

UNILEÃO
CENTRO UNIVERSITÁRIO DOUTOR LEÃO SAMPAIO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA MAYANI LEITE PAIXÃO

**DA VULNERABILIDADE ABSOLUTA DOS MENORES ENTRE DOZE E
QUATORZE ANOS PREVISTA NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL**

JUAZEIRO DO NORTE-CE
2022

MARIA MAYANI LEITE PAIXÃO

DA VULNERABILIDADE ABSOLUTA DOS MENORES ENTRE DOZE E QUATORZE ANOS PREVISTA NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso – *Artigo Científico*, apresentado à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio, em cumprimento às exigências para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Me. André Jorge Rocha de Almeida

JUAZEIRO DO NORTE-CE
2022

MARIA MAYANI LEITE PAIXÃO

**DA VULNERABILIDADE ABSOLUTA DOS MENORES ENTRE DOZE E
QUATORZE ANOS PREVISTA NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL**

Este exemplar corresponde à redação final aprovada do
Trabalho de Conclusão de Curso de MARIA MAYANI
LEITE PAIXÃO

Data da Apresentação 12/12/2022

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Me. André Jorge Rocha de Almeida

Membro: Prof^a. Ma. Iamara Feitosa Furtado Lucena/Unileão

Membro: Prof. Me. Luis José Tenório Britto/Unileão

JUAZEIRO DO NORTE-CE
2022

DA VULNERABILIDADE ABSOLUTA DOS MENORES ENTRE DOZE E QUATORZE ANOS PREVISTA NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

Maria Mayani Leite Paixão¹
André Jorge Rocha de Almeida²

RESUMO

O presente estudo foi realizado com o objetivo de evidenciar e explorar a presunção de vulnerabilidade do adolescente menor de quatorze anos e maior de doze anos disposta no § 5º no artigo 217-A do Código Penal, implantado pela Lei nº 13.718/18, qual surgiu para consolidar a Súmula 593 do Supremo Tribunal Justiça, partindo-se de sua evolução histórica no que cerne crimes sexuais no ordenamento jurídico penal brasileiro. O presente artigo baseou-se em um levantamento bibliográfico e documental, como também nas percepções de doutrinadores da área jurídica, perscrutando compreender os conceitos e o objetivo incriminador da norma penal, defronte ao comportamento sexual dos menores, concatenados às constantes vicissitudes socioculturais. Este estudo traz como foco, que mesmo tendo o Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal de Justiça posicionado seu entendimento acerca da vulnerabilidade como critério objetivo, ainda assim não foram capazes de sanar as discussões sobre o assunto, uma vez que evidentemente ainda há divergências entre renomados doutrinadores no que diz respeito à vulnerabilidade ser relativa aos menores de 14 e maiores de 12 anos de idade. Se trata de um tema recorrente, seu estudo é de suma importância no âmbito social, jurídico e acadêmico, uma vez que é ignorada a vontade do menor e pune de forma objetiva o suposto autor do crime de estupro. Averiguando-se adotar um posicionamento mais realista para o questionamento inicialmente apresentado no estudo.

Palavras Chave: Estupro. Adolescente. Presunção. Vulnerável. Relativização.

ABSTRACT

The present study was conducted with the objective of highlighting and exploring the presumption of vulnerability of adolescents under fourteen years and over twelve years arranged in § 5 in article 217-A of the Penal Code, implemented by Law No. 13.718/18, which emerged To consolidate Precedent 593 of the Federal Supreme Court, starting from its historical evolution with regard to sexual crimes in the Brazilian criminal legal system. This article was based on a bibliographic and documentary survey, as well as the perceptions of legal indoctrinators, stating to understand the concepts and the incriminating purpose of the criminal norm, in front of the sexual behavior of minors, concatenant to the constant vicissitudes sociocultural. This study brings as a focus that even having the Supreme Court and the Supreme Court positioned their understanding of vulnerability as an objective criterion, they were still not able to remedy discussions on the subject, since there is evidently still disagreement between Renowned indoctrinators regarding the vulnerability to be related to under 14 and over 12 years of age. This is a recurring theme, its study is of paramount importance in the social, legal and academic sphere, since the will of the minor is ignored and objectively punishes the alleged perpetrator of the crime of rape. Investigating a more realistic positioning for the questioning initially presented in the study.

Keywords: Rape. Adolescent. Presumption. Vulnerable. Relativization.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2009 a Lei 12.015 foi inserida no Código Penal modificando as disposições contidas no Título VI do Código Penal, alterando acima de tudo, a compreensão no tocante aos bens jurídicos a serem tutelados através das condutas pertinentes às práticas sexuais, modificações essas que refletem até nas denominações do fragmento legal substituindo a expressão Dos Crimes Contra os Costumes pelo título atual Crimes Contra a Dignidade sexual abrangendo os denominados crimes sexuais.

Com a introdução da lei supracitada no Código Penal, emergiu assim o art.º 217-A, que trata do crime de estupro de vulnerável, artigo este que deixou vago a questão da presunção, dando margem aos debates acerca do critério objetivo do tipo penal incriminador, em razão de que sua redação não traz a presunção de nenhuma ordem, se absoluta ou relativa, presunção esta que anteriormente era prevista no suprimido artigo 224 do Código Penal, qual versava sobre a presunção de violência. A omissão da redação do artigo 217-A, caput, do Código Penal, com respeito a presunção, fez com que o Supremo Tribunal de Justiça, através da súmula nº 593, compreendendo o objetivo da lei, corroborasse o entendimento a fim de anular qualquer pretensão de se apurar concretamente a vulnerabilidade do menor de quatorze anos, entendimento este reforçado posteriormente pela Lei 13.718, de setembro de 2018, a qual incluiu no artigo 217-A o parágrafo 5º, que versa sobre a presunção absoluta de vulnerabilidade. O artigo supra descreve: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009); § 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Lei nº 13.718, de 2018).

Mesmo na eventualidade de que tenha havido avanços significativos a respeito ao crime de estupro de vulnerável, o legislador ainda se encontra preso ao critério etário, não acompanhando efetivamente a evolução social e o desapego aos costumes que antes eram denominados como princípios éticos no que dizia respeito aos atos sexuais. (NUCCI, 2021).

Diante do exposto, chegou-se ao tema: Da vulnerabilidade absoluta dos menores entre doze e quatorze anos prevista no artigo 217-A do Código Penal. Fazendo-se necessário perquirir se tais dispositivos se fazem eficientes, bem como destacar que tal presunção deveria ser considerada relativa.

Se o bem jurídico protegido passou a ser a dignidade sexual, o que garante que o simples critério cronológico pode efetivamente auferir a maturidade e capacidade de discernir do adolescente para consentir para prática dos atos sexuais? Se tratando de adolescente, qual a razão

para rotulá-lo como incapaz de consentir para o ato sexual? É possível considerar a vulnerabilidade relativa em casos excepcionais, de acordo com o grau de maturidade do adolescente para a prática sexual?

A vulnerabilidade absoluta do menor entre 12(doze) e 14(catorze) anos é o objeto de estudo do presente artigo. Considerando que a finalidade normativa se traduz na adequação social, se faz necessário discutir se a introdução das Leis 12.015/09 e 13.718/18 configuram avanço ou retrocesso. Vale ressaltar que cada indivíduo amadurece de maneiras diferentes.

Tendo em vista o contexto apresentado, se faz necessário realizar uma análise sobre a possibilidade da relativização da presunção de vulnerabilidade para adolescentes. Tendo como objetivos específicos: apresentar as modificações históricas relacionadas aos crime de estupro; discorrer acerca da vulnerabilidade; amadurecer a ideia da relativização da vulnerabilidade.

A sustentação do presente estudo justifica-se pela importância do que se conhece como violência sexual e as suas consequências no cenário jurídico, apresentando que o artigo é de suma importância, não somente para os operadores do direito, como para a sociedade. Se trata de um tema recorrente, por isso seu estudo é de suma importância no âmbito social, jurídico e acadêmico, na medida que é ignorada a vontade do menor e pune de forma objetiva o suposto autor do crime de estupro. Averiguando-se adotar um posicionamento mais realista para o questionamento inicialmente apresentado no estudo.

A pesquisa quanto a sua natureza se caracteriza por ser de natureza pura, visto que a pesquisa pura visa enriquecer o conhecimento sobre os fenômenos ou problemas que se dão na realidade. É aquela que monta e desvenda quadros teóricos. Rigorosamente falando, não existe pesquisa puramente teórica, isso seria mera especulação, sua importância é justamente a formação de quadros teóricos de referência. (LEÃO, 2016). Quanto aos seus objetivos se caracterizam como pesquisa exploratória. Segundo Gil (2019) as pesquisas exploratórias têm como propósito proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses. Seu planejamento tende a ser bastante flexível, pois interessa considerar os mais variados aspectos relativos ao fato ou fenômeno estudado.

O trabalho apresenta uma abordagem qualitativa, visto que se preocupa com o nível de realidade que não podendo ser quantificado, ou seja, ela trabalha com o universo de significados, de motivações, aspirações, crenças, valores e atitudes. (MINAYO, 2014). Para obtenção dos resultados, a pesquisa terá como fonte a bibliográfica, através da leitura, da análise e a interpretação de material impresso. (GIL, 2002). O presente estudo foi baseado em um levantamento documental e bibliográfico, em razão que, a característica de pesquisa documental é tomar como fonte de coleta de dados documentos, escritos ou não, que constituem

o que se denomina de fontes primárias. Estas podem ter sido feitas no momento em que o fato ou fenômeno ocorre, ou depois. (MARCONI; LAKATOS, 2019).

2 NOÇÕES JURÍDICAS ACERCA DOS CRIMES DE ESTUPRO NO CÓDIGO PENAL

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Desde o surgimento do Código Criminal do Império do Brasil, no ano de 1830, sancionado por D. Pedro I, houveram diversas discursões no tocante dos crimes sexuais e especialmente o crime de estupro. Conforme o Código Criminal o delito de estupro tinha pena prevista de três a doze anos de detenção, mais um dote oferecido à família da ofendida, todavia, se a suposta vítima se tratasse de mulher prostituta, tal pena para o acusado do crime era diminuída para um mês a dois anos, em conformidade com a redação do artigo 222 do Código Criminal do Império do Brasil, de 1830. (BRASIL, 1830)

O sujeito passivo em tal crime era somente a mulher, e sendo essa menor de dezesseis anos de idade na data em que acontecia o crime, ou seja, a conjunção carnal, o agressor era transportado para fora da comarca em que residia a vítima, sendo obrigatório o pagamento do dote à família lesionada. Vejamos que o bem jurídico à época se trava da honra e decoro familiar e não exclusivamente a dignidade sexual da ofendida.

Com a proclamação da República, diante das inúmeras modificações socioeconômicas, faz-se necessário a reformulação da legislação penal, motivo pelo qual foi rapidamente elaborado e promulgado o Código Penal de 1890. As infrações de classificação sexual foram elencadas no segundo livro do Código que versava “Dos crimes em espécie”, no título VIII, intitulados “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”. (BRASIL, 1890).

O crime de estupro, então intitulado como violência carnal, era definido como sendo o ato de “Attentar contra o pudor de pessoa de um ou de outro sexo, por meio de violência ou ameaça, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: Pena - de prisão cellular por um a tres annos.”, conforme artigo 266 do Código Penal da República de 1890. Notável foi o avanço legislativo com a promulgação do Código Penal de 1890, qual passou a criminalizar, no artigo 268, a violência sexual praticada contra mulher independente do antigo critério de virgindade, qual previa “Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta”, no entanto, manteve em sua redação o termo “mulher honesta”, permanecendo assim a atenuante para os casos em que a infração fosse praticada contra mulher tida como prostituta. (BRASIL, 1890)

No mesmo Código, ainda, foi definido o conceito de presunção de violência, em seu artigo 272: “Presume-se cometido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos”, qualificação esta que se resguardaria no conteúdo originário do Código Penal de 1940, ainda que a idade fosse reduzida. (BRASIL, 1890)

Após as constantes alterações ao Código Penal de 1890, em janeiro de 1942 passou a vigorar no Brasil, um novo Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), o qual está vigorando até o presente momento.

As infrações sexuais se encontravam na versão originária no Título *VI* da parte especial do Código supracitado, qual denominava-se “Dos Crimes contra os costumes”, com intuito de criminalizar os atos de “Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno”, introduziu novos personagens penais no ordenamento jurídico tais como, por exemplo, “tráfico de mulheres”, a “casa de prostituição”, e o delito que proíbe o “escrito ou objeto obsceno”. (BRASIL, 1940)

O Código Penal de 1940 ainda trazia tipos penais que foram revogados, bem como expressões que foram extintas posteriormente da legislação penal, tais como, “mulher honesta”, que julgavam o comportamento da mulher vítima, diante da sociedade.

Mencionada no Código antecedente, a presunção de violência, foi alterada, qual a idade mínima que se previa para presumir a violência foi alterada de 16 para 14 anos, bem como quando a vítima “não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”. (BRASIL, 1940)

Ainda que o Código Penal de 1940 vigore até os dias atuais, diversas mudanças ocorreram em seu texto originário, dentre elas a que mais trouxe modificações foi a Lei 12.015/09, que alterou os crimes contra o costume, como já mencionado anteriormente e a 13.718/18, qual veio consolidar o entendimento firmado pela súmula 593 do Supremo Tribunal de Justiça, acerca da presunção de vulnerabilidade.

2.2 DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Decerto a sociedade passa por mutações as quais as legislações devem sempre acompanhar, não diferente seria com a legislação criminal, a qual caminha em conformidade com as necessidades sociais, uma vez que se trata de um instrumento de controle e fiscalização da sociedade, diante disso, com as transformações sociais, tornaram-se inevitáveis as modificações no digesto penal, já que o que era previsto nos textos normativos anteriores ao

Código Penal vigente, destoam da atual realidade da sociedade.

Com relação ao crime de estupro de vulnerável, o qual se refere no tipo penal que é objeto do presente artigo, desde o primeiro Código Penal Brasileiro sempre foi objeto de muitos estudos e continuará sendo.

O delito previsto no artigo 217-A do Código Penal, que é considerado como hediondo, possui como objetivo resguardar como tutela, nas palavras de Mirabete e Fabbrini, a “dignidade sexual, o sadio desenvolvimento sexual e a liberdade física e psíquica em matéria sexual, de pessoas que a lei considera mais vulneráveis ao abuso sexual”. Configurando-se como polo ativo qualquer pessoa, indistintamente, homem ou mulher, contra inclusive, pessoas do mesmo sexo. (BITENCOURT, 2011), em contrapartida o polo passivo deve demonstrar a qualidade ou condição especial de vulnerabilidade exigida pelo tipo penal. (BITENCOURT, 2011). Destaca-se que o entendimento do artigo 217-A, *caput*, suprimiu a antiga presunção de violência, qual era tratada no revogado artigo 224 do Código Penal pela presunção de vulnerabilidade. Ressalta-se que o crime disposto no artigo supra possui pena grave, sendo essa oito a quinze anos de reclusão, expressamente mais rigorosa do que as penas previstas para o tipo básico do delito de estupro.

A ação prevista no artigo 217-A do Código Penal é a de ter relação carnal ou praticar qualquer ato libidinoso com vulnerável. Diante do explanado, se considerado a vulnerabilidade no seu conceito absoluto, não será possível admitir provas em contrário, pois assim, qualquer pessoa, em qualquer situação que mantiver relação sexual com menor de 14 anos, será considerada presumidamente culpada”. (GUIMARÃES, 2011). De tal modo, cabe classificar, que, para a caracterização do estupro de vulnerável, indispensável é a existência de intenção libidinoso, excluindo-se os atos insignificantes ou bagaterales. (COSTA, 2010).

2.3 VULNERABILIDADE

Diz-se vulnerável aquele que demonstra sempre a incapacidade ou fragilidade de alguém motivada por circunstâncias especiais, conforme dicionário organizador pelo professor Oliveira. (2012, p.01)

No que se entende por vulnerabilidade, essencialmente no que diz respeito à idade da vítima, altera-se ao passar dos tempos, sendo inspirado por diversos fatores, dado que o tema sexualidade é bastante complexo. A cultura, os hábitos, os valores de cada sociedade influenciam sobremaneira a definição do que é permitido e do que é proibido em matéria sexual. (D'ELIA, 2014).

Embora o conceito de vulnerabilidade seja bastante amplo ainda é pouco preciso, na esfera criminal tem seus contornos delimitados pelo legislador, ainda que seja expressa a idade da vítima determinada por rol taxativo, Luiz Regis Prado aduz (2010, p. 246): “a vulnerabilidade, seja em razão da idade, ou em razão de estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a interferências de terceiros quando no exercício de sua sexualidade”.

A criação de leis e normas são influenciadas pelo padrão de sexualidade construído no âmbito social, ao passo que a legislação criminal acaba sendo acionada conforme as oscilações de cada cultura social. Portanto, o estudo de tal influência social é de extrema importância ao que cerne à definição da faixa etária, hoje fixada em 14 anos, estabelecendo o critério etário limite a definir a partir de qual idade a prática sexual afasta seu caráter ilícito hediondo, que se aplica contra a dignidade sexual do menor, transformando-se em uma ação penalmente atípica, e em matéria de Direito Penal, sem relevância.

É importante apresentar, sobre o tema, que as pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia Estatística, IBGE, demonstram que o início da vida sexual dos adolescentes se faz cada dia mais precocemente. A PeNSE no ano de 2019, pesquisa realizada em escolas com a participação de adolescentes, apresentou que cerca de 36,6% dos adolescentes já tiveram alguma relação sexual alguma vez na vida com faixa etária de 13 anos ou menos.

O fomento social são fortes propulsores no desenvolver da sexualidade dos adolescentes, visto que, ao que já foi explanado, de acordo com Sprinthall: “para a maioria dos adolescentes, a expressão da sexualidade é regulamentada não tanto pelos próprios impulsos biológicos, mas antes, pelas expectativas e pelo significado social associado a certos padrões de actividade sexual”, Sprinthall, p. 407, 2003.

Ao entender da vulnerabilidade, o brilhante doutrinador Guilherme de Sousa Nucci (2010, p. 11) sabiamente discorre que:

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

Observando-se que considerando a propagação de informações e o nítido desenvolvimento das mídias como meio de comunicação, a definição da faixa etária para caracterização da vulnerabilidade é formulada através de uma ficção normativa jurídica, que dificilmente refletirá na realidade de um caso concreto, visto que os meios de comunicação e as modificações constantes na sociedade, tornam veloz o desenvolver do intelecto e a

capacidade de discernir dos adolescentes. Notando-se o posicionamento do sábio Nucci, os debates a respeito da inovação do tipo penal, não são capazes de sanar as discussões sobre a vulnerabilidade do artigo 217-A, de tal modo que o legislador na área criminal se faz inapto para acompanhar as constantes mutações reais da sociedade, mais precisamente tratando-se de adolescentes.

Ainda que a legislação tenha como objetivo tutelar a dignidade sexual dos adolescentes, buscando garantir o livre desenvolvimento saudável de sua vida sexual, ante exposto, aparentemente não parece haver preocupação, de modo geral, com o cenário sexual em que as crianças e adolescentes são expostos diariamente.

3 ERRO DE TIPO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O erro de tipo não se configura como doutrina que defende a relativização da vulnerabilidade. Dessarte, a norma do erro de tipo, constantemente está sendo empregada, em situações específicas, em alegação de defesa do acusado de praticar o estupro de vulnerável, para se comprovar a ação do agente acerca do erro elementar constitutivo do tipo penal. De tal modo, o erro sobre a idade da suposta vítima, em conjunto com o discernimento e maturidade física do adolescente com faixa etária entre 12 e 14 anos, poderá ser utilizado para defender a absolvição do acusado através da exclusão da tipicidade por força do erro acerca da elementar constitutiva do tipo penal.

A adequação da norma ao cenário real se faz necessária em se tratando de vulnerável, sendo indispensável o abarcamento do dolo do agente ao ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com a pessoa vulnerável. Se mostrando necessária a consciência do agente em praticar o ato sexual ou manter relação com pessoa que se configure como vulnerável nas disposições previstas no artigo 217-A, do Código Penal. Todavia, se não ocorrer tal consciência, percebe-se a possibilidade de aplicação da norma do erro de tipo como causa excludente de tipicidade, assim, não sendo cabível a punição do agente.

Ante o exposto, é importante conceituar o dispositivo em comento. Pelo texto normativo do artigo 20 do Código Penal, vê-se 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”. (BRASIL, 1940).

Sobre o tema, discorre sabiamente Greco:

Entende-se por erro de tipo aquele que recai sobre as elementares, circunstâncias ou qualquer dado que se agregue à determinada figura típica. [...] Quando o agente tem

essa “falsa representação da realidade”, falta-lhe, na verdade, a consciência de que pratica uma infração penal [...].

O erro, à vista disso, se traduz no conhecimento falso sobre algo, o que não se pode confundir com ignorância, que é a ausência de conhecimento sobre algo. Assim sendo, é a falha no conhecimento de caso concreto, isto é, é o erro que incide sobre elemento previsto na norma para que se reconheça a ação delituosa.

Sendo inexistente a vontade e consciência do agente, conseqüentemente o erro de tipo resultará sempre em exclusão do dolo. Todavia, existe a previsão de punição da conduta na modalidade culposa, desde que haja previsão legal, conforme disposição do artigo 20, § 1º, do Código Penal. (BRASIL, 1940)

De tal maneira, imprescindível se faz demonstrar as duas formas de erro de tipo: erro inevitável ou evitável. No erro de tipo inevitável (justificável, invencível, escusável) tem-se como efeito jurídico a exclusão da tipicidade dolosa, bem como de qualquer outra tipicidade, visando que o autor não agiu dolosamente ou culposamente. Se tratando de erro de tipo evitável (inescusável, vencível, injustificável) a tem-se como efeito jurídico a exclusão da tipicidade dolosa, admitindo a punição na forma culposa, caso haja previsão legal.

Em decorrência da constante evolução social, nos dias atuais, não se faz difícil o perceber o instituto do erro de tipo nas relações sexuais praticadas com consentimento de ambas as partes envolvidas, visto que, algumas supostas vítimas, mesmo que tenham idade inferior a 14 anos, não aparentam como tal, permitindo assim a ausência de concepção do autor sobre a idade cronológica real. A depender da composição física e desenvolvimento mental atípico para idade inferior a 14 anos, além da constante frequentação em bares ou ambientes tidos como “adultos”, torna-se admissível para o agente que se trata de pessoa que se enquadra como vulnerável. Em conformidade com o artigo 20 do Código Penal, se não há a intenção de se praticar ou manter relações sexuais com pessoa menor de 14 anos, bem como se não há a busca pela satisfação da lascívia em proveito da menoridade da vítima, logo, não existirá o dolo e não haverá punição da conduta do agente. Relevante se mostra que o instituto do erro de tipo apenas será permitido em casos onde a suposta vítima, de fato, aparentar possuir idade superior a 14 anos, uma vez que o erro recairá sobre a idade da ofendida.

4 POSIÇÃO RELATIVISTA SOBRE PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE

4.1 POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS

O Código Penal e seu Art. 217-A estipula que relações sexuais ou outros atos obscenos com menores de 14 anos constituem crime de estupro de pessoa vulnerável, punível com pena de 8 a 15 anos de prisão. De fato, vale notar que os legisladores têm sido muito limitados em utilizar a idade como elemento essencial dos tipos de crime, ou seja, não permitindo a análise de casos concretos para determinar a adequação da conduta de um agente. Assim, as cláusulas acima suscitam uma série de problemas em termos de sua aplicação hoje.

Dessa forma, alguns estudiosos que defendem a posição de que não deve haver flexibilização nas normas do código penal porque a lei não dá margem à discricionariedade dos tribunais citam Mirabete e Fabbrini, que entendem que a idade fixada pelo legislador não deixa margem à discricionariedade do juiz, “A lei não confere ao juiz a discricionariedade para avaliar a maturidade sexual de um menor em um caso específico para aplicar vários dispositivos legais.”

Além disso, Greco por sua vez entende que a idade prevista no texto legal é um critério objetivo, pois mesmo na antiga redação do Código Penal, o mesmo assunto é amplamente discutido e traz a violência da palavra “presunção”, “objetivo E absolutamente, uma criança ou mesmo um adolescente com menos de 14 (quatorze) anos, por mais deficiente que seja sexualmente, não está suficientemente desenvolvido para determinar seus atos sexuais”.

Assim, em sua opinião, as alterações legislativas pela Lei 12.015/2009 puseram fim à discussão sobre essa presunção de violência, conforme infere, incluindo justificativa para o Projeto de Lei do Senado n. Lei nº 253 de 2004, que finalmente promulgou a lei acima mencionada:

Contenção agressiva fornecida pela Art Nouveau. 213 e sua forma mais severa para adolescentes de 14 anos ou mais deve ser lida na Art Nouveau. 217 Proposta. Esta secção, tipificada pela violação de uma pessoa vulnerável, substitui o sistema existente de presunção de violência contra uma criança ou jovem com menos de 14 anos, que consta da secção 1. Artigo 224 do Código Penal. O projeto de reforma do código penal evidencia, assim, a vulnerabilidade de certas pessoas, não só crianças e jovens com menos de 14 anos, mas também aqueles que não conseguem discernir o comportamento da vítima por doença ou deficiência mental. Condutas sexuais e condutas às quais não se resiste por qualquer motivo; considera crime manter relações sexuais com tais pessoas ou praticar outros atos de desejo sexual; não há necessidade de aprofundar a violência e seus supostos méritos. é sobre objetividade fática

Ao analisar o tema da relativização das presunções de vulnerabilidade como fator fundamental na efetividade da aplicação do direito a casos concretos, é de suma importância debater esse tema não só juridicamente, mas também socialmente, pois negado que o direito acompanha a sociedade e suas transformações, para o bem e para o mal, e ainda, com o avanço

da informação e a precocidade das crianças, o direito deve acompanhar essas transformações, legislando assim da forma mais coerente e razoável possível, por isso, hoje esse debate tornou-se necessário para tirar conclusões sobre a aplicação do direito penal.

Nesse sentido, vale destacar que a questão em tela, referente a Celso Antônio Bandeira de Melo, fere o princípio de que "juris et de jure" se presume violação mais grave do que violação da norma, portanto, a presunção absoluta é uma ofensa à lei ao não permitir nenhuma prova em contrário. Por outro lado, o Ministério da Saúde estima que em 2020 a proporção de estudantes de 13 a 15 anos sexualmente ativos seja de aproximadamente 723 mil, o que significa que é inegável que as crianças brasileiras iniciam uma vida sexual ativa precocemente.

4.2 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS

A priori, na busca de soluções realistas e plausíveis quanto à vulnerabilidade dos menores de 14 anos, é preciso expor essa rigidez dos legisladores em relação à idade tributária como elemento necessário e quase absoluto do gênero crime, apenas deixou claro perguntas factuais sobre um grupo social com um grande número de jovens de 13 anos, conforme observado acima, em qualquer data, ou ter praticado ato sexual, portanto, condenar alguém por seu crime hediondo sem analisar o contexto fático em que tal ato foi cometido fere os princípios da razoabilidade, que é fortemente combatido pela sociedade, e também pode causar danos morais ao condenado, se for uma relação consensual, ou mesmo uma relação que está travada há algum tempo.

Para fortalecer o argumento da relativização das presunções de vulnerabilidade, uma sucessão de estudiosos tem se direcionado na mesma direção, entre eles: Nucci, que traz perspectivas relacionadas como:

Pode um adolescente de 13 anos ser considerado tão absolutamente vulnerável que seu consentimento para sexo seja completamente inválido mesmo que ele tenha experiência sexual comprovada? Ou, em alguns casos especiais, pode-se considerar a vulnerabilidade relativa, avaliando o nível de consciência do menor sobre a prática sexual?

Ainda complementa o autor:

Por décadas, o parlamentar brasileiro esteve preso em cenas de sexo com o jovem de 14 anos. Não consegue acompanhar a evolução do comportamento social. Embora a Lei da Criança e do Adolescente defina menores de 12 anos, a proteção criminal para menores de 14 anos permanece rigorosa. Acreditamos que chegou a hora de unificar esse entendimento e estender a capacidade de consentimento para a atividade sexual para maiores de 12 anos.

Nesse sentido, argumenta o Führer, o legislador é culpado de rigidez ao tipificar de

forma absoluta quem pratica relações lascivas ou carnais com menor de 14 anos, conforme expresso da seguinte forma: "Ao aplicar a nova lei, os juizes devem verificar cuidadosamente Se realmente houve um estupro ou apenas um namoro inocente".

Cita-se, ainda, o entendimento da Estefam, que sustenta o entendimento de que a partir do momento em que uma vítima de 13 anos tem vida sexual ativa e consente em determinado ato, nada se fala em violação de bem jurídico tutelado, qual seja, sexual dignidade, ou seja "O conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (embora o legislador expressamente pretenda assim considerá-lo), aceitando-se prova em contrário, especialmente quando se trata de menores (indivíduos com mais de 12 anos)"

Por fim, recente decisão do 5º Plenário do STF excluiu excepcionalmente a presunção de estupro de vulnerável menor de 14 anos, aplicando uma "distinção" em casos específicos, ou seja, decidiu relativizar a presunção de vulnerabilidade. Até agora, continuamos a dizer que a lei deve seguir o contexto social para aplicar a lei a um caso específico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já mencionado, as alterações necessárias ao Código Penal são aprovadas pela lei n. Em 15 de dezembro de 2009, o legislador pretendeu decidir sobre a responsabilização objetiva pelo crime de estupro de vulnerável, pois optou por não relativizar a vulnerabilidade do crime apontado, desconhecendo a discricionariedade do caso concreto.

A relativização das presunções de vulnerabilidade é um fator muito importante hoje devido às mudanças na sociedade que incluem: acesso rápido à informação, "maturidade" precoce, puberdade precoce em crianças e adolescentes, tudo isso levando a crer que os 13 anos de hoje também dependem em seu ambiente de convivência social permite que ele tenha maturidade sexual além do que sua idade pode mostrar. E neste corolário não há que falar da presunção de vulnerabilidade absoluta pelo fator idade em todos os casos, porque alguns jovens são tão criteriosos que já não têm a presunção de vulnerabilidade, pelo que está relativização da presunção permite a existência de Possibilidades: Um julgamento mais equilibrado, em vez de simplesmente ignorar todo o contexto de um caso específico e condenar objetivamente o indivíduo.

O que não se pode ignorar é que a lei não está imune ao escrutínio judicial, respeitando todo o contraditório e a defesa adequada resultará em um julgamento justo e mais adequado. Do contrário, de nada adiantaria haver um corpo jurídico tão relevante como juizes, advogados, defensores públicos e promotores. Analisar com precisão os casos concretos e aplicar o direito

da forma mais correta possível, pois o direito não é uma ciência exata, mas um fenômeno social com certo grau de subjetividade.

A relativização da presunção de vulnerabilidade não visa criar um sentimento de impunidade, mas sim permitir que os referidos órgãos jurídicos façam uma análise mais imparcial, avaliando a vida social da vítima, sua maturidade e discernimento sexual, se houver. a "vítima" é obtida, se os familiares estão cientes do comportamento, se o agente tem intenção criminosa, ou seja, se a responsabilidade criminal deve ser investigada, esses fatores devem ser considerados de forma abrangente, mas só podem ser analisados de acordo com casos específicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. **Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acessado em 8 de novembro de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acessado em 8 de novembro de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acessado em 12 de novembro de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acessado em 16 de novembro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 847, de 11 de outubro de 1890.** Aprovação do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acessado em 21 de maio de 2022.

BRASIL. **Lei nº 847, de 11 de outubro de 1890.** Aprovação do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acessado em 25 de junho de 2022.

BRASIL. **Lei nº 847, de 11 de outubro de 1890.** Aprovação do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acessado em 25 de agosto de 2022.

BRASIL. **Lei nº 847, de 11 de outubro de 1890.** Aprovação do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acessado em 25 de

outubro de 2022.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acessado em 21 de maio de 2022.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acessado em 25 de outubro de 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 4. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 98.

CUNHA, Rogério Sanchez. **Manual de Direito Penal: Disposições Gerais (artigos 1.º a 120.º)** I Rogério Sanches Cunha - 4.ª edição. padre, amp. e atual. - El Salvador: JusPODIVM, 2016.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal. Parte Especial. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

D'ELIA, Fábio Suardi. Tutela Penal da Dignidade Sexual e Vulnerabilidade. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2014, p. 27.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **novos crimes sexuais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 176.

GARCIA, Basílio. **Instituições Penais**, 1. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1971.

GRECO, Rogério. **Direito Penal: Revista / Rogério Greco**. – 11ª edição. – Niterói, RJ: Poder, 2017.

GRECO, Rogério. **Cursos de direito penal**. seção especial. lista. dois. 11ª Edição RJ Niterói: Força Motriz, 2014, p. 540.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 9. Ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2015. P. 82.

MASON, Kleiber. **Direito Penal: Volume 3: Seção Especial: Art. 213 a 359-H**. 7. Ed. Vire, atual. e ampliado Rio de Janeiro: Medicina Legal; São Paulo: Métodos, 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBRINI, Renato. Manual de Direito Penal, 2. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 412.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Fabbrini, Renato. **Manual de Direito Penal**, 2ª ed. 31ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p.425.

NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, 21ª edição.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Ofensas contra a dignidade sexual**. São Paulo: Editora Revista

dos Tribunais, 2013, p.116-117.

NUCCI, G. de S.; **Delitos contra a dignidade sexual**: Comentário à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Primeira edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 37-38

SPRINTHALL, Norman A.; COLLINS, W. Andrew. **Psicologia do Adolescente**. Uma abordagem desenvolvimentista. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 407

PeNSE - Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar, disponível em:
<<https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/21457-a-saude-dos-adolescentes.html>>
Acessado em:

PIERANGELLI, José Enrique. **direito penal brasileiro. evolução histórica**. São Paulo: Editora Javoli, 1980.

STJ afasta presunção penal em caso de estupro de vulnerável 25 de agosto de 2021 às 7h42.
URL: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-25/stj-afastapresuncao-crime-estupro-vulneravel>.
Visitado em 26 de outubro. A partir de 2022.