma condição psicológica ou um transtorno de preferência sexual

não entraram a puberdade (crianças). Há que se diferenciar um estado ou transtorno psicológico de um crime. Há que se diferenciar, também, um conceito das ciências médicas ou psicológicas e conceitos definidores de tipos penais, ou seja, descrições de comportamentos pela lei criando crimes. Enquanto o primeiro trata ou disciplina temas referentes aos aspectos internos do indivíduo, o segundo apenas pode disciplinar comportamentos externos violadores de direitos de outros.

A alteração do Título VI do Código Penal, trazida pela Lei 12.015/09, incluiu também uma importante mudança no que diz respeito aos sujeitos ativo e passivo do crime, qual seja a possibilidade de que tanto o agente, quanto a vítima, possam ser do sexo masculino, ou feminino, sem que isto importe o enquadramento da conduta em outro tipo penal, isto porque já não exige características ou condições morfológicas especiais do agente para a realização de tal conduta, exigindo-se, por outro lado, em relação à vítima, que esta seja menor de 14 anos.

Ou seja, não exige que o crime proceda mediante violência real ou grave ameaça contra alguém do sexo feminino ou masculino. Importa dizer que a vítima seja menor de 14 anos para que se configure o crime, mesmo que não haja violência, real ou ficta, nem mesmo ameaça, direta ou indireta, explícita ou implícita.

Pois bem, é este problema jurídico que se torna o embrião da Lei 12.015/2009 que trouxe uma significativa mudança no Título VI do Código Penal, crimes então tidos como “contra os costumes”, que passaram a ser compreendidos como “contra a dignidade sexual”. Dentre as modificações da nova lei, a criação da nova modalidade denominada estupro de vulnerável, que é reconhecido no art.217-A do CP é o objeto deste estudo.

4 LEI 12.015/2009 E A HERMENEUTICA PENAL

Além do clamor social, o dispositivo fora criado em razão dos questionamentos jurisprudenciais e doutrinários da chamada presunção de violência (o instituo era previsto no art.224 que fora revogado pela nova lei) ao dizer que a violência era ficta, ou seja, presumida contra ato sexual cometido a menor de 16 anos. As ásperas doutrinárias e jurisprudenciais norteavam se a presunção era de natureza relativa (*iuris tantum*) - subjetiva - ou de natureza absoluta (*iuris et de iure)* -

objetiva.

O doutrinador Rogério Greco preconiza o entendimento acertado do legislador. Para ele, trata-se de uma política criminal objetiva e absoluta. Não podendo, os Tribunais, criarem um parâmetro subjetivo, degradando um objetivo imposto pela lei. Senão vejamos:

> Assim, não se justifica as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas. Não conseguiam entender, *permissa vênia*, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) 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 haviam, ainda, se consolidado. [6]

Ainda no liame de Greco, convencionou-se a nomenclatura estupro de vulnerável, exatamente para corroborar com o entendimento do ordenamento jurídico da situação vulnerável que se encontra a vítima, assinalando, como exímio processualista, a impossibilidade de relativização ao caso concreto. Na verdade, o novo tipo penal simplesmente provoca efeito no sentido de que há violência ficta na realização da conduta, recaindo no entendimento de uma presunção absoluta, pois se presume que, em qualquer hipótese, independentemente das circunstâncias fáticas, a suposta vítima é incapaz de consentir.

Parece-me um pouco exagerado este entendimento. Suponham que uma menina de 13 anos e 11 meses já possua uma vida sexual ativa – nada de absurdo nos dias contemporâneos – e numa de suas aventuras engravide, uma pergunta simples, o suposto pai vai ser obrigado a negar a paternidade? Pois objetivamente ele deve ser indiciado por estupro de vulnerável?

Guilherme de Souza Nucci[7], de forma diversa de Greco, defende que no

---

[6] **GRECO**, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III/ Rogério Greco. – 9. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. Pg. 532

[7] **NUCCI,** Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – comentários à lei nº 12.015, de 07

Direito Penal a culpa é conflitante com assertivas absolutas. Destarte, a vulnerabilidade é relativa, porque, na época atual, estaríamos hipocritamente abstraindo a moderna realidade ao negarmos, de forma absoluta, que uma pessoa com idade inferior a 14 anos seja absolutamente vulnerável e não tenha, repito, de forma absoluta, a mínima ideia do que seja uma relação sexual.

> 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 a 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 muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.

Parece-me mais acertado este entendimento e talvez seja a tendência jurisprudencial e hermenêutica a ser seguida. Em recente julgado[8], a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora da 3ª seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu por não considerar absoluta à vulnerabilidade, considerando as particularidades no caso concreto, vejamos:

> Não se pode considerar crime o ato que não viola o bem jurídico tutelado – no caso, a liberdade sexual. Isso porque as menores a que se referia o processo julgado se prostituíam havia tempos quando do suposto crime. [...]Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado. O direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais", completou. "Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado – a liberdade sexual –, haja vista constar dos

---

de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (pg 37)

[8] *O número deste processo não é divulgado em razão de sigilo judicial.*

autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo[9]

Conclui-se, assim, que a “nova lei” já está “velha”. Este entendimento da relativização das condutas ao caso concreto já sinaliza desde a década de 90 ainda quando era considerado crimes contra os costumes. Vejamos o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio:

> Ementa: 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[10].

4.1 CONCEITO E ELEMENTOS DO TIPO

O *caput* do art. 217-A do Código Penal assim assevera: "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos".

Temos assim que incide no crime de Estupro de Vulnerável aquele que realiza atos sexuais, que podem incluir tanto a conjunção carnal, como qualquer outro ato libidinoso, com menor de 14 anos. Destacam-se, portanto, duas ações nucleares

---

[9] http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175

[10] MELLO, Marco Aurélio Mendes Faria. Voto. 2ªTurma/STF. Decisão HC 73.662/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, Publicação no DJ de 20.9.1998. Disponível em: ttp://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp? docTP=AC&docID=74663 . Acesso em 02 de outubro de 2012

distintas "ter" conjunção carnal, e "praticar" outro ato libidinoso, já que existiu uma fusão do crime de estupro e atentado violento ao pudor.

Pela legislação anterior, a proteção às vítimas menores de 14 anos ocorria através do art. 224 do CP, nas Disposições Gerais dos Crimes Contra a Liberdade sexual, através da cominação de pena mais gravosa para quem cometesse os crimes de Estupro ou atentado Violento ao Pudor contra pessoas nesta faixa etária. Descrevia o artigo que: "Presume-se a violência, se a vítima: Não é maior de 14 anos. É alienada ou débil mental, que o agente conhecia essa circunstância. Não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência", presumindo-se deste modo, a violência da conduta.

Não era exigida a recusa, bastava a vítima enquadrar-se em uma das hipóteses do artigo para que se concretizasse o crime, representando uma verdadeira adoção da Responsabilidade Objetiva pelo Código Penal, contrariando preceitos fundamentais do mesmo, vez que os fatos não devem assim ser tratados.

Nesse contexto, a teoria se inclinava para a relativização da Presunção de Violência, considerando o consentimento da vítima como válido em determinados casos, corroborando com este entendimento, o já citado Nucci, ao afirmar:

Uma prostituída menor de 14 anos, que já tenha tido inúmeros contatos sexuais, uma vida sexual ativa, com o conhecimento geral da comunidade, inclusive de seus pais, não poderia ser considerada absolutamente incapaz de exteriorizar seu consentimento. Não seria razoável – e o direito, em última análise, busca a justiça – punir o agente por estupro, caso mantenha com a jovem conjunção carnal. (NUCCI, 2007, p. 839).

Pois bem, embora a Justificação do Projeto de Lei considere que não há mais que se falar em Presunção de Violência, o novo tipo penal simplesmente provoca efeito no sentido de que há violência ficta na realização da conduta, recaindo no entendimento de uma presunção absoluta, pois *presume* que, em qualquer hipótese, independentemente das circunstâncias fáticas, a suposta vítima é incapaz de consentir.

4.2. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

Levando em consideração a conduta descrita no art. 217-A, podemos deduzir facilmente que o crime Estupro de vulnerável admite tão somente a modalidade

dolosa. Direto, quando o agente souber da circunstância da vítima ser menor de 14 anos; ou eventual, quando o sujeito, ainda que não tenha convicção da idade da vítima, deveria perceber pelo aspecto fisiológico e, assim, assumindo o risco.

Não subsiste a modalidade culposa, ora somos sabedores que o resultado culpa deriva da imprudência, negligência e imperícia. Não há como imaginar estas características correlacionadas com o tipo do artigo 217-A.

Curioso se faria uma situação hipotética descrita no *caput* do art. 20 do Código Penal, este descreve que: "O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei".

Imaginemos uma vítima com idade inferior a 14 anos e esta possuir um desenvolvimento físico que se faça parecer bem mais velha, levando o agente ao erro sobre sua idade, ou seja, erro elementar do tipo. Poderão ocorrer duas situações: a primeira, se o agente não pratica o ato sexual mediante violência, nem grave ameaça, excluindo-se o dolo e a tipicidade da conduta; a segunda, se o faz mediante violência ou grave ameaça, caso em que a conduta recairá no tipo do art. 213, o Estupro.

Se, na hipótese concreta, o agente desconhecia qualquer uma dessas características constantes da infração penal em estudo, poderá ser alegado o erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, a tipicidade do fato. Não é admissível a modalidade culposa, por ausência de disposição legal expressa nesse sentido. (GRECO, 2012, p. 76).

Assim sendo, conclui-se que para a configuração do crime Estupro de Vulnerável, é necessário que o sujeito ativo conheça da característica pessoal da vítima, qual seja o fato de ser menor de 14 anos, ou ao menos que, não tendo certeza, mas sabendo do risco, persista no intuito e na realização da conduta.

4.3. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime se consuma no instante se realiza a conduta tipificada. Portanto, o crime de Estupro de Vulnerável se consuma no instante em que o agente *tem* a conjunção carnal, pratica ato libidinoso diverso do coito vaginal, com a penetração anal, ou o sexo oral, por exemplo.

Afirma este entendimento, Greco quando diz :

> [...] o delito de estupro de vulnerável se consuma com a efetiva conjunção carnal, não importando se a penetração foi total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação. Quanto à segunda parte prevista no *caput* do art. 217-A do estatuto repressivo, consuma-se o estupro de vulnerável no momento em que o agente pratica qualquer outro ato libidinoso com a vítima. (GRECO, 2009, p. 75).

A tentativa, deste modo, se dará quando, por circunstâncias alheias à vontade do agente, não conseguir realizar a conjunção carnal ou o ato libidinoso necessário à configuração do crime, nos moldes do art. 14, inc. II do CP, e seu parágrafo único: "Diz-se o crime: II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, depois de todo arcabouço aqui discutido, os operadores do direito e a sociedade como um todo, não podem juntar-se ao coro dos que clamam por linchamento e privação da liberdade sem uma análise do caso concreto, visto que, agindo desta maneira, não se conseguirá desenraizar o problema na sociedade.

A busca incessante pelos anseios sociais converge com a estrutura estática do ordenamento jurídico. Salientar que o Direito deve dinamizar e aperfeiçoar sua estrutura adaptando-se às novas realidades, mencionar que o Estado deve oferecer um sistema judiciário justo e eficaz que acompanhe a relevância na reprovação de condutas pela sociedade defronta, por exemplo, com septuagenário ordenamento Penal, criado por reflexos das condutas morais e sociais da década de 40. Imaginar que a sociedade, principalmente na seara sexual converge exatamente como se pensava a décadas passadas, e negar o óbvio.

Diante dessa nova realidade, pode-se concluir que no geral as alterações do

Título VI alcançaram alguns objetivos específicos, principalmente no que tangencia a necessidade de se combater de forma mais ativa a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes. Neste aspecto, fixou-se a idade (abaixo de 14 anos) como absoluta para enquadrar no elemento do tipo, “criando” a proibição a qualquer tipo de relacionamento sexual, mesmo que consentido.

Perfunctoriamente, acreditamos ser desarrazoada e descabida a proteção penal quando o ato sexual e acatado, fechar os olhos para a realidade social e cultural e as variações diversas que podem ensejar o tipo penal, é um contrassenso ao contexto dos abusos sexuais a crianças e adolescentes. E, indubitavelmente, não abrange os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade ao adotar um Direito Penal Objetivo. Como em qualquer caso que se deseja aplicar a justiça, a forma objetiva historicamente está ultrapassada para atender de forma contumaz aos anseios socias.

Neste diapasão, qualquer que seja a alteração no ordenamento jurídico, na esfera penal esta situação é ainda mais agravada, inexoravelmente acendendo calorosas discussões. As inúmeras vertentes se defrontam em embates doutrinários e ideológicos o que faz a ciência do direito uma seara salutar de constantes mudanças. O que, de fato, se contrapõe a um sistema jurídico brasileiro tão arraigado no positivismo necessitando de se discutir e construir interpretações diversas, justamente com a ideia de se adequar o direito às relações e transformações sociais.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Código Penal: Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**.** Organização do texto: Anne Joyce Angher. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 6ª Ed. São Paulo: Rideel, 2010

BRASIL, Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 25 de outubro 2012.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III/ Rogério Greco. – 9. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

GRECO, Rogério. Adendo: Lei no 12.015/2009 - Dos Crimes Contra ADignidade Sexual. Atualização. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

JOVELI, José Luiz. Breves considerações sobre a noviça Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009 - A questão da corrupção de menores. Disponível em http://www.lfg.com.br. Acesso em: 10 de novembro de 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código Penal Interpretado/ Júlio Fabrini Mirabbete. – 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – comentários à lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado – Guilherme de Souza Nucci. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo PEDOFILIA – ASPECTOS PSICOLOGICOS E PENAIS, – Editora Livraria do Advogado, 2007.