

A presunção de vulnerabilidade do menor de quatorze anos no crime de estupro é relativa ou absoluta?

William Trindade de Oliveira¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar se a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos no crime de estupro é relativa ou absoluta, fazendo uma análise das mudanças trazidas pela lei 12.015/09, que fez alterações significativas no Título VI da Parte Especial do Código Penal, que atualmente trata dos crimes contra a dignidade sexual. Verificar quem é o vulnerável para o ordenamento jurídico brasileiro, além do entendimento que nossos tribunais superiores têm a respeito do assunto que divide opiniões de doutrinadores renomados. O artigo é baseado em método de pesquisa bibliográfica, obras, leis, jurisprudências, revelando ao final que a posição majoritária e as decisões dos tribunais são no sentido do caráter absoluto da vulnerabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Vulnerabilidade absoluta e relativa. Menor de 14 (quatorze) anos.

INTRODUÇÃO

O trabalho a seguir trata da análise do caráter absoluto ou relativo da vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos no crime de estupro cometido contra ele. A questão gera discussões doutrinárias entre adeptos da vulnerabilidade absoluta, que entendem que em qualquer situação a prática de atos sexuais com pessoa menor de 14 (quatorze) anos, não importando o consentimento da vítima, constitui crime de estupro de vulnerável, e os defensores da relativização da conduta, que entendem que deve ser analisado o caso concreto e suas particularidades.

Por isso a importância do estudo de referido tema, buscando debater os argumentos apresentados pelas duas correntes doutrinárias, com o objetivo de verificar se há uma posição sólida, ou seja, consolidada sobre o assunto.

¹ 9º Período de Direito Noturno

Tal discussão, antes da promulgação da Lei 12.015/09, que fez alterações significativas no atual Título VI da Parte Especial do Código Penal, era situada na questão da presunção de violência prevista no revogado art. 224 do mesmo diploma legal. Segundo tal dispositivo, presumia-se a violência nos crimes sexuais cometidos contra menores de 14 (quatorze) anos, sendo esta violência consequência agravante que aumentava a pena a ser cumprida.

Discutia-se então se essa presunção de violência seria absoluta ou relativa. Os defensores da relativização afirmavam que deveria ser analisado o caso concreto, pois em algumas situações, como por exemplo, no caso de consentimento da vítima, experiência sexual anterior e relacionamento amoroso com o autor essa presunção de violência poderia ser afastada relativizando-se a conduta.

Mesmo após a edição da Lei 12.015/09, a discussão se manteve sendo alterado somente o objeto que deixou de ser a presunção de violência passando a ser a presunção de vulnerabilidade.

Portanto, mais uma razão que mostra a importância e justifica o presente estudo, visto que, mesmo após a mudança persistiu um acirrado debate doutrinário acerca das duas correntes.

Com a finalidade de averiguar se há um posicionamento dominante referente ao assunto foi realizado um estudo baseado em métodos de pesquisa bibliográfica, que utilizaram obras de renomados autores na área penal, dentre eles Rogério Greco Guilherme de Souza Nucci e Cezar Roberto Bitencourt, além de normas jurídicas vigentes no ordenamento pátrio, Código Penal, Lei dos Crimes Hediondos, estudo das decisões das instâncias superiores, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça (STF e STJ), bem como de suas jurisprudências.

Iniciou-se o estudo do tema tratando das modificações advindas da lei 12.015/09 que trouxe alterações significativas no Código Penal com relação aos delitos sexuais, como a criação de novos tipos penais e a revogação de outros. Referida lei também trouxe alterações em outros dispositivos jurídicos como a lei 8.072/90 que trata dos crimes hediondos.

Na segunda parte do artigo, analisou-se e deu-se ênfase ao vulnerável. Verificou-se quem é o vulnerável para o nosso direito, quem se encaixa neste

conceito, a proteção dada pelo legislador a este indivíduo em formação além de explorarmos de maneira mais detalhada a questão da vulnerabilidade absoluta ou relativa nos crimes sexuais cometidos contra o menor de 14 (quatorze) anos, que se trata do objetivo principal deste trabalho.

Por fim foram verificadas as decisões que nossos tribunais superiores (STF e STJ) têm tomado em relação à questão da vulnerabilidade. Foi observado se há uma tendência dos tribunais em virtude da demanda de questionamentos referentes ao caráter absoluto ou relativo da vulnerabilidade. Foi realizada também uma breve explanação sobre erro do tipo e como a incidência deste instituto poderia isentar o autor de pena.

1 Mudanças trazidas pela Lei Federal 12.015/09

A Lei Federal 12.015/09 teve origem do projeto de Lei nº 253/04, após este sofrer modificações durante o processo legislativo. A motivação para tal se deve ao fato da preocupação dos legisladores brasileiros, acompanhando tendência internacional de proteção à criança e ao adolescente, e em virtude do grande número de casos de abuso e exploração sexual apurados por Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) no ano do projeto, conforme Rogério Greco (2014, p. 456).

Para fins de elucidação a análise das mudanças ficará restrita as situações referentes ao crime de estupro, onde as alterações foram mais significativas e as que afetem diretamente ao menor de 14 anos, ou seja, ao vulnerável, que é o alvo do presente artigo.

A primeira mudança que se pode apontar trazida pela referida lei, diz respeito à nomenclatura do Título VI da Parte Especial do Código Penal. Anteriormente denominado “Dos crimes contra os costumes” alterado pela Lei 12.015/09 para “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

A explicação para tal mudança se deve ao fato do Estado alterar seu foco de proteção, que deixou de ser a moral da sociedade, padrões e costumes referentes à visão que as pessoas tinham do sexo para uma valorização da dignidade e liberdade sexual do indivíduo segundo preceitua Greco:

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais

que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas, sim, a tutela da sua dignidade sexual. (GRECO, 2014 p. 455).

Greco, 2014 p. 455, afirma que a dignidade sexual é espécie do gênero dignidade da pessoa humana, que por sua vez é um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto na Constituição Federal em seu Art. 1º, inciso III.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III- a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 2016).

Para parte da doutrina a mudança no Título VI da Parte Especial do Código Penal vem acompanhar as evoluções ocorridas na sociedade, na forma das pessoas pensarem sobre relação sexual que deixou de ser algo proibido, que deveria ser ocultado, para se tornar algo inerente à natureza humana, que tem ampla divulgação nas mídias visuais e escritas, sendo até incorporada a base curricular de ensino.

Esta corrente também compartilha da mesma opinião de Greco ao afirmar que tal alteração vem também valorizar o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa Constituição Federal, proporcionando ao indivíduo amparo e proteção para poder exercer sua liberdade sexual da maneira que melhor lhe couber, desde que não infringindo norma legal ou direito de terceiro. Possibilita ainda a afirmação dos indivíduos como sujeitos de direito e não apenas como objetos ou coisas que podem ser usados e depois descartados.

Boa parte dos doutrinadores vê com bons olhos a alteração realizada no Título VI da Parte Especial do Código Penal em que a norma acompanhando a evolução da sociedade também evoluiu, posicionamento que indica ser o mais acertado, uma vez que o direito não é estático, está sempre em movimento, em evolução, não fica parado em um determinado tempo ou época.

Já em relação ao crime de estupro previsto anteriormente no art. 213 do CP foi este unificado ao art. 214 do mesmo diploma legal, atentado violento ao pudor, que foi expressamente revogado, ficando aquele com nova redação após mudança da Lei 12.015/09:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
Pena – reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (BRASIL, 2016).

Com essa modificação passou a ser considerado estupro toda conduta violenta ou onde haja ameaça para prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso por qualquer pessoa, homem ou mulher, contra qualquer pessoa nos mesmos moldes do pólo ativo do delito. Portanto a mulher deixou de ocupar com exclusividade o pólo passivo do referido tipo criminal, deixando o delito de ser considerado crime próprio passando a crime comum, em outras palavras, aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa.

Greco cita em sua obra Nelson Hungria que dá o seguinte conceito sobre a conjunção carnal:

Hungria traduz o conceito de conjunção carnal dizendo ser “a cópula *secundum naturam*, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal”. (GRECO, 2014, p. 467).

Ainda segundo Greco a expressão ato libidinoso diz respeito a todo ato de natureza sexual que tenha por finalidade satisfazer a libido do agente, desde que, diverso da conjunção carnal.

Continuando a análise do art. 213 do CP há nos parágrafos 1º e 2º incluídos pela Lei 12.015/09 a previsão de situações qualificadoras para o crime de estupro: uma nos casos em que a conduta do agente resulte lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos; a outra nos casos em que a conduta resulte morte da vítima.

No caso da lesão corporal de natureza grave a pena anterior após as modificações trazidas pela lei 12.015/09 foi mantida no quantum de 08 (oito) a 12 (doze) anos. Já para o caso de morte da vítima ela foi aumentada, sendo anteriormente de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) passando a ser de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. Tais qualificadoras eram previstas no revogado art. 223 do CP.

Compactuando com o entendimento de Greco, observa-se que houve uma mudança no sentido de penalizar com mais rigor o autor dessa modalidade criminosa com o objetivo de proporcionar em contrapartida uma maior proteção às vítimas.

Após análise das alterações trazidas a efeito pela lei 12.015/09 ao crime de estupro passa-se agora a mudança que afetou de forma direta a questão do menor de 14 anos, vulnerável, e os demais enquadrados neste conceito pelo legislador penal, no que diz respeito aos delitos sexuais.

A principal alteração sem sombra de dúvida foi a criação de um novo tipo penal, o estupro de vulnerável conforme art. 217-A do CP.

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

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º VETADO.

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 2016).

É neste artigo criado pela lei 12.015/09 que residem as maiores discussões doutrinárias e novas controvérsias em relação ao tema proposto, vulnerabilidade, que será mais bem explorado no próximo tópico.

Complementando as alterações promovidas pela Lei 12.015/09 no que diz respeito à questão do vulnerável temos a modificação do Art. 218 corrupção de menores e a criação dos artigos 218-A satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente e 218-B favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.

No art. 218 houve a mudança do sujeito passivo do crime que deixou de ser o maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos passando ao menor de 14 (quatorze) anos.

Também se observa a mudança da conduta que tipifica o delito onde passou a responder pelo crime somente o agente que induz o menor a

satisfazer a lascívia de um terceiro. A pena para o delito também sofreu alteração sendo majorada passando para 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão.

Greco destaca que tal delito somente irá punir a ação do agente que induz o menor, não havendo nenhuma menção de enquadramento para o terceiro. Porém se este terceiro, para satisfazer sua lascívia pratica conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso os dois envolvidos vão responder pelo delito tipificado no art. 217-A do CP estupro de vulnerável e não pelo crime do art. 218 do mesmo diploma.

Quanto ao 218-A referido artigo trata da situação do agente que pratica na presença de menor de 14 (quatorze) anos ou induz este a presenciar conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso para satisfazer lascívia própria ou de terceiro.

Guilherme de Souza Nucci entende não ser necessária a presença física do menor no local onde ocorre o ato ampliando a interpretação para situações onde o menor presencie os atos libidinosos por aparelhos eletrônicos.

Posição contrária defende César Roberto Bitencourt que leciona que o menor vulnerável deve se encontrar fisicamente no local onde se realiza a cena de libidinagem. Para ele o verbo presenciar presente no caput do artigo significa assistir *in loco*, estar presente e não indiretamente através de qualquer mecanismo tecnológico moderno que permitisse ao menor assistir a cena. (BITENCOURT, 2014, p. 129).

Importante frisar que para caracterização do delito é necessário o dolo (vontade) do agente, não se admitindo a culpa.

Já o art. 218-B do CP o legislador visa coibir a prostituição, turismo sexual e pornografia contra o menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos, o deficiente mental e o que não possui o necessário discernimento. Referido artigo pune quem induz, atrai a prostituição ou outra forma de exploração sexual impedindo ou dificultando que a vítima abandone tal modalidade criminosa.

Caso este delito seja praticado com o fim de auferir vantagem econômica, além da pena de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos aplica-se cumulativamente a pena de multa.

Os clientes da vítima submetida à prostituição, bem como os proprietários, gerentes ou responsáveis pelos locais onde o delito ocorre incorrem nas mesmas penas do agente do caput do art. 218-B do CP.

Por fim ao tratar das mudanças trazidas pela Lei 12.015/09 citam-se as modificações ocorridas na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90). Foram alterados os incisos V e VI do art. 1º da referida lei. O estupro agora incluindo as condutas de conjunção carnal e ato libidinoso substituiu a revogada figura do estupro anterior à lei em estudo no inciso V da Lei 8.072/90. Enquanto o tipo penal estupro de vulnerável criado pela mesma lei substituiu o revogado atentado violento ao pudor no inciso VI.

Tal modificação mais uma vez ratifica a intenção do legislador em punir com mais rigor os crimes contra a dignidade sexual dos indivíduos, visto que, os crimes tipificados como hediondos são insuscetíveis de graça, indulto, anistia e fiança, além dos condenados iniciarem obrigatoriamente o cumprimento da pena em regime fechado podendo progredir de regime somente após cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena se réu primário e 3/5 (três quintos) da pena se reincidente.

2 A Figura do vulnerável nos delitos sexuais

O termo vulnerável, segundo Greco, é atribuído nos crimes sexuais, a uma determinada categoria de indivíduos que necessitam de uma maior proteção por parte do legislador em virtude de sua condição especial.

Pertencem a essa categoria os menores de 14 (quatorze) anos, aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não possuem o discernimento necessário para a prática do ato sexual e finalmente aqueles que não podem, por qualquer motivo, oferecer resistência.

O art. 217-A, introduzido pela Lei 12.015/09, já transcrito anteriormente é o criador da figura do vulnerável.

Ao fazer uma análise inicial do citado artigo, sem aprofundar em qualquer tipo de interpretação, ou seja, aplicando a norma *ipsis litteris* o artigo em questão considera crime de estupro de vulnerável e impõe pena de 8 (oito) a 15 (quinze) anos para quem pratica qualquer ato sexual com o menor de 14 (quatorze) anos.

Greco entende que a intenção do legislador foi a de proibir a prática de qualquer ato sexual como maneira de ampliar a proteção aos menores de 14 (quatorze) anos com a criação deste tipo penal, e que com isso estaria encerrada a discussão doutrinária que se arrastava pelos tribunais superiores a respeito da presunção de violência contra criança, adolescente menor de 14 anos e os demais enquadrados no conceito de vulnerável, prevista no revogado art. 224 do CP.

Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos. (GRECO, 2014, p. 540).

O que ocorre é que antes da lei 12.015/09 existia em nosso Código Penal pátrio o art. 224 que tratava da presunção de violência. Referido artigo presumia a violência nos crimes sexuais cometidos contra os menores de 14 (quatorze) anos, os deficientes mentais e aqueles que por qualquer forma não pudessem oferecer resistência.

Tal modalidade era prevista ainda no rol de crimes da Lei 8.072/90, Lei dos crimes Hediondos, em que o agente enquadrado nesse artigo não teria direito a graça, indulto, anistia e fiança iniciando o cumprimento da pena obrigatoriamente em regime fechado, sendo que só poderia progredir para o regime semiaberto após cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena se réu primário e 3/5 (três quintos) da pena se fosse reincidente.

Isso implica numa punição mais severa aos indivíduos enquadrados em determinada conduta.

Portanto o foco da discussão em período anterior a Lei 12.015/09 era se essa presunção de violência prevista no revogado art. 224 do CP era absoluta (*iuris et iure*) como defendia Greco ou relativa (*iuris tantum*) como defendia Nucci.

Greco, como já mencionado, defendia que em razão da imaturidade física e psicológica e por se tratar de pessoa em desenvolvimento (no caso do menor de 14 anos) ou em virtude de deficiência mental ou outra causa que o

impossibilitasse oferecer resistência, o vulnerável não tinha o discernimento necessário para consentir de uma relação sexual.

Uma das bases de seu argumento para a defesa de tal posição é o critério da idade, determinado por uma eleição político-criminal pelo legislador pátrio, que para o doutrinador é um dado objetivo que não permite interpretações.

Já Nucci por sua vez entendia que a presunção de violência era relativa, ou seja, deveria ser analisado o caso concreto, pois, em algumas situações específicas seria possível ao menor de 14 (quatorze) anos ter a maturidade e desenvolvimento suficientes para consentir da realização do ato sexual.

Quanto ao mesmo critério utilizado por Grecco para embasar sua tese, ou seja, a idade, Nucci afirma que o próprio legislador pátrio faz uma grande confusão com a idade do vulnerável. Ora o legislador se refere ao vulnerável como sendo o menor de 14 (quatorze) anos (arts. 217-A, 218 e 218-A do CP), e ora como sendo o menor de 18 (dezoito) anos (arts. 218-B, 231, §2º, I do CP).

Nucci se expressa da seguinte forma em defesa de sua posição favorável a relativização:

Uma menor de 14 anos prostituída, que já tenha tido inúmeros contatos sexuais, com a ciência geral da comunidade, inclusive de seus pais, não poderia ser considerada incapaz de dar o seu consentimento. Não seria razoável – e o direito, em última análise, busca a justiça – punir o agente por estupro, caso mantenha com a jovem conjunção carnal. (NUCCI, 2009, p. 839).

Em análise preliminar a posição dos dois renomados doutrinadores, observa-se que a posição de Greco se aproxima mais da vontade do legislador, que ao penalizar com mais rigor o agente praticante de tal conduta, visa impedir a prática de ato sexual com menor de 14 (quatorze) anos, por ser indivíduo em desenvolvimento e sem maturidade e discernimento necessário para consentir da prática sexual.

Agindo de tal forma, o legislador penal estaria promovendo a segurança e possibilitando uma maior proteção para o desenvolvimento físico e psicológico do menor de 14 (quatorze) anos sem abusos e traumas.

Por outro lado, contrária é a posição de Nucci que se afasta da vontade do legislador ao afirmar que a presunção de violência é relativa devendo ser analisado o caso concreto.

O tipo penal estupro de vulnerável com previsão no art. 217-A do CP, então, proíbe qualquer tipo de ato sexual com o menor de 14 (quatorze) anos, deficiente mental e aquele que por qualquer motivo não possa oferecer resistência, razão pela qual Greco entendeu estarem resolvidas com tal artigo, as discussões acerca da presunção de violência agora revogada.

Porém para Nucci a discussão ainda tem espaço, mesmo após edição da referida lei.

O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da *vulnerabilidade*, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. (GRECO, 2014, p. 541).

Há que se concordar com o doutrinador Nucci, pois embora revogada a figura do art. 224, presunção de violência, a discussão doutrinária agora se voltou para a figura da vulnerabilidade que veio substituir a anterior. Em outras palavras o que houve foi apenas uma transferência do debate doutrinário de um assunto para outro semelhante.

Portanto o atual foco das discussões doutrinárias que tem causado decisões divergentes mesmo em nossos tribunais superiores é se a vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos no crime de estupro é absoluta, ou seja, aquele que pratica conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com este menor, mesmo com o seu consentimento cometeria estupro de vulnerável, ou se essa vulnerabilidade é relativa devendo ser analisado cada caso a parte.

A corrente que defende a vulnerabilidade absoluta, destacando-se novamente o renomado doutrinador Rogério Grecco, afirma que o vulnerável, conceito já mencionado, não reúne condições necessárias para dar seu consentimento para a prática sexual e que não possui o desenvolvimento físico, mental e psicológico para tal.

Quando se trata de presunção absoluta da vulnerabilidade Bitencourt (2014, p.103) afirma que não há relativização, a vulnerabilidade absoluta é indiscutível não se questionando este aspecto, não se admite prova em sentido contrário.

A outra corrente destacando-se Nucci defende que a vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos é relativa. Nos dizeres de Bitencourt isso significa que deve se examinar casuisticamente a situação para constatar, a vulnerabilidade. Esta deve ser comprovada sob pena de ser desconsiderada, admitindo-se prova em sentido contrário.

Neste caso são apontadas pelos defensores da relativização algumas situações que devem ser consideradas tais como o consentimento do menor, a experiência sexual anterior devidamente comprovada entre outros fatores.

Bitencourt (2014, p.98) destaca um ponto importante em prol dos defensores da vulnerabilidade absoluta. Afirma ele que na hipótese de crime sexual contra vulnerável não há que se falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que para o vulnerável não há plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, por não possuir maturidade e discernimento para tal, que é exatamente o que caracteriza a sua vulnerabilidade.

Para ele a criminalização da conduta descrita no art. 217-A tem o objetivo de assegurar a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que na fase adulta possa decidir livremente, sem traumas psicológicos seu comportamento sexual tendo serenidade e base psicossocial não desvirtuada por eventual trauma sofrido na adolescência, podendo deliberar livremente sobre sua sexualidade futura, inclusive quanto a sua opção sexual. (BITENCOURT, 2014, p. 99).

Outra importante observação feita por Bitencourt é aquela em que conclui que para o legislador existem concepções distintas de vulnerabilidade.

Há duas espécies ou modalidades, a absoluta, que se refere ao menor de 14 (quatorze) anos configurada no art. 217-A, e a relativa que se refere ao menor de 18 (dezoito) anos, configurada no art. 218-B que trata do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual.

Em outros termos para Bitencourt o legislador consagra uma vulnerabilidade real (menor de quatorze anos), outra equiparada (do enfermo ou deficiente mental) e outra por interpretação analógica que seria a mesma fórmula utilizada pelas duas anteriores para designar os que por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência.

É possível deduzir que tal ponto de vista contempla os defensores da vulnerabilidade absoluta, que assim a consideram quando se trata do menor de 14 (quatorze) anos e os demais enquadrados em seu conceito de vulneráveis.

Bitencourt (2014, p.106) expõe ainda a questão do enfermo e do deficiente mental, incluídos no conceito de vulnerável, que também deve ser considerada. Estes indivíduos sempre foram tratados como objetos e não como sujeitos de direito. Foi ignorado pelo legislador contemporâneo que eles também têm sentimentos, aspirações, desejos, vontades, merecendo tratamento igualitário em relação aos indivíduos ditos “normais”. São, portanto sujeitos de direitos fundamentais amparados pela Constituição Federal brasileira, dentre os quais se inclui o direito à sexualidade e a própria dignidade sexual.

Tal posicionamento se aproxima dos defensores da relativização que consideram que devem ser respeitados os direitos fundamentais desses indivíduos (vulneráveis), entre eles a dignidade sexual, incluída no preceito maior de dignidade da pessoa humana, e o livre exercício de sua sexualidade.

Assim, para Bitencourt o legislador violou a dignidade destes indivíduos quando no Título VI da Parte Especial do Código Penal, dos crimes contra a dignidade sexual tratou-os de forma indigna ignorando seus direitos à sexualidade, em especial, ao livre exercício, assegurado constitucionalmente, desconhecendo que eles na qualidade de seres humanos têm os mesmos sentimentos e vontades próprios de seres dessa natureza e que buscam dentro de suas limitações levarem uma vida dentro da normalidade possível.

Em suma para o autor o legislador ignora que estes indivíduos também podem sentir as mesmas emoções, as mesmas necessidades sexuais que sentem os demais semelhantes não portadores de deficiência.

A colocação de Bitencourt é favorável aos protetores da relativização, sendo pertinentes suas exposições acerca deste assunto. Não seria correto privar os deficientes mentais e enfermos do direito fundamental de exercerem sua dignidade sexual, dentro de suas limitações e peculiaridades, como qualquer outro ser humano também tem esse mesmo direito.

3 Posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores em relação as duas correntes doutrinárias: vulnerabilidade absoluta ou relativa

Após análise das modificações ocorridas no Título VI da Parte Especial do Código Penal renomeado para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, promovidas pela Lei Federal nº 12.015/09, que alteraram significativamente a questão do menor de 14 (quatorze) anos, figura primordial do tema em análise neste artigo, e a explanação referente situação do vulnerável em nosso ordenamento jurídico, passemos agora a parte final do presente trabalho, ou seja, analisar como nossas instâncias superiores tem se posicionado em relação a esta questão que gera tanta discussão.

Como já mencionado neste artigo nossos tribunais superiores, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), há tempos são provocados para dirimir questões relacionadas à prática de atos sexuais que envolvem o menor de 14 (quatorze) anos. Porém antes do advento da lei 12.015/09 os tribunais eram provocados a se manifestar a respeito da presunção de violência nos crimes sexuais que tinham como vítima o menor de 14 (quatorze) anos, se tal presunção possuía caráter absoluto ou relativo.

Com as mudanças promovidas pela lei 12.015/09 os tribunais superiores continuaram a ser provocados. As discussões doutrinárias, porém, tiveram como mudança a troca da figura da presunção de violência pela presunção de vulnerabilidade. Nesta o que se discute é se a vulnerabilidade, característica daquele que se encontra em situação de fragilidade, que necessita de maior proteção em virtude de sua condição vulnerável, que o deixa mais suscetível a

determinadas situações de risco, no caso do presente artigo, o menor de 14 (quatorze) anos, se aquela é absoluta ou relativa.

Em análise as decisões tomadas pelas instâncias superiores do ordenamento jurídico pátrio foi possível observar que no período anterior a lei 12.015/09 onde se discutia a presunção de violência, o entendimento majoritário de ambos os tribunais foi consolidado no sentido de que esta presunção é absoluta quando as vítimas sejam menores de 14 (quatorze) anos, não importando consentimento, experiência sexual anterior e demais justificativas alegadas.

Há decisões em ambos os sentidos nas instâncias superiores tanto as que entendem pela relativização da presunção de violência e da vulnerabilidade quanto as que entendem pelo caráter absoluto.

No STF há apenas uma decisão que entende pela relativização da presunção de violência que foi proferida no Habeas Corpus Nº 73.662 (disponível no anexo) em processo oriundo do estado de Minas Gerais no ano de 1996 que teve como relator o Ministro Marco Aurélio.

Do STJ há decisões em ambos os sentidos pela relativização e pelo caráter absoluto. Há decisões divergentes inclusive dentro de uma mesma turma de ministros.

Os defensores dos réus acusados de crimes sexuais contra menores de 14 (quatorze) anos se valem das decisões que relativizam a presunção de violência e a vulnerabilidade nas alegações de defesa de seus clientes, buscando a presunção relativa com intuito de livrar o autor de uma condenação ou de reduzi-la.

Por outro lado o ex-ministro do supremo Ilmar Galvão afirma que os defensores do caráter absoluto tentam afastar essas decisões polêmicas, que entendem pela relativização, enumerando os demais casos em que se interpretou a presunção como absoluta assegurando que aquelas se tratam de exceções que não representam o entendimento da corte.

Para o ex-ministro Nelson Jobim a presunção de violência poderia ser relativizada na ocorrência de erro do tipo previsto no art. 20 § 3º do Código Penal.

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

§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime. (BRASIL, 2016).

O erro do tipo segundo Bitencourt é aquele que incide sobre as elementares ou circunstâncias típicas de um delito, caracterizando-se pela falsa percepção da realidade sobre um elemento constitutivo do delito. Um exemplo seria o caso do agente que acredita manter relação sexual com pessoa que pelo seu desenvolvimento, pelo seu porte físico ou pelo seu comportamento aparente possui mais de 14 (quatorze) anos.

O erro do tipo exclui sempre o dolo, sendo este elemento do tipo, portanto sua ocorrência exclui a tipicidade do fato delituoso. Como sabemos o estupro não possui a modalidade culposa. Desta forma, então, a conduta praticada pelo indivíduo seria atípica sendo isento de qualquer punição ou pena.

Para o ex-ministro Sydney Sanches mesmo com o reconhecimento de que o erro do tipo seja capaz de afastar a tipicidade nos crimes sexuais praticados contra o menor de 14 (quatorze) anos o cabimento de tal hipótese não é verificado nas decisões dos tribunais superiores, por entenderem os ministros que tal demanda deveria ser sanada no tribunal *a quo*, ou seja, no tribunal de origem e não na instância superior.

Com relação ao caráter absoluto ou relativo da vulnerabilidade que passou a ser discutido após o advento da lei 12.015/09, o entendimento das cortes superiores do Brasil foi no mesmo sentido da anterior presunção de violência.

O STF e o STJ firmaram entendimento através de informativo de jurisprudência de que independentemente do crime sexual contra o menor de 14 (quatorze) anos (vulnerável) ter sido praticado antes ou após a vigência da Lei Federal 12.015/09, a presunção de vulnerabilidade é absoluta. (ver informativo de jurisprudência do STJ no anexo).

Corroborando com o entendimento de nossas instâncias superiores devemos considerar como absoluta a presunção de violência e da

vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos nos crimes sexuais. Assim deve ser entendido, pois esta foi à vontade do legislador de proporcionar a estes indivíduos maior proteção com o endurecimento das normas que regem o caso, penalizando de forma mais severa os autores de tais modalidades.

Nota-se nitidamente que o legislador visa proibir qualquer forma de relação sexual com o menor de 14 (quatorze) anos, por entender que ele não possui ainda o amadurecimento e discernimento suficientes para consentir com tal prática.

Ao fazer isso, o legislador não está cerceando um direito deste indivíduo, mas sim garantindo que ele possa exercê-lo futuramente de forma responsável e sadia de modo que não venha a lhe trazer traumas psicológicos em virtude de decisões que ainda não tinha condições de tomar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou fazer uma análise da questão da vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos no crime de estupro. A discussão que dividia as opiniões dos doutrinadores era se essa vulnerabilidade possuía caráter absoluto ou relativo.

Parte dos doutrinadores defendia a vulnerabilidade absoluta, em que o legislador criminaliza a prática de qualquer ato sexual com pessoa menor de 14 (quatorze) anos, mesmo com consentimento ou existência de relacionamento amoroso, por se tratar de indivíduo que ainda não possui o desenvolvimento e maturidade necessários para dar o seu consentimento.

A outra parte da doutrina defendia que a vulnerabilidade é relativa e que deveria ser analisado o caso concreto e as suas particularidades.

A questão gerou embates jurisprudenciais havendo decisões em ambos os sentidos chegando a haver divergências dentro de uma mesma turma de ministros dos tribunais superiores.

Como exemplo temos o Agravo Regimental no Recurso Especial 1303083 MG 2012/0021954-8 onde a Quinta Turma do STJ entendeu pelo caráter relativo da presunção de vulnerabilidade e o Agravo Regimental no Recurso Especial 1369872 SP 2013/0062991-2 onde a mesma turma entendeu pela presunção absoluta da vulnerabilidade. (vide anexo).

Nas pesquisas bibliográficas, foram analisadas obras doutrinárias de renomados autores, dentre os quais Rogério Greco, Guilherme de Souza Nucci e Cezar Roberto Bitencourt, que serviram para explanar os argumentos apresentados por cada corrente em favor do caráter absoluto e relativo da vulnerabilidade.

A análise das decisões das instâncias superiores embasou o objetivo de verificar se há uma posição sedimentada a respeito do fato.

Pelas pesquisas realizadas, foi possível demonstrar que há realmente uma grande divergência doutrinária que divide opiniões de adeptos e defensores de ambas as posições. Mesmo com o advento da lei 12.015/09 que revogou o artigo que tratava da presunção de violência nos delitos sexuais a controvérsia doutrinária persistiu, porém, agora modificada na figura da vulnerabilidade.

O exame das decisões dos tribunais superiores permitiu constatar que, no STJ, há decisões nos dois sentidos com divergências dentro de uma mesma turma de ministros, como já citado. No STF, porém só há uma decisão favorável à relativização da presunção de violência, sendo as demais todas no sentido de considerar o caráter absoluto.

Ao fim do estudo verificou-se que o objetivo do presente trabalho foi alcançado pela constatação da posição que nossas instâncias superiores adotaram com relação ao tema.

Ficou comprovado através das pesquisas que tanto STF quanto STJ sedimentaram entendimento que não importa se o crime sexual foi cometido contra o menor de 14 (quatorze) anos antes ou depois da lei 12.015/09. Em ambos os casos, a presunção de violência e atual vulnerabilidade terão caráter absoluto não se admitindo qualquer tipo de relativização.

Circunstâncias como o consentimento da vítima, sua experiência sexual anterior ou relacionamento amoroso com o autor, não tem a menor relevância para o caráter da vulnerabilidade.

O que o legislador quis proteger foi a dignidade sexual do menor de 14 (quatorze) anos que não tem maturidade e discernimento suficientes para consentir de uma relação sexual.

Por isso se percebeu o endurecimento da legislação, quando nas modificações promovidas pela lei 12.015/09 se percebe de maneira inequívoca a proibição de qualquer ato sexual com menor de 14 (quatorze) anos, inclusive penalizando de forma mais severa os autores.

O posicionamento dos tribunais superiores foi importante não só para dirimir os conflitos apresentados pelas doutrinas das duas correntes existentes, como também para proporcionar segurança jurídica para as decisões futuras.

REFERÊNCIAS.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. São Paulo. 8. ed. Saraiva, 2014.

BRASIL. *Código Penal brasileiro antes de 2009*. Brasília. Planalto Federal, 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm > Acesso em: 05 abr. 2016.

BRASIL. *Código Penal brasileiro após 2009*. Planalto Federal, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 05 abr. 2016.

BRASIL. *Constituição da República do Brasil*. Brasília. Planalto Federal, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 05 abr. 2016.

BRASIL. *Lei dos Crimes Hediondos antes de 2009*. Planalto Federal, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> Acesso em: 06 abr. 2016.

BRASIL. *Lei dos Crimes Hediondos após 2009*. Planalto Federal, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> Acesso em: 06 abr. 2016.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 253 de 2004*. Brasília. Senado Federal, 2004. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materiais/-/materia/70034>> Acesso em: 05 abr. 2016.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Planalto Federal, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28presun%27%20de+violencia+nos+crimes+contra+menor+de+14+anos%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hlqtfvo>> Acesso em: 16 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Planalto Federal, 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=estupro+de+vulneravel&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>> Acesso em: 16 mai. 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial volume III*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2009.

ANEXOS

HC 73662 / MG - MINAS GERAIS

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 21/05/1996 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310

RTJ VOL-00163-03 PP-01028

Parte(s)

PACTE. : MARCIO LUIZ DE CARVALHO

IMPTE. : PAULO ADHEMAR PRINCE XAVIER E OUTRO

COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ementa

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guarda reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. **ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA.** Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. **ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA.** O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.

Decisão

Após o voto do Senhor Ministro Relator deferindo o habeas corpus para absolver o paciente do crime de estupro que lhe é imputado, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Francisco Rezek. 2ª. Turma, 16.04.96.

Decisão: Após os votos dos Ministros Relator, Francisco Rezek e Maurício Corrêa deferindo o habeas corpus, para absolver o paciente do crime de estupro, e do voto do Senhor Ministro Carlos Velloso indeferindo o pedido, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista formulado pelo Presidente. 2ª. Turma, 14.05.96.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma rejeitou proposta do Presidente, no sentido de afetar ao Plenário o julgamento do habeas corpus, tendo em conta a importância da matéria, vencidos os Ministros Carlos Velloso e o Presidente. A Turma determinou, ainda, a expedição de alvará de soltura, em favor do paciente, se por tal não houver de permanecer preso. 2ª. Turma, 21.05.96.

Indexação

PN0065 , CRIME **CONTRA OS COSTUMES**, LIBERDADE SEXUAL, ESTUPRO, **VIOLÊNCIA, PRESUNÇÃO RELATIVA**, IDADE DA VÍTIMA, CONSTRANGIMENTO, INOCORRÊNCIA, TIPO PENAL, CONFIGURAÇÃO, AUSÊNCIA.

PP0726 , PROVA (CRIMINAL), VÍTIMA, DEPOIMENTO, VALORAÇÃO, CRIME **CONTRA OS COSTUMES, ESTUPRO.**

PP2837 , COMPETÊNCIA JURISDICIONAL (CRIMINAL), HABEAS CORPUS, ATO **DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

PP0638 , "HABEAS CORPUS", JULGAMENTO, VOTAÇÃO EM CURSO, MATÉRIA, RELEVÂNCIA, PROPOSTA, REMESSA, TRIBUNAL PLENO, REJEIÇÃO.

Legislação

LEG-FED DEL-002848 ANO-1940

ART-00213 ART-00224 LET-A

CP-1940 CÓDIGO PENAL

Observação

Obs.: - O HC-73662 foi objeto dos HC-73662-ED não conhecidos.

Número de páginas: (47). Análise:(LMS). Revisão:(NCS).

Inclusão: 08/10/96, (ARL).

Alteração: 06/11/03, (SVF).

Alteração: 23/02/2011, DCR.

Acórdãos no mesmo sentido

HC 73662 ED-ED

ANO-1996 UF-MG TURMA-02 N.PÁG-007 Min. MARCO AURÉLIO

DJ 13-10-2000 PP-00018 EMENT VOL-02008-02 PP-00249

Informativo de Jurisprudência do STJ

DIREITO PENAL. CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). TEMA 918.

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos; o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a

ocorrência do crime. Inicialmente, registre-se que a interpretação jurisprudencial acerca do art. 224, "a", do CP (antes da entrada em vigor da Lei 12.015/2009) já vinha se consolidando no sentido de que respondia por estupro ou por atentado violento ao pudor o agente que mantinha relações sexuais (ou qualquer ato libidinoso) com menor de 14 anos, mesmo sem violência real, e ainda que mediante anuência da vítima (REsp 1.152.864-SC, Terceira Seção, DJe 1º/4/2014). Com efeito, o fato de alterações legislativas terem sido incorporadas pela Lei 12.015/2009 ao "Título VI - Dos Crimes contra a Dignidade Sexual", especialmente ao "Capítulo II - Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável", do CP, estanca, de uma vez por todas, qualquer dúvida quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no *caput* do art. 217-A, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, de anterior experiência sexual ou da existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente. Isso porque, a despeito de parte da doutrina sustentar o entendimento de que ainda se mantém a discussão sobre vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa, o tipo penal do art. 217-A do CP não traz como elementar a expressão "vulnerável". É certo que o *nomem iuris* que a Lei 12.015/2009 atribui ao citado preceito legal estipula o termo "estupro de vulnerável". Entretanto, como salientado, a "vulnerabilidade" não integra o preceito primário do tipo. Na verdade, o legislador estabelece três situações distintas em que a vítima poderá se enquadrar em posição de vulnerabilidade, dentre elas: "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos". Não cabe, destarte, ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta. A propósito, há entendimento doutrinário no viés de que: "Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos. [...]. O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A do Código Penal. Como dissemos anteriormente, existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima". Dessa forma, não se pode qualificar ou etiquetar comportamento de crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou justificá-la. Expressões como "amadurecimento sexual da adolescente", "experiência sexual pretérita da vítima" ou mesmo a utilização das expressões "criança prostituta" ou "criança sedutora" ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias, em alguma medida, justificasse os crimes

sexuais perpetrados. Esse posicionamento, todavia, implica a impropriedade de se julgar a vítima da ação delitiva para, a partir daí, julgar-se o agente. Refuta-se, ademais, o frágil argumento de que o desenvolvimento da sociedade e dos costumes possa configurar fator que não permita a subsistência de uma presunção que toma como base a *innocentia consilli* da vítima. Basta um rápido exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - para se constatar que o caminho da "modernidade" é antípoda a essa espécie de proposição. Deveras, de um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluiu-se, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento físico, mental e afetivo do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com reflexos na dogmática penal. Assim é que novas tipificações vieram reforçar a opção do Estado brasileiro - na linha de similar esforço mundial - de combater todo tipo de violência, sobretudo a sexual, contra crianças e adolescentes. É anacrônico, portanto, qualquer discurso que procure considerar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos grupos de pessoas física, biológica, social ou psiquicamente fragilizadas. Além disso, não há que se falar em aplicação do princípio da adequação social, porquanto no julgamento de caso de estupro de vulnerável deve-se evitar carga de subjetivismo, sob pena de ocorrência de possíveis danos relevantes ao bem jurídico tutelado - o saudável crescimento físico, psíquico e emocional de crianças e adolescentes - que, recorde-se, conta com proteção constitucional e infraconstitucional, não sujeito a relativizações. Ora, a tentativa de não conferir o necessário relevo à prática de relações sexuais entre casais em que uma das partes (em regra, a mulher) é menor de 14 anos, com respaldo nos costumes sociais ou na tradição local, tem raízes em uma cultura sexista - ainda muito impregnada no âmago da sociedade ocidental, sobretudo em comunidades provincianas, segundo a qual meninas de tenra idade, já informadas dos assuntos da sexualidade, estão aptas a manter relacionamentos duradouros e estáveis (envolvendo, obviamente, a prática sexual), com pessoas adultas. Ressalta-se, por fim, que praticamente todos os países do mundo repudiam o sexo entre um adulto e um adolescente - e, mais ainda, com uma criança - e tipificam como crime a conduta de praticar atos libidinosos com pessoa ainda incapaz de ter o seu consentimento reconhecido como válido. Precedentes citados: AgRg nos EDcl no AREsp 191.197-MS, Quinta Turma, DJe 19/12/2014; e AgRg no REsp 1.435.416-SC,

Sexta Turma, DJe 3/11/2014. **REsp 1.480.881-PI**, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/8/2015, DJe 10/9/2015.

AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.303.083 - MG (2012/0021954-8)

EMENTA

ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VIOLÊNCIA. ATUAL ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR.

1. O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado da 3ª Seção (EResp-1.021.634/SP), firmou o entendimento de que a presunção de violência nos crimes sexuais, antes disciplinada no art. 224, a, do Código Penal, seria de natureza relativa.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDAO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Março Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator

AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.369.872 - SP (2013/0062991-2)

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1.DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ART. 224, A, DO CP. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. 2. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O Tribunal de origem manteve a sentença condenatória, sob o argumento de que "tanto a proteção é plena ao menor de 14 anos que o legislador erigiu a presunção de violência, decorrente da idade, a crime autônomo". Destarte, não há se falar em

divergência jurisprudencial, pois o acórdão recorrido, ao considerar o caráter absoluto da presunção de violência trazida no art. 224, alínea a, do Código Penal, encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, atraindo a incidência do enunciado n. 83 da Súmula deste Tribunal Superior.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de setembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Relator