

BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

BRIEF NOTES ABOUT RAPE OF VULNERABLE: A CRITICAL ANALYSIS

Vinicius Setubal Maffei¹

Resumo

A lei n° 12.015/2009, ao criar o artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, que prevê o crime de estupro de vulnerável, pretendeu garantir maior proteção às crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais. Isto porque, ao erigir a idade da vítima à elementar do tipo penal, procurou encerrar a discussão que havia, em meio à doutrina e jurisprudência, acerca da presunção, absoluta ou relativa, de vulnerabilidade destas pessoas. Contudo, tal alteração veio por gerar situações desproporcionais e que não deveriam ser reguladas pelo Direito Penal, sob pena de violação da liberdade individual, da privacidade e do próprio desenvolvimento sexual voluntário, conforme será demonstrado.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável; Proporcionalidade; Sexualidade.

Abstract

The law n° 12.015/2009, which created article 217-A, *caput*, of the Brazilian Criminal Code, providing the rape of vulnerable crime, intended to ensure greater protection to children and teenagers victims of sexual crimes. This is because the victims age is now an element of the delict, so that the existing argument in doctrine and jurisprudence, related to presumption of vulnerability, absolute or relative, would come to an end. However, such alteration generated disproportional situations, which should not be regulated by criminal law, under penalty of violating individual liberty, privacy and sexual development itself, as it will be demonstrated.

Keywords: Rape of vulnerable; Proportionality; Sexuality.

Introdução

A dignidade sexual é um desdobramento da dignidade da pessoa humana e que reflete valores como o desenvolvimento sexual voluntário e o bem-estar psíquico e físico da

¹ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo U.E. Lorena. Bolsista de iniciação científica do CNPq. Estagiário de Direito no escritório Badaró Advogados Associados. Membro do Grupo de Estudos de Direitos Humanos e Direito Internacional Penal - Projeto Haia (UNISAL Lorena).

pessoa em relação à sua sexualidade. Sendo assim, foi positiva a inovação legislativa promovida pela lei nº 12.015/2009 no que toca a alteração dada à nomenclatura do Título VI do Código Penal brasileiro, de modo a denominá-lo “Dos crimes contra a dignidade sexual”, em superação do antiquado “Dos crimes contra os costumes” que vigia até então.

Torna-se cabal que as mudanças liberais e progressistas ocorridas no seio da sociedade promoveram uma verdadeira revolução sexual, de igualdade de gênero, superação de paradigmas ultrapassados e de liberdade na escolha dos rumos da vida sexual. Logo, o escopo de proteção a ser perseguido não é mais a forma como as pessoas devem se comportar perante a sociedade, mas sim como garantir que o ser humano exerça sua dignidade sexual livre de amarras ou coerções e conforme sua própria consciência. Como prova de tal mudança de paradigma, a qual tem o condão de acarretar profundos desdobramentos no ordenamento jurídico, em seus mais diversos ramos, pode-se citar, além da referida alteração no Código Penal, a Emenda Constitucional nº 66/2010 (que extinguiu a necessidade de prévia separação judicial ou de fato para o alcance do divórcio) e o julgamento da ADPF 132 e ADI 4277 pelo Supremo Tribunal Federal, nas quais se reconheceu a abrangência do instituto da união estável para casais do mesmo sexo (TARTUCE, 2013, p. 1180).

Nesta esteira, é cediço que esta proteção deve abarcar o ser humano em sua plenitude, ou seja, tendo em vista suas particularidades. Na importante lição de Bobbio (2004, p. 35), não basta o ideário pretensamente universal de proteção dos direitos do homem, o qual, ainda que necessário filosoficamente, carece de efetividade real na medida em que não se atenta para as peculiaridades do ser humano e, principalmente, dos seres humanos em condição de maior vulnerabilidade (seja por razões de ordem natural ou em decorrência de seu papel na sociedade). Vive-se assim a era da especificação dos direitos humanos, sendo incabível a proteção do ser humano genericamente considerado, mas sim, do idoso, da criança, da mulher, dos discriminados por questões raciais e sexuais, dos refugiados políticos, dentre outros.

Não é por outro motivo que é importantíssima a proteção prevista pelo artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, até mesmo em razão do grave problema decorrente da exploração sexual infanto-juvenil. Contudo, a rigidez da norma em questão acabou por engessar de maneira perigosa as questões relacionadas à dignidade sexual de crianças e adolescentes.

Em que pese o correto entendimento de que os jovens merecem maior proteção, em decorrência de sua ingenuidade e inocência, uma aplicação irrestrita desta norma, nos moldes em que se encontra, acaba por classificar como criminosas relações afetivas consensuais, nas

quais a diferença de idade entre “vítima” e “ofensor” não é substancial e em que as partes, de fato, possuem plena consciência dos atos que praticam.

Neste mister, procuraremos, no decorrer da explanação, fornecer bases teóricas para a despenalização do “estupro etário” quando circunstâncias como as explicitadas evidenciarem que não se está diante de uma violação da dignidade sexual.

1. Relações sexuais infantojuvenis

O presente artigo foi motivado pelo contato com caso concreto, no qual atuamos em conjunto com a defesa do acusado. Apesar do processo ainda se encontrar em trâmite (e sob sigilo de justiça), é interessante, para o fiel entendimento dos questionamentos propostos, que citemos parte dos fatos ocorridos, os quais podem servir como ilustração para demais casos semelhantes. Obviamente, aqui não serão mencionados nomes, datas, nem demais particularidades inerentes ao feito.

Tratava-se de ação penal, na qual o réu – faixa etária de 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses à data dos fatos - foi denunciado como incurso nas penas do art. 217-A, *caput*, do Código Penal, pois teria mantido conjunção carnal com vítima menor de 14 anos de idade, mais especificadamente, com 12 (doze) anos e 8 (oito) meses de idade, também à data dos fatos.

Em suma, através de contatos travados em rede social, ambos os envolvidos começaram a flertar, de modo que o réu indagou à ofendida acerca da possibilidade de engatarem em um relacionamento amoroso, algo típico da faixa etária na qual se encontravam. Marcado o encontro, o acusado se dirigiu ao local combinado na direção de um veículo, no qual franqueou entrada à vítima e de lá se dirigiram até uma rua isolada. Nas próprias palavras da ofendida, ali mantiveram relação sexual, consistente em conjunção carnal. Esclareceu ainda que tudo o que ocorreu naquele momento foi consensual, não tendo sido forçada a nada. Inclusive afirmou já saber que o intuito do encontro era para que fossem mantidas relações sexuais.

Após o ocorrido, ambos os jovens mantiveram contato e persistiram no relacionamento amoroso, de maneira que o evento em questão jamais seria trazido a lume não fosse a posterior descoberta pelos familiares da vítima, os quais, invariavelmente, se viram ultrajados pelo ocorrido, até mesmo pelo fato de que a relação sexual descrita foi a primeira mantida pela garota.

Situações como esta são relativamente comuns no território brasileiro. Estudos realizados a mais de uma década atrás apontavam que a média de idade verificada para o

início da vida sexual no Brasil era de 14,5 anos para os integrantes do sexo masculino e de 15,2 anos para os do sexo feminino. Estes índices referiam-se ao ano de 1998 (BORGES; SCHOR, 2005, p. 1).

Mais recentemente, pesquisa coordenada pelo Ministério da Saúde em parceria com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (BRASIL, 2009), realizada com alunos do Ensino Fundamental público e privado de todas as capitais dos Estados brasileiros e do Distrito Federal, revelou que, em média, 30,5% dos adolescentes já mantiveram relações sexuais alguma vez na vida. Destes, 12,5% o fizeram antes dos 13 anos, 15,3% aos 13 anos e 24,9% aos 14 anos (MALTA; et al, 2011).

2. Do crime de Estupro de Vulnerável

Narra o artigo 217-A, *caput*, do Código Penal (com redação dada pela Lei nº 12.015/09): “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.

Como se sabe, dita inovação legislativa teve por escopo alterar substancialmente o Título VI da Parte Especial do Código Penal, de modo a garantir maior proteção às crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais, tendo se originado de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que investigou redes de exploração sexual infantil. A justificação do Projeto de Lei do Senado nº 253/2004 assim definiu a necessidade de alteração do texto então vigente:

Sobre a legislação penal reinante pairam concepções características de época de exercício autoritário de poder – primeira metade dos anos 40 – e de padrão insuficiente de repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sociais, seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida. Trata-se de reivindicação antiga dos grupos e entidades que lidam com a temática, sob o argumento de que a norma penal, além de desatualizada quanto a termos e enfoque, não atende a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento de sua sexualidade, em especial quando tais crimes são dirigidos contra crianças e adolescentes [...] (BRASIL, 2004).

A gravidade dos fatos levantados naquela CPMI, com notícias de redes de pedofilia e corrupção de menores instaladas no território nacional, mostraram a necessidade de criação de mecanismos mais eficazes de combate a tais práticas, além de modernização da legislação que vigia.

Por isso a Lei nº 12.015/2009 teve por escopo, no que toca a prática de relações sexuais com crianças e adolescentes, encerrar o debate que havia acerca da presunção de violência, relativa ou absoluta, que existia sob a égide do extinto artigo 224 do Código Penal.

Isto porque o legislador entendia que, ao absolver aqueles que se beneficiavam de menores de 14 (quatorze) anos que já haviam iniciado a vida sexual através, por exemplo, da prostituição, o julgador transferia a responsabilidade do ato libidinoso ou conjunção carnal para as próprias crianças e adolescentes.

Neste caso, a *mens legislatoris*, conforme afirmamos, é facilmente identificável pela fala da Deputada Federal Maria do Rosário (PT/RS), em sessão plenária deliberativa da Câmara dos Deputados, no dia 14/05/2008:

Portanto, Sras. e Srs. Deputados, estamos configurando o que é um tipo penal, em que especialmente há uma condição para a criança e adolescente menor de 14 anos e também adolescentes entre 14 e 18 anos, mas especialmente para os menores de 14 anos, como vulneráveis.

Tratamos de tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual, da saída de crianças e mulheres do País, na medida em que o Brasil é um pólo atrativo e vive um momento de desenvolvimento da possibilidade de ingresso em nosso País. Estamos apenando sempre que há a violência e exploração sexual, especialmente quando praticada para se obter vantagem indevida.

Volto a dizer que em todos os casos apena-se de forma especial quando houver a condição de vulnerável, não mais permitindo que em juízo a presunção de violência seja analisada pelos magistrados de acordo com a compleição física das meninas que estejam à sua frente (BRASIL, 2008).

Foi com base nisso, reforce-se, no principal desígnio de coibir práticas como a prostituição infantil, a violência sexual de menores e o tráfico humano, que o legislador procurou criar o crime de estupro de vulnerável, transformando a faixa etária da vítima em elemento do tipo penal. Esta mudança, contudo, foi capaz de levar à condução de resultados não esperados, de forma que deve ser interpretada à luz da Constituição Federal e de princípios gerais que regem o Direito Penal pátrio, conforme demonstraremos.

3. Atipicidade material e (des)proporcionalidade

Ao impor um viés absoluto ao direito fundamental à dignidade sexual, desdobramento da dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, art. 1º, III), o legislador acabou por criar situações de desproporcionalidade, como é o caso citado inicialmente.

Isto porque, ao prever pena mínima de 8 (oito) anos e classificar como hedionda a conduta de manter relações sexuais com menores de 14 (quatorze) anos (vide art. 1º, VI, da Lei nº 8.072/90), a norma acaba por criminalizar atos que, na prática, não possuem qualquer lesividade. Pelo contrário, fazem parte do desenvolvimento sexual corriqueiro e voluntário de diversos adolescentes brasileiros.

Logo, apesar de louvável no que toca a coibição da prostituição infantil e demais situações graves (como o sexo praticado por temor reverencial face a uma autoridade familiar, por exemplo), a Lei dá tratamento equânime a casos que, em realidade, não possuem qualquer similaridade.

A relação sexual entre um adulto de 40 (quarenta) anos e uma criança de 6 (seis), realizada para fins de filmagem e difusão em redes virtuais de pedofilia, é equiparada ao flerte de dois jovens, cuja diferença de idade é mínima, que consumam o ato sexual consensualmente e, além disso, continuam a se encontrar e se conhecer.

Percebe-se que a “absolutização” da dignidade sexual através do Direito Penal, sem a utilização de qualquer freio hermenêutico, pode vir a restringir a própria liberdade sexual e o desenvolvimento voluntário, principalmente de adolescentes maiores de 12 (doze) anos (como são definidas tais pessoas pelo artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente) e o que é mais grave: impor sobre os acusados de práticas como as descritas anteriormente o estigma criminógeno, com a subsequente submissão às agruras do processo penal e da possível condenação.

Neste íterim, o réu – que, em razão do desconhecimento da norma, muita das vezes nem ao menos imagina a gravidade da situação em que se encontra - é inicialmente submetido a duras penas processuais. Afinal, “o processo penal encerra em si uma pena (*la pena de banquillo*), ou conjunto de penas se preferirem, que, mesmo possuindo natureza diversa da prisão cautelar, inegavelmente cobra(m) seu preço e sofre(m) um sobrecurso inflacionário proporcional à duração do processo” (LOPES JR., 2014, p. 182). Fora isso, firmada a condenação, impõe-se mais do que a passagem para o estágio de uma execução penal desumana, como esta é em regra no Brasil, mas também a confirmação da desonra sobre a pessoa do condenado.

Assim, desde a segunda metade do século XVIII², preceituava Beccaria (1828, p. 101) que “a infâmia é um sinal da improbação pública, que priva o culpado da consideração, da confiança que a sociedade tinha nele e dessa espécie de fraternidade que une os cidadãos de um mesmo país”. Desta maneira, ainda que se torne descabido discutir a validade ou justiça destas penas nos estritos limites deste artigo, mostra-se cabal que a imposição de castigos desta monta àqueles que se relacionaram com menores de 14 (quatorze anos) foge dos limites do que se tem por justo e razoável, desde que, obviamente, em meio a

² “Dos Delitos e das Penas”, ou “Tratado dos delitos e das Penas”, célebre obra do filósofo italiano Cesare Bonesana, marquês de Beccaria, foi escrito em 1764. No presente trabalho utilizamos versão digital para *E-book*, bem como edição de 1828, em espanhol.

circunstâncias como, por exemplo, a existência de relação de afeto, ausência de pagamento, prática de atos de “menor gravidade”, pouca diferença de idade entre “ofensor” e “ofendido” e plena consciência real do ato praticado, dentre outros.

Com isto em mente, remonta-se novamente à lição de que “não existem direitos absolutos, uma vez que a absolutização de um direito implicaria, inevitavelmente, a negação mesma do direito (v.g., absolutizar o direito à liberdade de expressão importaria na anulação do direito à honra e vice-versa)” (QUEIROZ, 2013, p. 547).

Neste sentido, ressurge com maior proeminência a necessidade basilar de um efetivo Direito Penal Constitucional, qual seja: a de que ao tipificar condutas como ilícitos penais, o legislador tenha em mente bens jurídicos de maior valia no corpo social, plasmados em Direitos Fundamentais positivados na Constituição (FELDENS, 2005, p. 43). Este dever positivo de tutela não pode ser exercitado com leviandade, sob pena de vir a restringir, mais do que proteger, o exercício de um Direito Fundamental. Afinal “[...] o legislador não pode suprimir a liberdade de alguém a pretexto de protegê-la” (QUEIROZ, 2013, p. 547).

Em que pese a argumentação de que as pessoas na faixa etária definida pela novel legislação não possuiriam, em qualquer hipótese, capacidade de escolha sobre os rumos de sua vida sexual, cumpre afirmar que não cabe a norma, tampouco ao julgador, ignorar a realidade fática e o meio em que vivem e crescem os jovens no território pátrio. Mesmo autores que reconhecem a necessidade da imposição de um limite etário objetivo para que seja aferida a prática de um ilícito penal concordam com seu abrandamento em face do caso concreto.

Senão vejamos:

Para NATSCHERADETZ, a proteção do menor não tem o objetivo de interiorização, pela juventude, de certos valores morais da conduta sexual, mas sim de protegê-los de certos estímulos, até que eles sejam capazes de decidir por si próprios acerca de sua sexualidade.

Ao reconhecer que não existe uma fase em que a maturidade do maior ou menor pode ser medida ou avaliada, como qualquer aspecto do seu desenvolvimento físico, aceita em homenagem ao princípio da legalidade, que “em lugar da característica material determinante constituída pela imaturidade sexual, nos tipos legais de crimes de proteção da juventude se coloque um limite geral fornecido pela idade do jovem”. O autor, no entanto, admite que certos contatos entre os jovens não podem ser qualificados como casos de exploração ou abuso e, sabendo-se que as experiências sexuais entre eles são benéficas para o seu crescimento sexual, devem ser elas excluídas do campo de atuação penal (NATSCHERADETZ apud GRECO; RASSI, 2011, p. 71).

Em face da realidade fática, múltiplas informações podem levar à conclusão de que o ato praticado *in casu* é livre de qualquer tipicidade penal, seja pela pouca diferença de idade entre as partes, pela ausência de pagamento ou coerção ou até mesmo pelo meio em que estão inseridos estes jovens. Logo, na análise de questões desta monta (que tendem a ser inegavelmente sensíveis e embaraçosas, ainda mais em um local que de forma alguma é o mais adequado para tanto, qual seja, o fórum) não se pode fugir da percepção o ambiente no qual estes jovens estão inseridos.

Isto porque também o meio no qual eles vivem pode fornecer pistas essenciais acerca da eventual tipicidade do ato, ou seja, se o bem jurídico tutelado pela norma (GRECO, 2013, p. 538) foi, de fato, lesado, ou se, ao revés, a conduta se inseriu no regular desenvolvimento sexual habitualmente perceptível naquele corpo social em específico, uma vez que “muitas de nossas atitudes provêm da identificação com uma determinada classe ou determinado grupo” (RODRIGUES, 1998, p. 38).

Para este mister, são passíveis de análise elementos como, *v.g.*, o desempenho escolar em geral, o círculo de amizades, consumo cultural, conflitos psicológicos inerentes à sexualidade e o relacionamento estável com os pais. Afinal, estes e outros fatores tendem a reforçar o pensamento de que “normas e modos de vida são compartilhados, transmitidos e apreendidos por pessoas pertencentes a uma determinada cultura” (SOUSA; FERNANDES; BARROSO, 2006).

Importantíssimo ressaltar que não queremos fazer qualquer juízo de valor deturpado sobre a vida privada de famílias ou indivíduos, mas tão somente demonstrar que o conceito de sexualidade e os conflitos que o circundam podem já estar presentes no seio dos envolvidos desde muito antes da prática do suposto crime e, ainda assim, não necessariamente sob um enfoque negativo.

Ao ignorar todas estas nuances, a lei tende a incidir em desproporcionalidade, na medida em que parte de uma análise simplista e objetiva das relações sociais e prevê penas de gravidade exacerbada para condutas que podem ser consensuais e não violentas. Mais uma vez, o legislador aparenta tratar o Código Penal como uma colcha de retalhos disforme, em que situações como as descritas no decorrer do artigo (as quais, segundo nosso entendimento, deveriam ser descriminalizadas ou, ao menos, possuírem sanções sensivelmente abrandadas) acabam por gerar reprimendas mais severas do que as cominadas ao estupro simples (ou seja, no qual há violência ou grave ameaça), roubo, lesão corporal seguida de morte e homicídio simples (quando considerado o mínimo legal).

Nesta esteira, é notória a desproporcionalidade entre a conduta praticada e o gravame imposto ao autor do dito delito, que poderá ser enclausurado em regime fechado de cumprimento de pena por um longo período de tempo. Isto em um país cujo próprio Ministro da Justiça assume que os ambientes prisionais são “masmorras medievais”.

Ilustra muito bem essa realidade a seguinte reportagem de Bruno Paes Manso ao jornal “Estadão” (2014), em que foram entrevistados presos do CDP III de Pinheiro, em São Paulo:

São 13 horas no CDP III de Pinheiros, onde quatro raios superlotados comportam 1.850 homens. O prédio foi feito, na verdade, para 572 pessoas. [...] Outro [preso] me conta a história de sua prisão em um baile funk na periferia da zona norte. Estuda logística na Fatec e tem cara de nerd, com óculos de armação moderna. No meio do pancadão, foi pego em flagrante pela PM em situação obscena com uma garota de 13 anos. O que é crime, de acordo com a lei. “Veja só minha situação. Uma das letras de um funk famoso diz “novinha vem, novinha vai”. Elas encham o baile. Fiquei com uma menina e fui condenado. Imagina quantos vão ser preso por isso”, diz. Ele tem razão. É muita hipocrisia. O “sexo ostentação” é popular e aceito socialmente. É tema recorrente das letras de funk, estilo de maior sucesso musical atualmente no Brasil. Mesmo assim, quando o PM o vê com a menina, ele deixa de ser o nerd da Fatec para se tornar mais um “criminoso a lotar do CDP”. Os juízes, claro que condenam. São uma peça na engrenagem nessa linha de produção do encarceramento em massa.

Cabe anotar, ainda que brevemente, que mesmo que possa parecer temeroso classificar a norma em comento como inconstitucional – até mesmo pela sua importantíssima intenção original -, não se pode olvidar que também a aplicação da mesma pode gerar situações desproporcionais e, por conseguinte, inconstitucionais. Afinal, “o importante [...] é evitar a lei injusta, assim com o resultado injusto da aplicação de qualquer lei – seja justa ou injusta” (NUNES, 2011, p. 354).

Logo, ainda que a norma, substancialmente, possa não ser eivada de vício constitucional, uma decisão que, ao aplicar a norma, desrespeite os postulados da proporcionalidade, estará maculada pela inconstitucionalidade. “O intérprete do direito não pode optar se atende ou não atende o princípio da proporcionalidade, mas pelo contrário, é seu dever concretizar esse princípio, sob pena de inconstitucionalidade da decisão jurídica” (BRANCO, 2006, p. 139)³.

³ Segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 244), em relação ao “princípio” da proporcionalidade (aqui utilizado entre aspas, a fim de ressaltar a divergência entre renomados juristas pátrios acerca do reconhecimento de seu caráter principiológico), pode-se entender que o mesmo decorre implicitamente do Estado de Direito ou que seu conteúdo é extraído da cláusula do devido processo legal substantivo, sendo que ambas as linhas de raciocínio levam a mesma conclusão: a proporcionalidade deve ser obrigatoriamente observada pelo intérprete da Constituição.

Cite-se que foi com base em entendimento similar que Winfried Hassemer, magistrado do Tribunal Constitucional alemão, votou pela inconstitucionalidade de uma Lei que criminalizava a prática de incesto, mesmo aquele praticado entre pessoas maiores de 18 (dezoito) anos (vide seção 173 do Código Penal alemão). Hassemer, “na ocasião, opõe-se por meio de um voto divergente, com o qual demonstrou exaustivamente por que a proibição de incesto era inconstitucional do ponto de vista dos fins do Direito Penal e do princípio da proporcionalidade. Hassemer sustentou não haver violação a um bem jurídico quando se trata de uma relação voluntária, razão pela qual o tipo era inconstitucional” (ZULUAGA, 2014)⁴.

Diante de todo o exposto, é plausível que ainda que tenha sido a vontade do legislador encerrar a discussão acerca da presunção *juris et de jure* ou *juris tantum* acerca da violência no caso de relações sexuais praticadas com menores de 14 (quatorze) anos, doutrina e jurisprudência ainda relutem em aceitar a inovação, simplesmente pelo fato de que tal aplicação irrestrita da norma, como afirmamos, acaba por abarcar situações que não deveriam ser tuteladas pelo Direito Penal, ao menos não com a gravidade da atual legislação. Neste sentido prevêm Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 928), Damásio de Jesus (2010, p. 787), Alessandra Orcesi e João Daniel Rassi (2011, p. 116), João José Leal e Rodrigo José Leal (2009) e Paulo Queiroz (2013, p. 547).

Anote-se que também recentes decisões do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo em vista tais circunstâncias, continuam a aplicar a presunção relativa de violência, mesmo em casos envolvendo prostituição (TJSP, Apelação Criminal nº 0004206-64.2011.8.26.0554, 1ª Câmara Criminal Extraordinária. Relator: Souza Nucci. Data do Julgamento: 21/10/2013, v.u.). No Estado de Goiás, consoante notícia do sítio “Consultor Jurídico” (2013), absolveu-se réu acusado da prática de estupro de vulnerável, uma vez que as circunstâncias do evento denotavam a existência de relacionamento amoroso duradouro, com pouca diferença de idade.

Conclusões

Com o presente artigo, procurou-se expor os motivos principais que levaram à criação do tipo constante no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, ao mesmo tempo em que se descortinou o véu simplista utilizado pelo legislador na feitura da nova legislação.

⁴ A posição de Hassemer, contudo, foi minoritária, de modo que o *BVerfGE* manteve a constitucionalidade da lei. A norma em questão restou incólume também perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, conforme se observa pela decisão disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-110314>>. Acesso em: 02/06/2014.

Conforme afirmado, a norma peca por abarcar situações altamente discrepantes entre si dentro de uma mesma figura típica, sem fazer qualquer diferenciação capaz de abrandar sua aplicação tendo em vista o caso concreto, cujas circunstâncias podem denotar a inexistência de lesão a ser tutelada pelo Direito Penal.

Entende-se, portanto, de maneira similar a Bertasso (2011), que melhor seria se o legislador tivesse previsto uma pena mais branda para esta espécie de delito (que pudesse até mesmo ser abrangida pelos benefícios da transação penal ou suspensão condicional do processo) e uma hipótese mais gravosa qualificada pela violência ou grave ameaça.

Mais do que isto, em razão de todo o exposto, entendemos ser imprescindível a absolvição do réu ou da ré em casos tais, sob a égide do art. 383, inciso III do Código de Processo Penal (não constituir o fato infração penal), em razão da atipicidade material da conduta. Indo além, em casos nos quais é patente, desde a fase de inquérito, a plena consciência da vítima, a ausência de pagamento, a inexistência de coerção, o mero relacionamento amoroso, dentre outros, entendemos cabível até mesmo o pedido de arquivamento pelo Ministério Público, o não recebimento da inicial acusatória por ausência de justa causa para a deflagração da ação penal (art. 395, III, CPP) ou a absolvição sumária do(a) acusado(a) (art. 397, III, CPP).

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. *Tratado de los Delitos y de las penas*. En Casa de Rosa: Librero, 1828.

BERTASSO, Marcelo. *O desproporcional estupro de vulnerável*. Disponível em: <<http://antipreconceitointeretario.blog.com/tag/marcelo-bertasso/>>. Acesso em 02/06/2014.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Ana Luiza Vilela; SCHOR, Néia. Início da vida sexual na adolescência e relações de gênero: um estudo transversal em São Paulo, Brasil, 2002. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, 21(2):499-507, mar-abr, 2005.

BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade*. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 139.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer do relator, pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, à Emenda Substitutiva Global de Plenário nº 1 ao Projeto de Lei n. 4.850 de 2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9236D14C396175CA9644646AA0D62B2D.proposicoesWeb1?codteor=564750&filename=Tramitacao-PL+4850/2005>. Acesso em 19/05/2014.

BRASIL. Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar. PENSE 2009. Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/pense/default.shtm>>. Acesso em: 01/06/2014.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 253, de 2004. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=36730&tp=1>>. Acesso em: 19/05/2014.

CONSULTOR JURÍDICO. Caso a caso: Vulnerabilidade de menores com 13 e 14 anos é relativa. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-26/vulnerabilidade-menores-13-14-anos-relativa-juiza-goias>>. Acesso em: 19/05/2014.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III*. 10ª ed. Niterói: Impetus, 2013

JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. 20ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2263, 11 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13480/novo-tipo-penal-de-estupro-contra-pessoa-vulneravel>>. Acesso em: 16 de maio de 2014

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALTA, Deborah Carvalho; et al. Saúde sexual dos adolescentes segundo a Pesquisa Nacional de Saúde dos Escolares. *Revista Brasileira de Epidemiologia*. São Paulo: v. 14, supl. 1, Set. 2011.

MANSO, Bruno Paes. *Senhor, anota meu nome e minha matrícula? O lugar esquecido pelos juízes*. Estadão, 4 de junho de 2014. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/sp-no-diva/senhor-anota-meu-nome-e-minha-matricula-o-lugar-esquecido-pelos-juizes/>>. Acesso em: 04/06/2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

NUNES, Rizzato. *Manual de Introdução ao estudo do direito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 354.

QUEIROZ, Paulo (coord.). *Curso de Direito Penal – Parte Especial Vol. 2*. Bahia: Jus Podivm, 2013.

RODRIGUES, Aroldo. *Psicologia Social para principiantes*. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

SOUSA, Leilane Barbosa de; FERNANDES, Janaína Francisca Pinto; BARROSO, Maria Grasiela Teixeira. Sexualidade na adolescência: análise da influência de fatores culturais presentes no contexto familiar. *Acta Paulista de Enfermagem*. São Paulo: v. 19, n. 4, Dec. 2006.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

ZULUAGA, John. Winfried Hassemer: um discrepante em favor das liberdades. *Boletim Ibccrim*, n. 257, p. 3, abr., 2014.

