



Universidade Federal de Juiz de Fora
Faculdade de Direito

**A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE AOS MENORES DE
QUATORZE NO CRIME DE ESTUPRO: NATUREZA JURÍDICA E
ANÁLISE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES
BRASILEIROS**

Felipe Alves Duarte

Juiz de Fora
2014

Felipe Alves Duarte

**A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE AOS MENORES DE
QUATORZE NO CRIME DE ESTUPRO: NATUREZA JURÍDICA E
ANÁLISE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES
BRASILEIROS**

Monografia apresentada como requisito
para obtenção do título de **Bacharel em
Direito** à Banca Examinadora da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Juiz de Fora

Orientador: João Beccon de Almeida Neto

Juiz de Fora

2014

**A PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE AOS MENORES DE
QUATORZE NO CRIME DE ESTUPRO: NATUREZA JURÍDICA E
ANÁLISE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES
BRASILEIROS**

Felipe Alves Duarte

BANCA EXAMINADORA

.....
Prof. João Becon de Almeida
Orientador(a)

.....
Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago

.....
Prof. Leandro Oliveira Silva.

Dedico este trabalho a todos que me auxiliaram e torceram por mim durante esses anos de minha caminhada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, por dar-me vida plena e abundante. Agradeço também, ao meu orientador, João Becon de Almeida, por sua competência, confiança e amizade. Agradeço a todos que colaboraram durante a construção deste trabalho, em especial aos meus verdadeiros amigos e principalmente, à minha família, sem a qual eu nada seria! Muito obrigado!

RESUMO

A edição da Lei nº 12.015/09 não foi suficiente para sanar as divergências entre doutrina e jurisprudência quanto à natureza jurídica da presunção de violência prevista no revogado artigo 224 do Código Penal. Por meio desta nova lei, o legislador apenas deu roupagem diversa à antiga presunção, levando a discussão para o plano da definição da natureza jurídica da vulnerabilidade. No caso dos menores de quatorze anos, a situação permanece obscura e nem mesmo as Cortes Superiores tem dado respostas aceitáveis para a questão. Diante disso, através de sólida análise jurídico-penal aliada à investigação da fundamentação das decisões dos Tribunais Superiores, pugna-se pelo reconhecimento da natureza *iuris tantum* da presunção de vulnerabilidade presente no caput do artigo 217-A do diploma repressivo.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Violência presumida. Menores de quatorze anos. Vulnerabilidade. Liberdade sexual. Relativização.

ABSTRACT

The enactment of the Law No. 12,015 / 09 was not enough to reconcile the differences between doctrine and case law about the legal nature of the presumption of violence contained in the repealed Article 224 of the Criminal Code. With this new law, the legislature only gave different guise to the old presumption, bringing the issue to “setting up the legal nature of vulnerability”. In the case of children under fourteen, the situation remains unclear and even the High Courts have not given acceptable answers to this question. Thus, through a solid legal and criminal analysis, combined with the investigation of the reasons for the decisions of the Superior Courts, this article aims the recognition of the relativity of the legal nature of the "vulnerability presumption" in the heading of the Article 217-A of the Criminal Code.

Keywords: Statutory rape. Sexual abuse. Children under fourteen. Presumption of violence. Vulnerability. Sexual freedom. Relativization

Sumário

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 – ANÁLISE JURÍDICO-PENAL.....	13
1.1 O Crime Tipificado no Art. 217-A.....	13
1.2 Sujeito Ativo e Passivo.....	14
1.3 Modalidades Comissiva e Omissiva.....	15
1.4 Elemento Subjetivo e o Erro de Tipo.....	16
1.5 O Erro de Proibição.....	18
1.6 O conceito de Vulnerabilidade.....	19
CAPÍTULO 2 – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	22
2.1 A divergência entre a 5ª e 6ª Turmas do STJ.....	22
2.2 O Posicionamento da Ministra Maria Thereza Rocha Assis.....	24
2.3 O Enunciado do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias.....	26
2.4 O Posicionamento do STF.....	29
2.5 Novas Perspectivas a Partir do Novo Código Penal.....	31
CONCLUSÃO.....	35
BIBLIOGRAFIA.....	38

INTRODUÇÃO

Antes da vigência da Lei n. 2.015/2009¹, os operadores do Direito muito debateram acerca dos ditames do revogado comando normativo presente no artigo 224 do Código Penal, o qual enunciava:

Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de catorze anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância.
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.²

O ponto central desta problemática, sempre esteve na caracterização da natureza jurídica desta presunção, se *iures et de iure*³ ou *iruis tantum*⁴. Aparentemente, a intenção do legislador era conferir caráter absoluto a ela, e foi assim que a jurisprudência e a doutrina se posicionaram de forma uníssona durante décadas.

Interessante notar, que a matriz deste entendimento se dava pela razão de proteger os rigorosos valores morais da sociedade quando da edição do mencionado dispositivo. Prova disso, se dá pela antiga redação do antigo título V do Código Penal brasileiro, o qual não era denominado “dos crimes contra a dignidade sexual”, mas “dos crimes contra os costumes⁵”. Vale então destacar, o entendimento, à época, sustentado por Nelson Hungria:

O vocábulo ‘costumes’ é aí empregado para significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais.⁶

¹ BRASIL. Lei Nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm> Acesso em: 18/11/2014.

² Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2008. Dispositivo revogado pela Lei nº 12.015, de 2009.

³ Presunção de natureza absoluta, não admitindo prova em contrário.

⁴ Presunção de natureza relativa.

⁵ Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009.

⁶ (1958) apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. V.1. Parte Geral. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 463.

Com o passar do tempo, sobretudo com os rápidos avanços tecnológicos percebidos no último quartel do século XX, iniciada a chamada “era da informação”⁷, os antigos “costumes” passaram a não mais representar os valores máximos da sociedade brasileira. Sendo assim, a tutela penal “dos costumes”, tornou-se inadequada, arcaica, superada.

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, o conservadorismo presente no Código Penal tornou-se ainda mais evidente, uma vez que o ordenamento pátrio passou a limitar a ingerência do Estado na vida privada do indivíduo. Como ressalta Carvalho⁸, o Estado passou a não poder, nem mesmo, exigir o cumprimento de deveres incompatíveis com as convicções morais, filosóficas e políticas, pessoais, devendo primar pela dignidade pessoal do cidadão.

Rapidamente, a expressão presente no artigo 224 do Código Penal, “presunção de violência” passou a ser fortemente questionada pela doutrina e a constitucionalidade do dispositivo foi posta em xeque. Como era de se esperar, as decisões dos Tribunais dividiram-se, tendo sido percebida especial dificuldade por parte daqueles que defendiam a inflexibilidade desta presunção ao utilizar argumentos que se adequassem à realidade social.

De um lado, estava o respeito à vontade do legislador e a rigidez de um critério objetivo mesmo que contra os interesses do réu, de outro, pesavam mais do que as mudanças no pensar da sociedade, os princípios constitucionais da Presunção de Inocência, do *In Dubio Pro Reo*, do Contraditório e da Ampla Defesa.

Não muito raramente, observou-se que os Tribunais estavam mudando de entendimento, como bem observou Greco:

A partir da década de 80, nossos Tribunais, principalmente os Superiores, começaram a questionar a presunção de violência constante do revogado art. 224, “a”, do Código Penal, passando a entendê-la, em muitos casos, como relativa, ao argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI haviam modificado significativamente e nesse sentido,

⁷ Termo cunhado por CASTELLS, em sua obra de mesmo nome, para tratar da revolução tecnológica vivenciada no mundo atual, especialmente no que tange a superação de uma era preponderantemente industrial (CASTELLS, Manuel - ***A Era da Informação: economia, sociedade e cultura***. Vol. I: A Sociedade em rede. Trad.: Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer. 2ª ed. São Paulo: Edit. Paz e Terra, 2000. p.50)

⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 13 ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 612.

os menores de 14 anos não exigiriam a mesma proteção que aqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940.⁹

Em 2009, com o objetivo de acabar, definitivamente, com essa discussão, promulgou-se a Lei nº 12.015 criando-se o delito denominado “estupro de vulnerável”, justamente para trazer um conceito inerente à vítima, a partir da concepção de “vulnerabilidade”. Agora, não mais se presumiria que o agente ativo do crime tivesse sido violento, mas que a vítima, quando enquadrada nas situações elencadas no tipo penal, estaria sempre em condição de fragilidade, que esta seria sempre incapaz de manifestar sua vontade.

Na realidade, contudo, a discussão está longe de ser superada. Como preleciona Nucci:

O nascimento de 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 tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual?¹⁰

Percebe-se, atualmente, que o legislador apenas deu nova roupagem à presunção de violência, trazendo à tona uma nova presunção, agora de vulnerabilidade, que, muito embora não esteja mais arraigada no retrógrado título da proteção “dos costumes”, afronta, ainda, louváveis princípios de ordem constitucional.

Não é à toa, que atualmente há forte divisão na doutrina, onde temos, exemplificativamente, Nucci defendendo a relativização da presunção de vulnerabilidade e Greco rechaçando veementemente esta possibilidade. Além disso, esta divisão refletiu-se na jurisprudência, tendo havido até mesmo discordâncias entre Tribunais e Turmas dentro do próprio STJ.¹¹

⁹ GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 4ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 686.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 37.

¹¹ Entre diversos casos presentes no STJ sobre este tema, a divergência que ocorreu no início do ano de 2012, entre as 5ª e 6ª Turmas, culminou na absolvição pela 3ª Seção do Tribunal, de um

Sabe-se, contudo, que apesar da crescente discussão pelo país acerca da natureza relativa da vulnerabilidade, os Tribunais superiores têm, novamente, insistido por entender este conceito como absoluto, o que tem causado certo alvoroço para numerosos operadores do Direito, especialmente no que se refere ao estupro de menores de 14 anos.

Destarte, com a intenção de esmiuçar o ponto central desta problemática, qual seja, a questão da natureza jurídica da vulnerabilidade, pretende-se, em sólida análise jurídico-penal, expor as principais características do crime de estupro de vulnerável e os atributos referentes à vulnerabilidade. Após este processo, serão apreciadas as principais decisões dos tribunais superiores atinentes ao tema, para que, paralelamente a isso, seja realizada reflexão a respeito da pertinência da discussão em de nosso ordenamento jurídico, das futuras perspectivas nestes tribunais, e da compatibilidade das decisões das cortes superiores com princípios constitucionais.

homem que teve relação sexual com três meninas menores de quatorze anos. Este ocorrido merece especial destaque em função de sua repercussão midiática, e será tratado mais cuidadosamente no capítulo seguinte.

1 ANÁLISE JURÍDICO-PENAL

1.1 CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 217-A

Conforme nos ensina Estefan¹², enquanto o artigo 213 do Código Penal protege os indivíduos de uma maneira geral, o artigo 217-A protege especialmente os indivíduos considerados vulneráveis pelo legislador. Lembrando, também, que este delito foi incluído, pela Lei nº 12.015/09, no rol dos crimes hediondos. O mencionado artigo estabelece essencialmente:

Estupro de vulnerável

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.¹³

Como se percebe em leitura literal, os verbos “ter” ou “praticar” não impõe a violência ou a grave ameaça para adequação ao tipo. Logo, o artigo 217-A estabelece uma obrigação geral de abstenção com as pessoas nas condições expostas no dispositivo. Como aponta Capez¹⁴, mesmo que não se tenha observado violência e que se tenha consentimento do ofendido, haverá a tipicidade da conduta. É isso que se vê, também, na justificativa legislativa do então projeto de lei que culminou neste comando normativo:

O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes, mas também a pessoa que, por enfermidade ou doença mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter

¹² ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte geral. 2.ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140

¹³ Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2014. Dispositivo incluído pela Lei nº 12.015, de 2009

¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 82.

conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.¹⁵

Por fim, os parágrafos 3º e 4º do artigo 217-A descrevem a forma qualificada do estupro de vulnerável. No parágrafo 3º, tem-se que, se o crime resultar lesão corporal grave, a pena será de 10 a 20 anos de reclusão; e no parágrafo 4º, caso resulte em morte, a pena será de 12 a 30 anos de reclusão.

1.2 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Quando praticado mediante ato libidinoso, mostra-se como crime comum, podendo ser cometidos tanto por homem quanto por mulher. Quando se tratar de conjunção carnal, exige-se que a relação seja heterossexual.

O sujeito passivo será a vítima que consta no rol do artigo 217-A caput e em seu § 1º. Ou seja, a pessoa menor de 14 (quatorze) anos, ou aquela acometida de enfermidade ou discernimento necessário para prática do ato, ou que, por outra razão, não pode oferecer resistência.

1.3 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Para haver a consumação do delito, inicialmente deve-se analisar em qual modalidade este foi cometido. Como nos ensina Bittencourt¹⁶, quando na modalidade de constranger à conjunção carnal, consuma-se desde que haja introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino na vagina da vítima e na modalidade de praticar ou permitir a prática de outro ato libidinoso, o momento consumativo coincidirá com a efetiva realização ou execução deste ato.

¹⁵ BRASIL. CPMI - Exploração Sexual. Projeto de Lei do Senado. Altera o Título VI da Parte Especial do Código Penal, o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do caput do art. 5º da Constituição Federal, e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=85306>. Acesso em 01/12/2014.

¹⁶ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. V4. Parte Especial. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

No caso da tentativa, a modalidade é inquestionavelmente admissível, tratando-se de crime plurissubsistente. Vale lembrar, contudo, que não há possibilidade de se considerar nem mesmo como “tentado” o ato cometido com o consentimento do sujeito passivo, sendo esse irrelevante, no caso de se considerar a natureza jurídica da vulnerabilidade como absoluta.

1.4 MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos descritos no tipo penal, consistem no “ter” (conjunção carnal) e no “praticar” (qualquer ato libidinoso). Por isso, tem-se que, em regra, o estupro de vulnerável é comissivo, ou seja, decorre de um comportamento positivo.

Contudo, é importante destacar que o delito pode ser praticado por via da omissão imprópria, nas hipóteses em que o agente seja garantidor da segurança da vítima nos ditames do § 2º do artigo 13 do Código Penal.

Neste ponto, tocamos em outra questão controversa que depende da análise da natureza jurídica da vulnerabilidade. Caso se entenda o caráter da presunção de vulnerabilidade como absoluto, para correta aplicação da lei, os pais que aceitam as relações amorosas de seus filhos menores de 14 anos com maiores de idade, deverão ser punidos com as mesmas penas constantes no preceito secundário do artigo 217-A do Código penal, mesmo nos casos em que as relações forem consentidas.

Tal situação, em nossa opinião, revela um ponto frágil da argumentação em defesa natureza *iures et de iure* da presunção de vulnerabilidade. O direito não pode se distanciar da dinâmica do mundo concreto. Como afirma Eros Grau “nem a vontade do legislador e nem o espírito da lei vinculam o intérprete” e “a aplicação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de suas normas à realidade de seus conflitos”.¹⁷

¹⁷ GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ªed. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 169

Não raramente, ouvimos histórias de pessoas próximas sobre namoros na época de infância. Principalmente entre os homens, comumente se escutam relatos cheios de vaidade a respeito de relações sexuais havidas antes dos 14 anos, muitas destas, com maiores de idade. Deveriam estes rapazes receberem o status de “estuprados”? Mais além, deveriam os pais destes, nos casos em que estes sabiam da dita situação, serem criminalizados como partícipes dentro de um delito considerado hediondo e que possui duras penas de 8 a 15 anos de reclusão? Em caso positivo, esta posição não parece, nem de longe, representar a verdadeira lógica de nossa realidade social.

Felizmente, muitos julgadores tem ido de encontro com a retrógrada jurisprudência que domina as Cortes Superiores atualmente, como se infere a partir do acórdão da apelação nº 70050178045, da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUE CEDE DIANTE DAS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE AS PARTES, COM CÓPULA CONSENTIDA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. PARECER MINISTERIAL ACOLHIDO. Inviável a condenação apenas com base na equivocada idéia de que a presunção de violência nos crimes sexuais seja absoluta. Caso em que a prova dos autos deixou clara a prévia relação de namoro entre as partes, de conhecimento de ambas as famílias, bem como a prática livre e consentida de relação sexual entre réu e ofendida, ambos jovens e com pouca diferença de idade. Contexto fático que não evidencia situação a configurar vulnerabilidade e ofensa a liberdade/dignidade sexual, não atraindo o interesse do Direito Penal. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. UNÂNIME. ¹⁸

O que se espera agora, é que nobres decisões como esta, tornem-se cada vez mais recorrentes.

1.5 O ELEMENTO SUBJETIVO E O ERRO DE TIPO

Para haver caracterização do delito de estupro de vulnerável, é necessário estar presente o dolo como elemento subjetivo, consubstanciado na vontade de ter

¹⁸ Brasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. ACR: 70050178045 RS , Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Data de Julgamento: 11/04/2013, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: 17/04/2013

conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com indivíduo nas condições previstas no artigo 217-A.

No que se refere à proibição etária, conforme leciona Greco¹⁹, para caracterização do crime em análise, é indispensável que o agente tenha conhecimento da idade da vítima, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado “erro de tipo”, o qual pode, até mesmo, conduzir à atipicidade do fato ou sua descaracterização para o artigo 213²⁰ do Código Penal.

Acerca desta excludente, Damásio de Jesus²¹ ainda alerta que, no caso concreto, o agente deverá demonstrar a desconformidade entre a realidade e a representação do sujeito passivo, caso em que, se aquele a conhecesse, não realizaria a conduta típica.

Assim tem sido decidido atualmente, conforme acórdão emanado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ):

APELAÇÃO. ESTUPRO DE MENOR. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA EM FACE DE IDADE. CARÁTER RELATIVO. CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. ERRO DE TIPO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. MANUTENÇÃO. Autoria e materialidade delitivas restaram demonstradas, à saciedade, pela prova oral e pelos laudos periciais, sendo correto afirmar que, além da palavra de uma das vítimas, obtido sob o crivo do contraditório, confirmando o ato sexual, os recorrentes, também, admitiram e alegaram a existência de consento entre eles e as menores. O ponto nodal da questão é decidir sobre a qualificação da violência: se de natureza absoluta (não comportando prova em contrário) ou relativa (possibilitando a prova em contrário). Na hipótese vertente, inobstante as ofendidas possuírem menos de 14 anos de idade quando da prática sexual, ficou demonstrado pelos elementos informativos colhidos na investigação que o ato sexual praticado ocorreu com a plena concordância das pretensas vítimas, não havendo como, nos dias de hoje, se afastar o caráter relativo da presunção de violência, mostrando-se desarrazoada a condenação dos denunciados por ato consentido. Assim, diante da prova colhida nos autos entendo que os apelados incidiram em erro de tipo, pois acreditavam que as meninas tinham mais idade, não imaginando que fossem menores de 14 (quatorze)

¹⁹ GRECO. **Código penal comentado**, p. 688.

²⁰ Crime de estupro. Esta desclassificação poderá ocorrer nos casos em que o sujeito ativo, apesar de ter se enganado verdadeiramente quanto a idade da vítima, a tenha constrangido, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

²¹ JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**, 20ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 265.

anos diante de sua aparência física e da própria atitude de chamá-los para irem ao motel. IMPROVIMENTO DO RECURSO²²

Ante o exposto, conclui-se que, caso o sujeito ativo prove que no momento da realização da conduta descrita no caput do artigo 217-A, não possuía conhecimento, por motivos razoáveis, de se tratar de vítima vulnerável, será legítima a imposição do caput, do artigo 20, do Código Penal²³, devendo ser considerado fato atípico.

1.6 O ERRO DE PROIBIÇÃO

É possível que ocorra a situação em que maior de idade tenha relações íntimas com vítima menor de quatorze anos, e alegue o desconhecimento da obrigação geral de abstenção deste ato. Para ilustrar tal situação, Greco traz à tona ótimo exemplo:

Assim, imagina-se o exemplo em que um caminhoneiro, em um posto de Gasolina, localizado à beira da de uma estrada, seja abordado por uma menina que, sabidamente, tinha 13 anos de idade, mas que já se prostituía desde os 12 anos. Nesse caso, se o agente vier a manter algum tipo de ato libidinoso com ela, deverá ser responsabilizado pelo delito de estupro de vulnerável?²⁴

Como preleciona o próprio autor, o argumento de erro de proibição muito dificilmente se prosperará. Hodiernamente, os meios de comunicação estão extremamente desenvolvidos e tem sido cada vez mais democratizados. Beira o ilusório, crer que alguém, na situação proposta, desconheceria a proibição em comento.

Com se sabe, casos de pedofilia vêm sendo noticiados de forma aterradora. Aliado aos tristes e elevados números de casos de abuso sexual infantil em nosso país, ainda temos uma mídia que muitas vezes cobre de forma sensacionalista os problemas colocados em pauta. Conforme denunciado pela Revista Eletrônica do jornal “O Globo”, a cada dia, pelo menos 20 crianças de zero a nove anos de idade

²² Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL: 04483933420108190001/ RJ 0448393-34.2010.8.19.0001, Relator: Des. Denise Vaccari Machado Paes. Data de Julgamento: 06/02/2014, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 24/03/2014

²³ Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

²⁴ GRECO. **Código penal comentado**, p. 696.

são atendidas nos hospitais que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) no país, após terem sido vítimas de violência sexual, de acordo com o Ministério da Saúde.²⁵

Assim, como nos ensina Greco²⁶, mesmo no caso da vítima vulnerável por razão etária estar exercendo atividade de prostituição, a população em geral possui a informação de que praticar com ela algum tipo de ato libidinoso, sobretudo a conjunção carnal, é um comportamento ilícito, razão pela qual, o sujeito ativo deverá responder pelo crime em comento.

1.7 O CONCEITO DE VULNERABILIDADE

A concepção clássica²⁷ do termo “vulnerável”²⁸, do latim “*Vulnerabilis*”, corresponde ao ponto mais fraco, ou que passa a ser indefeso, mais acessível, aos ataques devido à sua maior fragilidade se comparada a outras pessoas.

A lei, contudo, não fala desta vulnerabilidade. Como bem nos alerta Bitencourt²⁹, o legislador optou por incluir na mencionada classificação, pessoas que são absolutamente inimputáveis (embora não todas), quais sejam os menores de quatorze anos, ou aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuem o necessário discernimento para a prática do ato, ou aqueles, que por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência ao agressor.

Bitencourt³⁰ salienta, ainda, que o legislador faz uma grande confusão para definição da idade vulnerável, ora refere-se a menor de quatorze anos (arts. 217-A, 218 e 218-A), ora a menor de dezoito (218-B, 230, § 1º, 231, § 2º, I, 231-A, § 2º, I).

²⁵ RIBEIRO, Marcelle. O Globo. **Pedofilia: pesadelo que começa na infância e em casa**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/pedofilia-pesadelo-que-comeca-na-infancia-em-casa-11828021>
Acesso em: 17/11/2014

²⁶ Obra citada. Ibid.

²⁷ SÉGUIER, J. de. 1935. **Dicionário prático ilustrado**. Porto: Chardron, p. 1779.

²⁸ Segundo Lorenzo, a vulnerabilidade significa “susceptibilidade”, logo, se refere às condições que nos tornam sujeitos a sermos atingidos por um ato externo qualquer. (LORENZO, Claudio. **Vulnerabilidade em saúde pública: implicações para as políticas públicas**. Revista Brasileira de Bioética. 2006. p.300).

²⁹ BITENCOURT. **Tratado de Direito Penal**, p. 50.

³⁰ BITENCOURT. **Tratado de Direito Penal**, p. 50.

Recentemente, em maio deste ano, com o advento da Lei nº 12.978³¹/14, o legislador parece ter se confundido ainda mais entre conceitos. Dispõe o artigo 1º desta lei:

Art. 1º - O nome jurídico do art. 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a ser "favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável".

Como se pode perceber, o novo *nomem iuris* do delito distingue a criança ou o adolescente do vulnerável, enquanto para o artigo 217-A, todas as crianças³² e mesmo alguns adolescentes³³ se enquadrariam neste conceito. Sendo assim, por exclusão lógica, apenas aquele, por enfermidade ou doença mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual é que seriam vulneráveis. Sobre esta questão, salienta Monteiro:

No art. 217-A, ser a vítima menor de 14 anos é condição que a torna vulnerável à conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Já no art. 218-B, a condição do ofendido é ser menor de 18 anos, o que o faz vulnerável à exploração sexual. Cuida-se, assim, de duas vulnerabilidades, a primeira em relação ao ato libidinoso, a segunda em relação à exploração sexual.

Em excelente parecer, Monteiro ainda critica:

A opção legislativa de dar ao mesmo vocábulo significados diversos, certamente distanciou-se da melhor técnica, pois ao tratar a matéria de forma dispersa, sem qualquer homogeneidade, gerou grande confusão conceitual, cabendo, então, ao intérprete e aplicador do Direito realizar uma ginástica intelectual e jurídica para, de alguma forma, imprimir ordem ao caos.³⁴

Como resultado desta desordem, para correta utilização dos dispositivos, o intérprete deverá se valer da lógica do sistema jurídico sobre a lógica da rubrica

³¹ BRASIL. Lei nº 12.978 de maio de 2014. Altera o nome jurídico do art. 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e acrescenta inciso ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para classificar como hediondo o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12978.htm>. Acesso em: 18/11/2014.

³² Segundo o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), considera-se criança, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade.

³³ Aqueles que possuem mais de doze e menos de quatorze anos de idade.

³⁴ MONTEIRO, André Vinícius. Vulnerabilidade: Análise de um Novo Paradigma para os Crimes Sexuais. **Revista Jurídica ESMP-SP**, V.5. 2014: p.82. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/issue/archive> Acesso em: 18/11/2014

realizada pelo legislador. Sendo assim, o termo “vulnerabilidade” deverá ser aplicado de formas diversas.

Em concordância com Monteiro³⁵, vemos que, a vulnerabilidade do artigo 217-A refere-se às vítimas menores de 14 anos frente à prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, enquanto no artigo 218-B, a vulnerabilidade alude às vítimas menores de 18 anos perante o crime de exploração sexual. Cuida-se, assim, de duas vulnerabilidades.

Felizmente, caso seja aprovado, o anteprojeto do novo código penal, PLS nº 236/2012³⁶, irá colocar um fim nesta polêmica, uma vez que pretende unificar esses conceitos ao determinar que a idade determinante para vulnerabilidade em 12 anos, agindo o legislador, também, em uniformidade com o Estatuto Menorista.

³⁵ MONTEIRO. Vulnerabilidade, p. 83.

³⁶ BRASIL. Senador Pedro Tasques. PLS nº 236/2012. Projeto de Lei do Senado. **Portal Atividade Legislativa:** Projetos e Matérias Legislativas. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404> Acesso em 05/11/2014.

2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

2.1 A DIVERGÊNCIA ENTRE A 5ª e 6ª TURMAS DO STJ

Atualmente, o posicionamento dos Tribunais Superiores está voltado a considerar como absoluta a natureza da presunção de violência presente no artigo 217-A do Código Penal. Contudo, o tema ainda gera calorosos embates nas demais cortes brasileiras e recentemente foi destaque em divergência dentro do Superior Tribunal de Justiça.

No ano de 2012 uma decisão do Superior Tribunal de Justiça provocou grande repercussão nacional, discussões em todo âmbito jurídico pátrio e forte especulação midiática.

A situação iniciou-se quando o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), absolveu um homem, processado pelo cometimento do crime de estupro. No caso em questão, o réu era acusado em razão de ter mantido relações íntimas com três menores, todas com doze anos de idade. Em segunda instância, a decisão se manteve, e nas palavras da eminente ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura³⁷, acertadamente, uma vez que as meninas “já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data”.

Segundo o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), a mãe de uma das supostas vítimas havia dito em juízo que a filha comumente trocava as aulas do colégio para ir à praça com suas colegas para se prostituir em troca de dinheiro. Ainda extrai-se do julgado:

(...) a prova trazida aos autos demonstra, fartamente, que as vítimas, à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo. Embora imoral e reprovável a conduta praticada pelo réu, não restaram configurados os tipos penais pelos quais foi denunciado.³⁸

Chegada a questão no STJ, a Quinta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, contrariou os entendimentos anteriores, reforçando, desta vez, a natureza

³⁷ Ministra do Superior Tribunal de Justiça desde 9 de agosto de 2006; Membro da 6ª Turma e da 3ª Seção; Presidente da Terceira Seção de agosto de 2011 a julho de 2013;

³⁸ INSTITUTO Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). **Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13988--Presunção-de-violência-contra-menor-de-14-anos-em-estupro-é-relativa>>

absoluta da presunção de violência por motivo etário. Esta decisão, porém, ocasionou a proposição de Embargos de Divergência à 3ª Seção STJ, uma vez que, a Sexta Turma considerava ser relativa a mencionada presunção. Frente a isso, se fazia necessário uniformizar a jurisprudência.

No caso analisado, em interpretação literal da lei, não haveria dúvidas quanto a caracterização do crime de estupro na modalidade consumada, em função da presunção de violência presente no revogado artigo 224 do Código Penal. O principal argumento da defesa, porém, fundava-se no fato de ter havido concordância das vítimas para o ato sexual, razão pela qual não se trataria de estupro. Para ser possível a aceitação desta tese, deveria o STJ entender a natureza jurídica desta presunção como *iuris tantum*.

Ocorreu, então, que foram vencidos os ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior, e a 3ª Seção do STJ entendeu por fixar a relatividade da presunção de violência nos casos em que a vítima era menor de quatorze anos.

Com o acolhimento da tese de defesa por parte do STJ, numerosos juristas e principalmente a mídia, fizeram fervorosas críticas à decisão, tendo a Corte sido acusada, inclusive, de permitir a pedofilia e a prostituição infantil.

Contudo, para Bottini, tais críticas não se justificam, pois a 3ª Seção do STJ apenas se ateve à questão da não ocorrência de violência:

No caso em discussão, ainda que o ato seja reprovável e mereça a atenção do direito penal, vez que prejudica o desenvolvimento saudável da criança e traz inúmeros problemas psicológicos e sociais, seu desvalor não está na *violência, na coação*, vez que o ato foi praticado com consentimento da vítima. Não parece lógico presumir a violência onde ela evidentemente não existe. Em suma, se trata de ato reprovável, mas não do *crime de estupro*, vez que houve concordância das supostas vítimas.³⁹

Passado algum tempo, a situação acabou por se reverter por questões procedimentais e a polêmica do difícil caso pôde findar-se sem que “culpados” fossem apontados. Conforme noticiado, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acabou por reconhecer que os embargos de divergência acima mencionados

³⁹ BOTINI, Pierpaolo. **O STJ e a presunção de violência no estupro**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-17/direito-defesa-stj-presuncao-violencia-estupro>>. Acesso em 01/12/2014

foram apresentados intempestivamente, fazendo, assim, que voltasse a valer a decisão anterior dada pela 5ª Turma.

Atualmente, após fortes pressões sofridas pelo Tribunal, e firmes discussões entre doutrina e jurisprudência, prevalece, mais uma vez, o entendimento que reconhece a natureza absoluta da presunção de violência, muito embora a discussão permaneça latente (apesar da nova redação trazida no artigo 217-A), em especial por parte da Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, a qual trouxe robusta fundamentação em defesa da natureza jurídica *iuris tantum* da discutida presunção desfavorável ao réu.

2.2 O POSICIONAMENTO DA MINISTRA MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS

Conforme exposição anterior, notória é a importância do posicionamento da Ministra Maria Thereza de Assis, primeiramente, por ter sido protagonista na decisão que culminou na relativização da presunção de violência após a interposição de Embargos de Divergência no final do ano de 2011.

Além disso, investigando a jurisprudência recente do STJ, facilmente se percebe o destaque da Ministra em defesa da relativização da presunção de violência nos casos que envolvem o crime de estupro. Nos últimos dois anos, a ministra travou verdadeira batalha dentro da Casa, tendo na maioria das vezes, representado o solitário voto vencido nos acórdãos do Egrégio Tribunal.

Temos, entre vários casos, o argumento da Ministra quanto à liberdade sexual dos menores de 14 anos no julgamento do recente Recurso Especial publicado dia 17/11/2014 com nº 1.37.164/MG:

Conforme já externei meu entendimento no julgamento do Recurso Especial 430.615/MG, o tema relativo à natureza da presunção de violência nos crimes sexuais, por certo, é de grande valor, como cediço, porque envolve a liberdade sexual de pessoas cuja capacidade a lei considera incompleta. Aliás, abordar os transtornos da violência sexual já traz em si a reflexão de princípios básicos das sociedades humanas, imagine-se quando uma das partes envolvidas é menor de 14 anos. Conquanto todas as preocupações encaminhem o magistrado a buscar a proteção do ente mais desfavorecido, não se pode, por outro lado, cerrar os olhos para situações especiais da vida humana que, de certo modo, dificultam o enquadramento típico no caso concreto. 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.⁴⁰

Relembra também a Ministra, dos casos em que há envolvimento amoroso entre os agentes, situações em que certamente se pode inferir que a suposta vítima não deseja a proteção imposta pelo Direito Penal:

Vale ressaltar, neste ponto, que, no julgamento do *Habeas Corpus* 88.664/GO, de relatoria do Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), a Sexta Turma analisou a matéria sob diversos enfoques. Naquela oportunidade, refletiu-se acerca da relação amorosa vivida pela vítima e pelo réu, sobre a necessidade de não se tornar o Direito estático, mormente se levado em consideração que a parte especial do Código Penal data de 1940. Lembrou, ainda, o ilustre magistrado que as sociedades mudam e os conceitos e preconceitos de igual modo.

Também merece destaque, a elucidação da Ministra, acerca das alterações sociais vividas desde 1940 e das discrepâncias entre costumes e educação sexual num país tão diverso como o Brasil:

Destaque-se que 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. Nesse sentido, sobram críticas a respeito da fixação da idade de 14 anos, por tratar-se de critério subjetivo, "baseado no que se presume ser o desenvolvimento mental das pessoas nessa faixa etária. Como nem todos os indivíduos se desenvolvem da mesma maneira e como os fatores pessoais e culturais, dos costumes e do tempo, étnicos e mesológicos, determinam variações relevantes, nem sempre o limite legal estará adequado". (Prudente, Neemias Moretti. Considerações críticas acerca das disposições gerais relativas aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, 2000, p. 79).

A Ministra por fim, deixa claro seu posicionamento íntimo quanto à natureza relativa da presunção de violência no caso em questão e, dá validade, inclusive, ao consentimento dado por menor de 14 anos:

Dessa forma, considero que a presunção de violência prevista no revogado artigo 224, alínea "a", do Código Penal tem natureza relativa, devendo a questão ser decidida tendo em vista as peculiaridades do caso concreto. Sendo, no meu entender, relativa a presunção de violência, e decidindo o Tribunal de Justiça que "em nenhum momento a vítima deixou de consentir"

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1317164/MG. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Data de Julgamento: 26/08/2014, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: 17/11/2014

com o ato sexual, maiores considerações acerca do tema demandariam o exame da prova dos autos, o que é vedado na via do recurso especial.(...)⁴¹

Atualmente, porém, com o advento do artigo 217-A, e quando na relatoria dos processos, a Ministra tem optado por ceder à posição defendida pela maioria dos ministros de seu Tribunal de origem, mesmo que, em algumas ocasiões, tenha expressamente deixado a ressalva de sua opinião pessoal, como no julgado colacionado a seguir, em que o réu era processado pelo delito tipificado no aludido artigo:

Desta forma, consta-se que o entendimento adotado pelo Tribunal de origem está em plena sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. *De fato, com a ressalva do meu entendimento sobre o tema, "jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sentou-se no sentido de que a presunção de violência no estupro, quando a vítima não for maior de 14 anos de idade, é absoluta", de maneira que "a aquiescência da adolescente ou mesmo fato de a ofendida já ter mantido relações sexuais não tem relevância jurídico-penal"*⁴²

Sobre o atual posicionamento da Ministra, importante se faz destacar sua motivação fundamentada com suas próprias palavras:

Posto isso, quanto ao estupro de vulnerável, antes das inovações introduzidas pela Lei nº12.015/09 externei o meu posicionamento nERsp 1021634/SP, de minha relatoria, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/12/01, DJe 23/02/2012, no sentido de não ser "juridicamente defensável continuar preconizando a ideia de presunção absoluta em fatos com os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado". Asseri que "não se pode considera crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado, in casu, a liberdade sexual", afim de concluir que "a presunção de violência prevista no revogado artigo 24, alínea ',do Código Penal, deve ser considerada de natureza relativa".

(...)

De fato, atual quadro normativo-penal clama por novas reflexões a respeito de tão espinhos tema, uma vez que com o advento da Lei n.º 12.015/09 renovou-se a celeuma doutrinária sobre a relativização da presunção de violência, persistir, segundo alguns juriconsultos, aos adolescentes -ou seja, maior de12 (doze) anos, conforme previsto no Estatuto Menorista, e menor de14 (catorze) anos, de acordo com o limite estipulado no artigo 217-A do Código Penal.⁴³

⁴¹ BRASIL. Recurso Especial nº1317164/MG.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - AgRg no REsp: 1353398 RN 2012/0239104-3, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 27/05/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/06/2014

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. – Recurso Especial: 1312620 MG 2012/0065405-9, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 10/06/2014, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: 27/06/2014

A ministra ainda continua sua fala incluindo comentários quanto ao artigo 217-A do Código Penal:

Ocorre, todavia, que a Lei nº 12.015/2009, inserindo o artigo 217-A no Código Penal, tipificou a conjunção carnal com menor de 14 anos sob o rótulo de estupro de vulnerável sem a expressão "mediante violência ou grave ameaça" presente nos demais crimes sexuais.

(...)

E, embora motive certa preocupação o fato de eventualmente o legislador sanar discussões doutrinárias e jurisprudenciais com a modificação do tipo, a alteração da norma penal do estupro de vulnerável apresentou considerações objetivas e taxativas conforme ressaltou da justificativa do Projeto de Lei do Senado nº 253/2004.⁴⁴

Ao afirmar esta posição a Ministra praticamente tornou o entendimento do STJ como uníssono, sendo esperado apenas uma posição contrária em *hard cases*⁴⁵, pelos quais ainda temos que aguardar que cheguem no excelso Tribunal.

2.3 O EUNCIADO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO

Segundo Bitencourt⁴⁶, o legislador se valeu da terminologia “presunção de vulnerabilidade”, como mecanismo velado de fazer perpetuar a antiga “presunção de violência”. A diferença estaria então, no fato do legislador de 1940 ter sido “democraticamente transparente”, enquanto o atual usou de artifícios que confundem o operador de Direito.

Ao que parece, o legislador atual, possui razões políticas que vão além da justificativa contida no Projeto de Lei do Senado nº 253/2004, possivelmente, o temor da opinião pública, leiga e facilmente movida pelos meios de comunicação em massa (mídia), voltar-se contra interpretação ampliativa, como ocorreu no início do ano de 2012.

⁴⁴ BRASIL. Recurso Especial: 1312620 MG 2012/0065405-9

⁴⁵ Termo utilizado em referência a casos demasiadamente complexos. Dworkin (2002, p. 128) salienta que este termo é sinônimo de “lacuna da lei”, uma vez que o julgador acaba por “legislar novos direitos jurídicos”.

⁴⁶ BITENCOURT. **Tratado de Direito Penal**, p. 52

Bitencourt⁴⁷ afirma, ainda, que o legislador buscou sufocar o honroso enunciado do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a natureza *iuris tantum* da presunção de violência. Sobre esta questão, tem-se como referencial a célebre decisão do Ministro Marco Aurélio Melo:

A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar a vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público [...] Nos nossos dias não há crianças, mas moças com doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escalas de valores definidos a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes podem advir.⁴⁸

Ainda seguindo o lecionado por Bitencourt, a solução da questão da natureza jurídica da presunção de violência (hoje presunção de vulnerabilidade) estaria contida na fundamentação proposta pelo Ministro Marco Aurélio Melo, ou seja, tratando a presunção como relativa, cada caso deveria ser analisado *in concreto*. Somente assim, seria possível aferir o real atingimento ao bem jurídico tutelado pelo comando normativo, as circunstâncias da vítima, e seu verdadeiro grau de autodeterminação e discernimento. De forma a explicitar esse raciocínio, o renomado jurista ainda cita o trecho final da decisão do Ministro Marco Aurélio de Melo:

A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança.⁴⁹

Este entendimento, porém, não mais prospera no ínclito Supremo Tribunal Federal, como se passará a analisar a seguir.

⁴⁷ BITENCOURT. **Tratado de Direito Penal**.

⁴⁸ Min. Marco Aurélio de Mello, em 21-5-2005. Apud *Ibidem*, p. 52

⁴⁹ *Ibidem*.

2.4 O POSICIONAMENTO DO STF

Quanto à natureza jurídica da vulnerabilidade aos menores de quatorze anos no crime de estupro, o Supremo ainda não se posicionou diretamente. Sobre o tema, apenas tem-se julgados em que os eméritos Ministros expressam sua posição sem tocar frontalmente na questão, e as decisões acabam por dar cabo dos processos por razões meramente procedimentais.

Merecem maior atenção, por outro lado, as decisões mais recentes da suprema corte, após a vigência Lei 2015/2009⁵⁰, uma vez que os Ministros não podem ignorar a nova sistemática do ordenamento jurídico pátrio.

Com se infere do voto Ministro José Antônio Dias Toffoli, ao julgar o HC 97.052/PR, tudo indica que o STF manterá sua posição em considerar absoluta à presunção desfavorável ao réu no crime de estupro de vulnerável:

A questão convertida, no caso em questão, consiste na interpretação do que dispões o art. 224, 'a', do Código Penal, relativamente à presunção de violência quando a vítima não for maior de 14(quatorze) anos de idade. A matéria já sedimentada, tendo ambas as Turmas desta Suprema Corte, ao apreciar a matéria, assentando que a presunção de violência, ainda que haja o consentimento da ofendida, é absoluta. (...) esta é a orientação consolidada do Supremo Tribunal Federal (HC nº81.268/DF, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16/11/02; RHC nº 80.613/SP, Primeira Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DD de 02/5/2000; RHC nº 79.788/MG, Segunda Turma, rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 17/8/01).
(...)

Atualmente, inclusive, a infração encontra melhor tipificação no art. 217-A do Código Penal, de acordo com redação que lhe deu a Lei nº 12.015/09, que revogou o art. 224 do mesmo codex, considerando-se vulneráveis (despidos de proteção, passíveis de sofrer lesão), no campo sexual, os menores de 14 anos.⁵¹

Também foi este o teor do voto da Ministra Rosa Maria Weber, quando relatora do HC 105.558/PR:

O entendimento desta Corte pacificou-se quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida.
(...)

Não creio que se possa qualificar a manutenção de relação sexual com criança de dez anos de idade como algo diferente de estupro ou entender

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - HC 97052/PR, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 16/08/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: 14/09;2011

que não seria inerente a ato da espécie a violência ou a ameaça por parte do algoz. Portanto, impossível acolher o pleito para relativizar a presunção de violência contra vítima com dez anos de idade à época dos fatos.⁵²

Ao que parece, a jurisprudência do STF, é deveras mais uniforme que a do STJ, mas, por outro lado, os Ministros da Suprema Corte tem se limitado a transcrever julgados antigos, sem, contudo, apresentar sólida fundamentação. Basicamente, a argumentação que funda a opção pelo entendimento da inflexibilidade da presunção desfavorável ao réu é a adstrição ao texto literal da lei. Como exemplo da rigidez com que a questão é tratada no STF, temos o voto da Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha, com destaque para:

A impetrante defende, em síntese, que a presunção de violência seria relativa e deveria ser afastada no caso dos autos, pois: a) a vítima estava com treze anos à época dos fatos; b) a relação sexual teria sido consentida (...) e) que se deve dar “o valor devido ao depoimento” da vítima, que teria afirmado que seu desejo não seria a punição do Paciente, mas, isto sim, que ele pudesse ajudar na criação do filho que nasceu em razão do ato sexual.

(...).

Em 7 de dezembro de 2007, indeferi a liminar (fls. 14-20) e determinei a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República, que, em 20 de dezembro de 2007, opinou pelo indeferimento da ordem, ressaltando que o acórdão questionado está em consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal e que o “*único argumento que poderia ser favorável ao paciente* – desconhecimento da idade da vítima -, não é cabível (tanto que nem trazido aos autos, pela defesa), uma vez que o autor conhecia a idade da enteada, na época em que cometeu o delito” (fls22-29).

Frisa-se, independentemente da reprovabilidade da conduta, que a Ministra sequer trouxe novos argumentos para balizar seu entendimento, firmando-se apenas na suposta ausência de capacidade para consentir imposta pelo legislador de 1940 aos menores de quatorze anos permitindo apenas a tese do erro de tipo, nas palavras da respeitável julgadora, como “*único argumento que poderia ser favorável ao paciente*”.

Fatalmente, vê-se que a estaticidade que paira sobre o Supremo Tribunal Federal dificultará o êxito das futuras causas versando sobre a relativização da vulnerabilidade que ainda chegarão às Instâncias Excepcionais.

⁵² BRASIL Supremo Tribunal Federal - HC: 105558/PR. Relator: Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 22/05/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: 12/06/2012.

2.5 NOVAS PERSPECTIVAS A PARTIR DO NOVO CÓDIGO PENAL

O anteprojeto do novo Código Penal, de relatoria do Senador Pedro Taques, do PT/MA, foi proposto em 9 de julho de 2012, pela Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro do STJ Gilson Langaro Dipp. A referida Comissão é constituída por estudiosos de notável saber jurídico, todos indicados pelas lideranças de partidos políticos com representatividade no Congresso nacional.

Desde sua apresentação, o projeto já passou por várias mudanças, como a queda do comando normativo que pretendia descriminalizar o porte para uso pessoal (descriminalização do usuário) e afastou a hipótese de legalização da prática do aborto até as 12 primeiras semanas em razão da incapacidade psicológica da gestante de arcar com a gravidez.

Quanto à exploração sexual de vulneráveis, notáveis mudanças poderão ser realizadas:

Estupro de vulnerável

Art. 186. Manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos: Pena – prisão, de oito a doze anos.

§ 1º Incide nas mesmas penas quem pratica a conduta abusando de pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou de quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento. 85 Aumento de pena

§ 2º A pena será aumentada de um sexto até a metade se resultar gravidez ou doença sexualmente transmissível.

§ 3º Se o agente pratica o crime mediante mais de uma das condutas descritas no caput, a pena será aumentada de um a dois terços, sem prejuízo da aplicação de outras causas de aumento previstas neste Título.

Manipulação ou introdução de objetos em vulnerável

Art.187 Realizar manipulação vaginal ou anal ou introduzir objetos em pessoa que tenha até doze anos:
Pena - prisão, de oito a doze anos.

Molestamento sexual de vulnerável

Art.188. Constranger alguém que tenha até doze anos à prática de ato libidinoso diverso do estupro vaginal, anal ou oral:

Pena - prisão, de quatro a oito anos.

Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem pratica a conduta abusando de pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental,

ou de quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento.⁵³

Primeiramente, nota-se que, o legislador não fala mais em “praticar outro ato libidinoso” para enquadramento no crime de estupro de vulnerável (o mesmo ocorre no crime de estupro), separando as condutas antes pertencentes ao estupro de vulnerável, nos três tipos penais acima descritos. Tal redação, fará diminuir drasticamente as desproporcionais injustiças para com aqueles que praticaram qualquer ato diverso do estupro vaginal, anal, oral. Além disso, o legislador ainda se atentou para a criação do conceito “manipulação ou introdução de objetos”, tipo penal com pena atribuída, acertadamente, no mesmo patamar do estupro.

Outra elogiável alteração, está na diminuição da idade correspondente à vulnerabilidade, de quatorze para doze anos de idade. Neste ponto, é de especial importância destacar que esta nova redação provavelmente diminuirá as chances de haver flexibilização da mencionada presunção. Isso se dá, porque fará findar o argumento do descompasso entre a idade para aplicação de medidas sócio-educativas de acordo com o ECA e a idade que o legislador penal definiu para considerar o adolescente vulnerável. Tal argumento foi por muitas vezes sustentado nos Tribunais Superiores, inclusive como tese dominante no STJ para justificar a relativização, como se extrai do voto do ministro **Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes**:

Com é sabido, a partir da vigência da Lei nº 12.015/09, o atentado violento ao pudor praticado contra menor de 14 (catorze) anos passou a ter uma regulação autônoma, em um novo tipo, o art. 217-A do Código Penal, trata do estupro de vulnerável.

O referido diploma legal manteve a violência ficta com a denominação de "vulnerabilidade", tendo por finalidade proteger o menor que não tem condições para dar seu consentimento.

Os fatos ocorreram no final do mês de agosto e início do mês de setembro de 2002, portanto, antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09. No caso, o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, "a", do Código Penal (hoje revogado pela Lei Nº 12.015/09), deve ser relativizada conforme a situação

⁵³ BRASIL. Senador Pedro Tasques. PLS nº 236/2012. Projeto de Lei do Senado.

do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 (quatorze) e maior de 12 (doze) anos de idade.⁵⁴

O ponto central da jurisprudência supra, encontra-se na discussão acerca da capacidade de consentimento das vítimas do aludido delito. Pois, uma vez considerada válida a manifestação de vontade do adolescente na realização do ato libidinoso ou conjunção carnal, a situação poderia ser conduzida até mesmo à atipicidade. Como nos ensina Roxin⁵⁵, é legítima a vontade da pessoa em renunciar à tutela do Direito Penal. Neste caso, não haveria que se falar em lesão ao bem jurídico, pois próprio sujeito ativo não teria interesse nesta proteção.

Outra argumentação que também deve cair, é a da incompatibilidade entre os atuais artigos 217-A e 218-B⁵⁶, uma vez que o legislador optou, agora, por padronizar a idade referente à vulnerabilidade:

Favorecimento da prostituição ou da exploração sexual de vulnerável

Art. 189. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de doze anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para decidir:

Pena – prisão, de quatro a dez anos.

§ 1º Incorre nas mesmas penas:

I – quem pratica ato sexual com pessoa menor de dezoito e maior de doze anos, submetido, induzido, atraído ou exercente da prostituição;

II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que ocorram as condutas referidas no caput deste artigo ou no inciso anterior.

§ 2º Na hipótese do inciso II do § 1º deste artigo, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.⁵⁷

Com essa nova escrita, os julgadores poderão se valer do entendimento dos mestres Nucci⁵⁸ e Bitencout⁵⁹, os quais já chegaram a se pronunciar no sentido de diferenciar as vulnerabilidades dos artigos 217-A e 218-B, nomeando-as, respectivamente, como “vulnerabilidade absoluta” e “vulnerabilidade relativa” ao

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça- Recurso Especial: 637361 SC 2004/0036666-5, Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Julgamento: 01/06/2010, T6 – Sexta Turma. Data de Publicação: 28/06/2010.

⁵⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General- Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

⁵⁶ Questão abordada no capítulo anterior sob o título “o conceito de vulnerabilidade”.

⁵⁷ BRASIL. SENADO FEDERAL. **Portal Atividade Legislativa**. Projetos e Matérias Legislativas. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404> Acesso em 05/11/2014

⁵⁸ NUCCI. **Crimes contra a dignidade sexual**, p 53-54.

⁵⁹ BITENCOURT. **Tratado de Direito Penal**, p. 53.

tentar compreender a intenção do legislador penal. Ocorre, contudo, que ambos os autores defendem a natureza jurídica *iuris tantum* da vulnerabilidade nos casos de estupro de vulnerável em razão etária. Como bem observa Monteiro:

Note-se que ambos os autores entendem não ter a Lei nº 12.015/09 alterado a sistemática da presunção de violência, naquela linha de que o rótulo não altera a substância, noutras palavras, continuam a admitir a possibilidade de relativização do dado etário se demonstrada a ausência de violência física ou moral. Neste raciocínio, então, em análise ao art. 217-A, poder-se-ia afirmar ser viável a relativização da vulnerabilidade absoluta. Tal conclusão, além de configurar evidente *contraditio in terminis*, ensejaria embaraço para a compreensão da vulnerabilidade absoluta.

Muito embora a discussão esteja longe de acabar, tendo apenas mudado de patamar, pode-se dizer que ao fixar a idade do vulnerável por razão estaria em até doze anos, cria-se uma brecha na argumentação dos principais críticos da discutida presunção desfavorável ao réu.

Como se pôde analisar, sob a ótica da problemática do estupro de vulnerável, a redação pretendida pelo projeto do novo Código Penal tem muito a acrescentar ao judiciário brasileiro, e poderá trazer numerosas mudanças positivas para a população. Posto isso, espera-se a aprovação do novo diploma repressivo, para que possam ser feitas novas considerações a partir deste esperado panorama.

CONCLUSÃO

Infelizmente, voltou a prevalecer nas Cortes Superiores, o entendimento aquém das mudanças sociais e da alteração dos costumes no Brasil entre 1940 e os dias de hoje.

A exposição de motivos do Código Penal de 1940 expressava que a fundamentação legal da ficção de violência, no caso dos adolescentes, era a *inocentia conili* do sujeito passivo, ou seja, sua total inconsciência em relação aos fatos sexuais, fazendo com que o julgador não pudesse dar valor algum ao seu consentimento.

Tal entendimento permanece arraigado no judiciário, e, para muitos julgadores, o que a lei penal visa hoje tutelar, é a inocência, a ingenuidade, ou *vulnerabilidade* do menor. Não obstante, nos casos concretos, o que se percebe em numerosas condenações, é que jamais existiu ofensa aos mencionados atributos.

Não raramente, a jurisprudência tem fechado os olhos para as situações onde o ato do menor é absolutamente consciente e desejado, caso como os dos atos libidinosos ocorridos entre casais de namorados. Ao fazer isso, o magistrado perde a oportunidade de promover a justiça, deixando de reconhecer a atipicidade material na conduta do sujeito ativo em razão da ausência de lesão ao bem jurídico tutelado (dignidade sexual do menor vulnerável).

Reconhece-se, por outro lado, que o advento da Lei 12.015/09 trouxe certos avanços com alteração do plano da discussão problematizada para o campo da vulnerabilidade, especialmente, pela melhor correspondência da lei nos casos em que realmente há abuso do agente ativo.

Compreende-se por abuso, o ato de fruir-se de circunstâncias alheias para auferir benefício próprio, bem como os cenários em que a vítima, por sua idade e outras minúcias, não pode evitar a ofensa. Tem-se, por exemplo, os casos em que menores se prostituem em razão de sua situação de miserabilidade. Sob a ótica da antiga presunção de violência, restam pouco contundentes os argumentos que protegem o menor. Sob a conjuntura da presunção de vulnerabilidade, porém, há

melhor fundamentação para correta punição do sujeito ativo, qual seja, o aproveitamento por parte do maior de idade, da condição de pobreza (vulnerabilidade) do menor, caso esta exista no caso concreto.

Não se pretende aqui, equiparar a situação da criança ou do adolescente à do adulto, nem mesmo pugnar pela extinção da presunção de vulnerabilidade. A triste realidade dos abusos sexuais praticados contra crianças no nosso país não deve ser ignorada, mas não pode, todavia, ser superestimada.

Percebe-se, que por ser a pedofilia ser um crime que causa enorme repulsa à opinião pública, o abuso sexual de crianças vem sendo tratado de forma assombrosa pela mídia, a qual tem se aproveitado da comoção gerada na população, para superdimensionar os casos de pedofilia e ganhar mais espectadores.

Esta situação, no entanto, não deveria influenciar no posicionamento, sobretudo, dos Ministros dos Tribunais Superiores. Como abordou brilhantemente o Ministro Luis Roberto Barroso, ao falar sobre o processo denominado Mensalão:

A única coisa que um juiz não pode fazer é tratar de maneira discriminatória o condenado que a sociedade odeia. Juízes não são vingadores mascarados. Fazer justiça é aplicar a lei com imparcialidade, sem paixões, sem ódios ou espírito de vingança. É justamente quando esses sentimentos afloram na sociedade que você precisa de um juiz corajoso para fazer o que é certo. Eu tenho deveres para com a Constituição, o bem e a Justiça. O sentimento da sociedade não me é indiferente, e eu o levo em conta. Mas sirvo à Justiça, e não à opinião pública. Um juiz digno desse nome não joga para a plateia.⁶⁰

É preciso quebrar os velhos paradigmas que enfraquecem o judiciário brasileiro. Um julgador não pode afastar-se dos digníssimos princípios presentes na Constituição, e nem deixar que a moralidade da sociedade crie causas supralegais de punição e julgamento. Os acusados de pedofilia precisam ter as mesmas garantias que quaisquer outros réus. Sem qualquer recurso semântico, que status teriam estes, senão exatamente o de “acusados”?

⁶⁰ SOUZA. André de. O Globo. **Barroso, sobre Mensalão: ‘Juízes não são vingadores mascarados’** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/barroso-sobre-mensalao-juizes-nao-sao-vingadores-mascarados-14574045>>. Acesso em 18/11/2014.

Apesar de estarmos longe de uma pacificação na doutrina e na jurisprudência, acerca da vulnerabilidade do menor de quatorze anos, é imperioso atente-se para as transformações sociais necessárias para correta interpretação da lei. O judiciário não pode desprezar a realidade de tempo espaço ao realizar o sopesamento entre princípios colidentes.

Deve-se analisar cuidadosamente cada caso concreto para que, aplicando a lei dentro da atual realidade social, sejam evitadas injustiças como comumente tem-se visto. A história tem confirmado, que o Direito Penal deve sempre ser a *ultima ratio*. Vem a calhar, por fim, transcrição das palavras do mestre Zaffaroni, segundo o qual:

“qualquer inovação social que se fizer em prol do desenvolvimento humano deverá enfrentar o sistema penal; todo conhecimento e todo pensamento abriu caminho confrontando-se com o poder punitivo. A história ensina que os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo”⁶¹

Por fim, reafirma-se que o Princípio da Presunção de Inocência, do Direito Penal do Fato, do *nullun crimem sine injuria*, da Imputação Subjetiva, do Contraditório e da Ampla Defesa, entre outros, não podem ser preteridos sem fortíssima e expressa fundamentação. No caso do estupro de vulnerável por razão etária, não se avista essa explícita disposição, e por tudo isso, este trabalho conclui que a presunção de vulnerabilidade presente no caput do artigo 217-A, seja reconhecida como de natureza *iuris tantum*.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Direito Penal Brasileiro**. 4ed, v1. Local de publicação: Revan 2011, p.99.

BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma penal material de 2009**: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

_____. César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Vol 4. Parte Especial. 10ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BOTINI, Pierpaolo. **O STJ e a presunção de violência no estupro**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-17/direito-defesa-stj-presuncao-violencia-estupro>>. Acesso em 01/12/2014 .

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. CPMI - Exploração Sexual. Projeto de Lei do Senado. **Portal Atividade Legislativa**: Projetos e Matérias Legislativas. Altera o Título VI da Parte Especial do Código Penal, o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do caput do art. 5º da Constituição Federal, e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=85306>. Acesso em 01/12/2014.

_____. Lei Nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. **Lei Ordinária**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>, Acesso em: 18/11/2014.

_____. Lei nº 12.978 de maio de 2014. **Lei Ordinária**. Altera o nome jurídico do art. 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e acrescenta inciso ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para classificar como hediondo o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12978.htm>. Acesso em: 18/11/2014.

_____. Senador Pedro Tasques. PLS nº 236/2012. Projeto de Lei do Senado. **Portal Atividade Legislativa: Projetos e Matérias Legislativas. Reforma do Código Penal Brasileiro.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404> Acesso em 05/11/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça - **AgRg no REsp: 1353398/RN** 2012/0239104-3, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 27/05/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/06/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça - **Recurso Especial: 637361/SC** 2004/0036666-5, Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Julgamento: 01/06/2010, T6 – Sexta Turma. Data de Publicação: 28/06/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. – **Recurso Especial: 1312620/MG** 2012/0065405-9, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 10/06/2014, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: 27/06/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. – **Recurso Especial: 1312620/MG** 2012/0065405-9, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 10/06/2014, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: 27/06/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça - **Recurso Especial nº1317164/MG**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Data de Julgamento: 26/08/2014, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: 17/11/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – **HC nº 97052/PR**, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 16/08/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: 14/09/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal – **HC nº 105558/PR**, Relator: Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 22/05/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: 12/06/2012

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **APL nº 04483933420108190001/RJ** 0448393-34.2010.8.19.0001, Relator: Des Denise Vaccari Machado Paes. Data de Julgamento: 06/02/2014, QUIN5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 24/03/2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **ACR nº 70050178045/RS** , Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Data de Julgamento: 11/04/2013, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: 17/04/2013.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**. Vol. I: A Sociedade em rede. Trad.: Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer. 2ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 50.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial: dos Crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública**. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 13ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 612

ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. 2.ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ed. São Paulo: Malheiros. 2008 p. 168.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 4ed. rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

INSTITUTO brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). **Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13988--Presunção-de-violência-contra-menor-de-14-anos-em-estupro-é-relativa>> Acesso em: 18/11/2014.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LORENZO, Claudio. Vulnerabilidade em saúde pública: implicações para as políticas públicas. **Revista Brasileira de Bioética**. 2006: 299 – 313. Disponível em <<http://www.sbbioetica.org.br/wp-content/uploads/2011/11/ANAIS-do-X-Congresso-Brasileiro-de-Bioe%CC%81tica-20131.pdf>> . Acesso em: 19/11/2014

JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**, 20ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 265.

MONTEIRO, André Vinícius. Vulnerabilidade: Análise de Um novo Paradigma para os Crimes Sexuais. **Revista Jurídica ESMP-SP**, V.5. 2014: 69-98. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/issue/archive> Acesso em: 18/11/2014

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RIBEIRO. Marcelle. O Globo. **Pedofilia: pesadelo que começa na infância e em casa**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/pedofilia-pesadelo-que-comeca-na-infancia-em-casa-11828021>> Acesso em: 17/11/2014

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**, Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

SÉGUIER, J. de.. **Dicionário prático ilustrado**. Porto: Chardron, 1935, p. 1779.

SILVA, De P. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOUZA. André de. O Globo. **Barroso, sobre Mensalão**: 'Juízes não são vingadores mascarados'. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/barroso-sobre-mensalao-juizes-nao-sao-vingadores-mascarados-14574045>>. Acesso em 18/11/2014

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Direito Penal Brasileiro**, v1, 4ed. Rido de Janeiro: Revan, 2011.