

**BÁRBARA MARTINS COTA**

**A RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CASO CONCRETO**

**João Monlevade**  
**2016**

**BÁRBARA MARTINS COTA**

**A RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CASO CONCRETO**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação de Curso Direito da Faculdade Doctum de João Monlevade - Rede de Ensino Doctum, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.**

**Área de concentração: Direito Constitucional, Direito Penal e Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90)**

**Orientadora: MSC Renata Martins de Souza.**

**João Monlevade  
2016**

**BÁRBARA MARTINS COTA**

**A RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CASO CONCRETO**

**Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado e aprovado, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito, na Faculdade Doctum de João Monlevade - Rede de Ensino Doctum, em 2016.**

**Média final:** \_\_\_\_\_

**João Monlevade, de de 2016.**

.....  
**Msc. Renata Martins de Souza**  
Prof. Orientador

.....  
**Msc. Maria da Trindade Leite**  
Profª TCC II

.....  
**Msc. Ariete Pontes de Oliveira**  
Prof. Avaliador (a)

.....  
**Prof. Alberto Gomes Vieira**  
Prof. Avaliador (a)

## RESUMO

A presente pesquisa propõe uma reflexão acerca da vulnerabilidade retratada no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal (Estupro de vulnerável), criado pela Lei 12.015/09. Segundo o referido tipo penal, a configuração do delito prescinde da elementar violência de fato ou presumida, bastando que o agente mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de quatorze anos. Desta forma, para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Porém, a discussão sobre a natureza e configuração de tal delito está longe de ser pacificada, pois doutrinadores e juizes mais liberais tem aplicado a relativização do atual conceito de vulnerabilidade em casos excepcionais, trazendo como justificativa o amadurecimento precoce dos infantes para a vida sexual, os quais em muitos casos já estão aptos a assentir com a prática sexual, sem que tal implique em violação à sua dignidade sexual. Após a pesquisa, conclui-se que deve haver a relativização no consentimento dos jovens referente a prática sexual, devendo o juiz se atrelar às mudanças sócio-histórico-cultural vivenciadas por muitos desses adolescentes nos dias atuais. O presente trabalho entrega o método de pesquisa essencialmente bibliográfica

**Palavras-chave:** Estupro de Vulnerável. Presunção de violência. Consentimento. Natureza relativa ao caso concreto.

## RESUMEN

Esta investigación propone una reflexión sobre la vulnerabilidad retratado en el artículo 217-A, sección principal del Código Penal. Ley 12.015 del meridiano 07 de agosto de 2009 reunió cambios significativos en el actual y el vigente Código Penal, el cambio de los delitos hasta ahora en el Título VI "Los crímenes contra las costumbres", que ganó una nueva terminología, a saber, "De contra la dignidad sexual ". De acuerdo con el delito antes mencionado, el concepto de vulnerabilidad es interpretado por un carácter cronológico, permitiendo así que se realizará persona responsable que mantiene relaciones sexuales o realizar actos sexuales con menores de 14 años (víctima). La lectura del dispositivo demuestra la voluntad del legislador para acabar con las diversas interpretaciones del término "presunción", con lo que una regla absoluta para tipificar el delito. Sin embargo, la discusión acerca de la naturaleza de la ofensa está lejos de ser pacificado, para los estudiosos y los jueces más liberales han aplicado a relativizar el concepto actual de vulnerabilidad en excepcionais casos, con lo que para justificar la maduración temprana de los recién nacidos para la vida sexual, la cual en muchos casos ya son capaces de asentir con la práctica sexual, sin que ello implique una violación de su dignidad sexual. Después de la investigación, se llegó a la conclusión de que debe haber una relativización el consentimiento de los jóvenes con respecto a la práctica sexual, si el juez de atarse a los cambios socio-histórico-culturales experimentados por muchos de estos adolescentes de hoy.

**Palabras clave:** violación vulnerables. Presunción de violencia. Consentimiento. La naturaleza del caso.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
CPB	Código Penal Brasileiro
CP	Código Penal
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>08</b>
<b>2</b>	<b>ABORDAGEM HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E A EVOLUÇÃO DA IDADE DA VÍTIMA ATÉ OS DIAS ATUAIS</b> .....	<b>10</b>
<b>3</b>	<b>ELEMENTOS DO TIPO PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO CONVENCIONADO “ESTUPRO DE VULNERÁVEL”</b> .....	<b>20</b>
<b>3.1</b>	<b>Ação nuclear</b> .....	<b>20</b>
<b>3.2</b>	<b>Sujeito ativo</b> .....	<b>21</b>
<b>3.3</b>	<b>Sujeito passivo</b> .....	<b>21</b>
<b>3.4</b>	<b>Elemento subjetivo do tipo</b> .....	<b>21</b>
<b>3.4.1</b>	<b>Erro do tipo</b> .....	<b>22</b>
<b>3.5</b>	<b>Consumação e tentativa</b> .....	<b>24</b>
<b>3.6</b>	<b>Formas qualificadas</b> .....	<b>24</b>
<b>3.6.1</b>	<b>Causas de aumento de pena</b> .....	<b>24</b>
<b>3.7</b>	<b>Penal e ação penal</b> .....	<b>25</b>
<b>3.8</b>	<b>Lei de crimes hediondos</b> .....	<b>25</b>
<b>3.9</b>	<b>Classificação doutrinária</b> .....	<b>26</b>
<b>3.10</b>	<b>Crime de pedofilia</b> .....	<b>26</b>
<b>4</b>	<b>A POLÊMICA ENVOLVENDO A NATUREZA DO CRIME ESTUPRO DE VULNERÁVEL</b> .....	<b>29</b>
<b>4.1</b>	<b>Defensores da natureza absoluta</b> .....	<b>29</b>
<b>4.2</b>	<b>Defensores da natureza relativa</b> .....	<b>35</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>42</b>
<b>6</b>	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>44</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Os crimes sexuais praticados em face de crianças e adolescentes têm crescido sensivelmente em nossa sociedade, auferindo novas configurações legais, como é o caso do estupro de vulnerável.

A Lei nº 12.015/2009 reestruturou o Título VI da Parte Especial do Código Penal (CP), o qual passou a ser intitulado "Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual". A referida Lei ainda tratou de unificar os delitos de estupro e atentado violento ao pudor em uma única capitulação penal (artigo 213 do Código Penal), passando a integrar crime único de múltiplas ações. A nova lei também criou o crime de estupro de vulnerável, que se caracteriza pela prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos (217-A, "*caput*"), ou com pessoa (de qualquer idade) que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento, ou não pode oferecer resistência.

Esse tipo penal é consequência da revogação do artigo 224 do Código Penal que previa as hipóteses de presunção de violência, agora transformadas em elementos do crime de estupro de vulnerável.

Antes da referida alteração legislativa, a aludida presunção de violência (descrita no art. 224, a, do CP) estava sendo muito debatida na seara jurisprudencial e doutrinária, onde se questionava se haveria uma natureza subjetiva ou objetiva para a averiguação desse crime nas hipóteses de vítimas menores de 14 anos. O próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) chegavam a conceber tal presunção ora como absoluta, ora como relativa, acirrando, assim, os debates.

Com a referida alteração, o legislador teve por fim neutralizar o referido debate, dispensando para a configuração do delito a violência presumida, por considerar que a prática sexual com menores de 14 anos, por si só, já configura crime autônomo, sendo, adotado, assim, um critério cronológico.



Apesar disso, ainda hoje, muitos operadores do direito defendem que a vulnerabilidade não deve ser entendida como um critério absoluto, argumentando que a caracterização do delito demandaria uma análise circunstâncias de cada caso, conforme será visto ao longo da presente pesquisa.

O trabalho apresenta quatro partes: na primeira, será feita uma breve explanação acerca da historicidade e a evolução do delito de estupro, bem como será abordada a alteração da lei 12.015/09 no ordenamento jurídico. Na segunda serão estudados os elementos do tipo para a configuração do estupro de vulnerável. E, por fim, será demonstrada a polêmica envolvendo a natureza da vulnerabilidade, se seria de natureza absoluta ou relativa, fazendo uma comparação com o Estatuto da Criança e Do Adolescente (ECA), visando demonstrar, ainda, a contribuição da interpretação constitucional para tais casos nos dias atuais.

A fim de desenvolver o trabalho apresentado serão utilizadas as lições de doutrinadores como Damásio (2012), Greco (2012), Prado (2011) e outros.

## **2 ABORDAGEM HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E A EVOLUÇÃO DA IDADE DA VÍTIMA ATÉ OS DIAS ATUAIS**

Lembra Prado (2002, p. 268-269) o seguinte: os juristas nacionais remontam à Idade Média a origem da presunção de violência. Ensinam que o prático Carpzovio, baseado em duas passagens do Digesto, uma de Pompônio – que afirmava que os dementes e interditos não possuem vontade válida, ou seja, vontade nula.

Nas Ordenações Filipinas, o tratamento jurídico dado para os crimes sexuais, em especial para o crime de estupro estava baseado no livro V, no título XVIII, que continha forte embasamento histórico para a presunção de violência, que era acometido contra as ofendidas com 25 anos de idade.

O ordenamento jurídico das Ordenações Filipinas vigorou no Brasil por mais de dois séculos e, sua vigência sobre a parte penal se encerrou com o advento do Código Penal do Império em 1830.

Em 1830 foi aprovado o texto final do Código Criminal do Império, assim a matéria referente aos crimes sexuais estava estabelecida no capítulo II “dos crimes contra a segurança e a honra” e na secção I refere-se ao crime de estupro. O art. 219 da mesma secção refere-se à idade da mulher virgem menor de 17 anos. Portanto, qualquer ato que culminasse contra a segurança da norma era tido como um ato gravoso ao ordenamento jurídico brasileiro.

Assim como se pode olvidar, a redução da idade de 25 para 17 anos foi um grande avanço para a modernização daquela época, desta feita o legislador reconhecia o amadurecimento da mulher em relação aos assuntos sexuais.

Em 15 de novembro de 1889 foi proclamada a República e com ela instaurou-se uma nova ordem jurídica-política no país foi encomendada a preparação de um novo código penal, assim rompia-se o trato colonialista e imperial.

O Código Penal (CP) nos anos de 1890 na legislação brasileira previa em seu artigo 172 a expressão “presunção de violência” quando era cometida contra vítimas menores de 16 anos de idade: “art. 172: Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa ofendida for menor de 16 anos” (PIERANGELLI, 2001, p.303).

Porém, o referido código não foi bem recepcionado à época, agravado por várias críticas, dentre os argumentos apresentados estavam os graves defeitos técnicos por não acompanhar o desenvolvimento e a ciência de seu tempo e, deste modo prontamente foi substituído.

Assim, durante o Estado Novo getulista em 1937, Alcântara Machado apresentou um projeto do Código Penal Brasileiro. Em 1940 foi sancionado por um decreto, em seu art. 224 que dispunha o novo Código a expressão “presunção de violência”. Porém, a reforma veio na idade da vítima na alínea “a” fazendo referência que a vítima da violência sofrida seria aquela que não fosse maior de quatorze anos de idade.

Segundo Araújo e Coelho (2012, p. 40) “o fundamento da ficção legal de violência, no caso das crianças e adolescentes, é a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais”.

À época da promulgação do novo Código Penal presumia que vítimas com idade não superior a 14 anos não continham capacidade ética para entender o caráter sexual ou não tinham capacidade de demonstrar manifestação de vontade por estar em desenvolvimento físico, psíquico e moral. Pela ausência de maturidade era presumida tal violência.

Assim, o art. 224 do CP encontrou respaldo na Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, §4 que declarou os direitos e deveres das crianças e dos adolescentes, merecendo proteção integral por parte da família, Estado e sociedade.

Art.227- É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar á criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito á vida, á saúde, á alimentação, á educação, ao lazer á profissionalização, á cultura, á dignidade, ao respeito, á liberdade, á convivência social e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligencia, exploração, violência, crueldade e opressão.

Parágrafo 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. (BRASIL, 1988).

Em 1990 foi criada a lei 8.069/90 que deu origem ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que dispõe em seu texto sobre a proteção integral em face do infante-juvenil, protegendo-os do direito à liberdade, ao respeito e a dignidade, entre várias outras disposições.

A proteção integral garantida pela CR/88 e mais tarde pelo ECA, já tinha sido debatida em 1924 na Declaração de Genebra e em 1948 na Declaração Universal de Direitos Humanos, e só introduzida anos mais tarde.

A partir da década de 1980 juristas e doutrinadores começaram a questionar se tal presunção deveria ser entendida como relativa e não mais absoluta, porque a sociedade no final do século XX e início do século XXI já havia experimentado mudanças sociais, culturais e, aqueles com idade de quatorze anos não mais mereciam a mesma proteção daqueles que viveram na época de 1940.

O projeto de lei do ano 1940 que reduzia a idade da vítima de dezesseis para quatorze anos apresentava como fundamento que o direito acompanharia às tendências da modernidade, a precocidade no conhecimento sobre os fatos sexuais. O próprio legislador infraconstitucional menciona que a sociedade não pode ser hipócrita ao querer se abster da nova realidade social que estavam vivenciando.

Desta forma, nos crimes contra os costumes, o legislador criou uma responsabilidade objetiva, ao tachar as hipóteses de violência presumida. Assim, o art. 224 tinha como o núcleo do tipo a presunção de violência:

Art. 224: Presume-se a violência se a vítima:

- a) não é maior de quatorze anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. (BRASIL, 1940).

Por este norte, vários doutrinadores renomados à época começaram a questionar-se sobre a natureza de tal presunção que era remetido ao patamar etário, pois nem sempre a ordem cronológica irá condizer com a realidade social de cada pessoa, pois há fatores determinantes para comportamentos de cada indivíduo diante da sociedade, fatores estes étnicos, mesológicos, sociais e etc.

O próprio STJ julgou pela inconstitucionalidade da presunção objetiva sob o argumento que não é tolerável aceitar a responsabilidade penal objetiva, e sim subjetiva no cenário penal:

EMENTA: RESP - PENAL - ESTUPRO - PRESUNÇÃO DE VIOLENCIA. O direito penal moderno é direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinqüente, deve ajustar-se a conduta delituosa. Conduta e fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O direito penal da culpa é inconciliável com presunções de fato, que se recrudescem a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem, corolário do imperativo da justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e princípio da personalidade (sentido atual da doutrina) a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. (Sexta Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Resp 46.424, D.J.U. 08.08.1994).

Assim, tal norma passou a ser considerada como uma insegurança jurídica a partir dos anos 1980, quando começaram a arguir sobre a validade da natureza absoluta e objetiva da norma. Muitos juristas de primeiro grau e até o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) começaram a proferir decisões que rejeitam a inconstitucionalidade das presunções, ora os aceitando como absolutas, ora as concebendo como relativas ao caso concreto.

Doutrinadores mais conservadores, como o Greco defende a natureza absoluta da presunção de violência, pois para ele não existe dado mais favorável do que a própria idade, até porque, não é só tal artigo em análise que usa a idade como um dado objetivo, mas, o próprio Código Penal o relaciona para aumentar ou diminuir a pena. Afirma, assim, que:

Sempre defendemos a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois, para nós, não existe dado mais objetivo do que a idade. Em

inúmeras passagens o Código Penal se vale tanto da idade da vítima, quanto do próprio agente, seja para aumentar a pena, a exemplo do que ocorre com o art. 61, II, h, quando o crime é praticado contra pessoa mais de 60 (sessenta) anos, seja para levar a efeito algum cálculo diferenciado, onde os prazos são reduzidos pela metade quando o agente ao tempo do crime, era menor de 21 (vinte e um) anos, ou maior de 70 (setenta), na data da sentença, conforme determina o art. 115 do Código Penal etc. (GRECO, 2012, p. 531-532).

Greco (2012, p.532) cita em sua obra que:

o que se esquecia, infelizmente, era que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger crianças e adolescente e punir aqueles que, estupidamente, deixam aflorar sua libido contra esses menores ainda em fase de desenvolvimento.

Desta feita, o mesmo não compreendia as decisões dos tribunais que questionavam a natureza objetiva deste crime.

Para Pierangeli (2001, p.80) a capacidade para consentir advém junto com a idade para a responsabilidade da vida social, seja ela no âmbito civil e criminal, aos dezoito anos de idade:

Sobre a capacidade para consentir, Pierangeli ensina que nossa lei penal, no que tange a delitos contra os costumes, delimita a idade mínima para o consentimento nos 14 anos completos, conforme a previsão do Código Penal. Tal elemento seria unicamente uma interpretação da letra fria da lei penal. Assim, da forma que seja, dado o estado da indiferença ou ausência de consentimento válido, assimila-se à falta de consentimento válido, assimila-se à falta de consentimento, justificando uma presunção de violência. Entretanto, na opinião do autor, o critério válido para o consentimento somente advém junto com a idade estabelecida para a imputabilidade penal, ou seja, 18 anos, e somente àquele que pode arcar penalmente com a responsabilidade de seus atos. Para poder consentir validamente seria necessário à pessoa adquirir o *status* de penalmente impotável.

Por esta razão o limite etário determinava a presunção de violência atribuindo uma violência ficta ou indutiva. Desta feita, de acordo com a natureza absoluta do art. 224, “a” do CPP, a corte mineira manifestava:

TJ-MG - 102230208851070011 MG 1.0223.02.088510-7/001(1) (TJ-MG)  
Data de publicação: 06/12/2005  
Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. PRINCÍPIO NÃO ADOTADO PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. IRRELEVÂNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL SER PRESIDIDA POR UM MAGISTRADO E A SENTENÇA SER PROFERIDA POR OUTRO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. O Código de Processo Penal não adota o princípio da identidade física do Juiz, motivo pelo qual não há nulidade se a sentença é proferida por Magistrada que não presidiu a instrução processual. ESTUPRO. PROVAS CONTUNDENTES DA

AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. VIOLÊNCIA FICTA. CONSENTIMENTO DA OFENDIDA QUANTO ÀS PRÁTICAS SEXUAIS. PRETENSÃO DE ""RELATIVIZAÇÃO"" DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA DECORRENTE DO ART.224, ALÍNEA A, CP. CRIME COMETIDO POR ADULTO CONTRA ADOLESCENTE DE 12 ANOS DE IDADE. VÍTIMA DEFLODADA E DESPROVIDA DE MATURIDADE E AUTODETERMINAÇÃO EM TEMA DE SEXUALIDADE. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. Impõe-se a condenação do agente nas sanções do art. 213 c/c 224 , a, do Código Penal , quando a autoria e a materialidade são demonstradas pelo auto de corpo de delito, pela palavra da vítima, ainda que seja menor de 14 (quatorze) anos, e por outros indícios veementes, inclusive a confissão do agente. A proibição contida na norma do art. 224 , a, do Código Penal é a de que não se pratique a conjunção carnal com crianças ou com adolescentes não maiores de 14 (quatorze) anos de idade. Embora a presunção de violência prevista em tal norma não seja absoluta, conforme Súmula nº 63 do TJMG, o consentimento da vítima não pode, simplesmente, significar fator de descaracterização do estupro, quando a vítima, de 12 (doze) anos de idade, não dispõe de capacidade de compreensão, discernimento e autodeterminação no terreno da sexualidade. (JUSBRASIL, 2005).

Assim, para os juízes que julgam consoante o mandamento normativo da lei, mesmo o assentimento da vítima para a relação conjugal restará evidenciado a “presunção de violência”, pois não há consentimento válido, não é capaz de analisar o caráter torpe do ato sexual por sua *inocentia consilli*, desta feita, aquele que violasse um ato contra o bem jurídico tutelado, deveria responder por seus atos.

Por outro norte, desde então já se observava a existência de decisões proferidas sobre o mesmo tema pela corte mineira e outros Tribunais em sentido contrário, caracterizando tais julgados como relativa a presunção de violência nas hipóteses de vítimas menores de 14 anos. Vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO POR CRIME DE ESTUPRO (ART. 213 DO CP)- VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS: VIOLÊNCIA PRESUMIDA (ART. 224, 'A', DO CP)- PRESUNÇÃO RELATIVA - PROVA EXUBERANTE DA PARTICIPAÇÃO E ADESÃO DA PRETENSÃO VÍTIMA À CONJUNÇÃO CARNAL - COABITAÇÃO E INTENÇÃO DE CONSTITUIR MATRIMÔNIO - INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO À LIBERDADE SEXUAL DA VÍTIMA NO CASO CONCRETO - DELITO NÃO CARACTERIZADO - ABSOLVIÇÃO COMO MEDIDA QUE SE IMPÕE - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS - SÚMULA CRIMINAL Nº 63 DO TJMG. O legislador ordinário criou uma "presunção ficta de violência", que, na verdade, precisa ser aquilatada a cada caso concreto, sob pena de se transformar o Julgador num mero e automático aplicador de regras legais divorciado de qualquer ideal de justiça. Assim, se as relações sexuais havidas entre réu e vítima advieram do desenvolvimento natural do relacionamento que mantinham, culminando em coabitação e até mesmo em intenção de casamento, tem-se que elidida a presunção de violência e desconfigurada, pois, a figura típica do crime de estupro. Recurso provido e réu absolvido. (Apelação Criminal nº 1.0009.04.002084-

5/001, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Águas Formosas, Rel. Sérgio Braga. j. 22.02.2005, unânime, Publ. 01.03.2005). (JUSBRASIL, 2005).

APELAÇÃO. ESTUPRO. MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. A aquiescência da ofendida para a realização da relação sexual e a ausência de inocência absoluta e ingenuidade, afastam a figura descrita no artigo 224, alínea 'a', do Código Penal. No crime de estupro a presunção de violência, descrita no artigo 224, alínea 'a', do Código Penal, é relativa, quando a ofendida consente ou adere para a realização da relação sexual, constituindo um verdadeiro contra-senso entender que a mesma sofreu violência. Para a caracterização do crime de estupro com presunção de violência, não basta que a ofendida seja menor de 14 anos de idade, é necessário que ela se mostre ingênua, inocente, recatada e, absolutamente desinformada a respeito de sexo, a ponto de não poder autodeterminar se diante do fato. Ausentes tais requisitos, há atipicidade. Apelação provida (JUSBRASIL, 2005).

TJ-DF - APR APR 96737220058070001 DF 0009673-72.2005.807.0001 (TJ-DF)

Data de publicação: 20/05/2009

Ementa: PENAL. ART. 214 E ART. 224 ALÍNEA A DO CÓDIGO PENAL . ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA RELATIVA. AUSÊNCIA DE ELEMENTO DO TIPO PENAL. CONDUTA ATÍPICA. ART. 386 INC. III DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL . RECURSO PROVIDO. MAIORIA. 1. A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA VÊM SE POSICIONANDO NO SENTIDO DE QUE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL NÃO É ABSOLUTA. DEVEM SER CONSIDERADAS AS CARACTERÍSTICAS DAS PARTES, O DECORRER DOS ACONTECIMENTOS, BEM COMO O CONTEXTO SOCIAL EM QUE ESTÁ INSERIDA A VÍTIMA. 2. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA SE O MENOR DE 14 ANOS TINHA DISCERNIMENTO QUANTO AOS ATOS QUE PRATICOU COM A ACUSADA. 3. O CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONSISTE EM "CONSTRANGER ALGUÉM, MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, A PRATICAR OU PERMITIR QUE COM ELE SE PRATIQUE ATÓ LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL" (GRIFOS NOSSOS). AFASTADA A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA, A CONDUTA DA APELANTE É ATÍPICA INCIDINDO O ART. 386 , INC. III , DO CPP . 4. RECURSO PROVIDO. MAIORIA. (JUSBRASIL, 2009).

Assim, mesmo antes da alteração do tipo penal referente ao estupro de vulnerável, não só doutrinadores, mas juristas compreendiam que deveria haver a relativização conforme o caso concreto, cedendo sempre que possível com a comprovação da inexistência de violação ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora.

Seguindo esta linha, os Ministros Vasco Della Giustina e Adilson Vieira Macabu (2012, p.545-546) defendem a relativização quando a própria realidade afasta o injusto da conduta auferida pelo acusado:



[...] não é admissível preconizar a idéia de presunção absoluta de violência no exercício da sexualidade com adolescentes menores de 14 anos quando a própria realidade afasta o injusto da conduta do acusado. Nesse sentido, destacou-se a necessidade do Direito Penal amoldar-se às mudanças sociais, notadamente no campo sexual, haja vista as diferenças na educação e desenvolvimento dos jovens, o que já fora apontado inclusive por Nélson Hungria na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, ao tratar da ficção legal de violência no caso de adolescentes. De outro lado, observou-se a imprescindibilidade de exame no ordenamento jurídico como um todo, de modo a compatibilizar o Código Penal com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que diferencia crianças e adolescente responsabilizando estes últimos pela prática de atos infracionais, com aplicação de medida socioeducativa.

Verifica-se, portanto, que tal artigo estava criando uma instabilidade jurídica por estar sempre em divergência quanto à “presunção de violência”, sendo certo que muitos doutrinadores e juízes não acompanhavam o comando normativo, o que motivou o legislador a criar o projeto de lei 12.015/2009, que encerraria de vez tal instabilidade.

Desta feita o art. 224 “a” foi revogado, cedendo lugar ao novo art. 217 “A”. Porém, vale ressaltar que não houve a chamada *abolitio criminis* das figuras penais do estupro e atentado violento ao pudor e, sim a junção dos mesmos em um mesmo artigo. Nesta esteira, na linha do STJ:

**[...] ao contrário do que alega o agravante, não ocorreu a *abolitio criminis* do art. 224 do Código Penal, que tratava de violência presumida. Na verdade, nos termos do art. 7 da lei nº 12.015/2009, o mencionado artigo foi revogado, porque o estupro e o atentado violento ao pudor, praticados mediante violência presumida, configuram, hodiernamente, o crime do art. 217-A do Código Penal, o denominado estupro de vulnerável. (MASSON, 2012, p. 53, grifo nosso).**

A nova Lei 12.015 de 2009 trouxe mudanças significativas no cenário jurídico: em primeiro plano, modificando o título que antes era tratado como crimes contra os costumes, agora, intitulado como crimes contra a dignidade sexual. Outra importante modificação foi à alteração do capítulo II, que passou a ser denominado como “Dos crimes contra vulnerável”. A lei também implementou o art. 217 “A” do CPB, revogando o então art. 224 “a” do CPB, que estabelecia aumento de pena na hipótese de delito de estupro praticado contra menor de 14 anos.

A referida alteração culminou na criação do art. 217 “A”, que acabara revogando o art. 224 “a”. Ali retirou-se o núcleo do tipo em discussão e assentou o termo “vulnerabilidade” consoante a ordem cronológica. Significa a partir de então que os menores de 14 anos são vulneráveis diante das práticas sexuais. O legislador ao criar esta norma almejou cercear a antiga discussão envolvendo a natureza do delito.

Por este norte, o anseio do legislador parecia ter logrado êxito; assim o termo “vulnerabilidade” foi conceituado por Jesus (2010, p. 160-161) da seguinte forma: “o que se entende por vítima vulnerável são os menores de 14 anos [...] consideram-se vulnerável, por equiparação legal, aqueles que não possuem, por qualquer causa, capacidade de resistir”.

Deste modo, imaginava-se que os Tribunais não poderiam mais entender de outra forma a não ser pelo caráter absoluto e objetivo da norma jurídica.

Assim, veremos a seguir a justificação no projeto que culminou na lei 12.015/2009:

[...] o art. 217-A, que tipifica o estupro de vulneráveis, substituiu o atual regime de presunção de violência contra crianças ou adolescentes menores de 14 anos, previstos no art. 224 do Código Penal. Apesar de não poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. **O projeto de reforma do Código Penal, então, crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir 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 conjugação carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.** (GRECO, 2012, p.532, grifo nosso).

Quando o legislador mencionou que este novo projeto não entrará no mérito da violência, este salienta-se, que muitas vezes tal violência não é efetivada no âmbito físico, mas em âmbito da moral, psicológico em face das crianças e adolescente, que estão em fase de desenvolvimento biopsicossexual, não possuindo maturidade e muito menos condições de oferecer resistência. Assim, a violência está embutida implicitamente.

Portanto, a determinação da idade foi uma eleição político-criminal, tratando da objetividade fática do crime, assegurando a liberdade sexual das vítimas por ela mencionadas. Desta feita:

Não seria razoável que, se não houvesse violência ou grave ameaça, o agente tivesse por exemplo, relacionado-se sexualmente com vítima menor de 14 (catorze) anos, respondesse pelo delito de estupro de vulnerável, com uma pena que varia entre 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, enquanto aquele que tivesse, v.g., se valido de emprego de violência ou grave ameaça, com a mesma finalidade, fosse responsabilizado pelo delito tipificado no art. 213 do Código Penal, com as penas variando entre um mínimo de 6 (seis) e um máximo de 10 (dez) anos.(GRECO, 2012, p.524).

Por esta razão, versando sob o bem jurídico protegido passa a ser a dignidade sexual ou desenvolvimento sexual de crianças e adolescentes, sendo um dever da família, Estado e sociedade.

A partir desta premissa, visando combater ainda mais os crimes sexuais, criou-se a Lei n. 12.650/2012, que também altera a contagem do prazo prescricional nos crimes contra dignidade sexual, tal contagem dar-se-à início quando a vítima completar 18 (dezoito) anos de idade, salvo se a ação penal tiver iniciado em data anterior. O objetivo da referida lei é contribuir para diminuir a impunidade entre os autores de crimes dessa natureza, atendendo assim ao comando supremo emanado do art. 227, §4º, da Constituição Federal, que preconiza a severa punição dos seus autores.

Essa lei foi intitulada de Joana Maranhão, que teve histórico de abusos sexuais do seu ex-treinador de natação aos nove anos de idade. Sabe-se, porém, que a denúncia só foi efetivada aos seus vinte anos de idade, em 2008, quando o crime já estava prescrito. Assim, a proposta do Legislativo é um grande avanço no combate aos crimes sexuais cometidos contra os infantes, que são sujeitos de pleno direito, garantindo-os uma política de prevenção e de amparo efetivo.

Desta feita, fica evidenciado a proposta pelo legislativo em assegurar total proteção para aqueles tidos como a parte mais vulnerável da sociedade, combatendo a violência sexual com uma reprimenda penal rigorosa que vai de uma pena de oito a quinze anos de reclusão na forma simples e, se do resultado ocasionar a morte da

vítima poderá chegar até trinta anos de reclusão. Tal instituto encontra-se no rol dos crimes hediondos.

### **3 ELEMENTOS DO TIPO PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO CONVENCIONADO “ESTUPRO DE VULNERÁVEL”**

A tutela penal visa proteger à liberdade sexual em sentido amplo das crianças e adolescentes, convalidando a dignidade da pessoa humana e assegurando sua vulnerabilidade para consentir de forma válida a prática de qualquer ato sexual.

Neste momento serão demonstrados os elementos para a configuração do delito que ficou convencionalizado de “estupro de vulnerável”, tais como a ação nuclear, o sujeito ativo e passivo, bem como os elementos subjetivos, como dar-se-á consumação e a tentativa, suas formas e a elevação deste crime para a lei de crimes hediondos.

#### **3.1 Ação Nuclear**

A conduta típica é caracterizada pela presença dos verbos “ter” conjugação carnal e “praticar” qualquer outro ato libidinoso contra menores de 14 anos de idade. Tais verbos remetem a ideia de ação para a prática da conjugação carnal ou outro ato libidinoso contra os menores defendidos pela lei. Acerca de cada uma das condutas típicas impõe-se uma breve conceituação:

- a) A conjugação carnal: consiste na cópula natural efetuada entre o homem e mulher, ou seja, é a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher.
- b) Ato libidinoso: é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo que se consubstancia em outra realização para a sua satisfação pessoal, sem ter que realizar a conjugação carnal, ou seja, são os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral, anal), masturbação e outros.

Assim, tanto a conjugação carnal quanto o ato libidinoso são classificados como crimes autônomos, pois abarcou todas as situações em uma só norma.

### **3.2 Sujeito Ativo**

Com relação ao sujeito ativo, a nova lei estabeleceu que o “ter conjugação carnal ou praticar qualquer ato libidinoso” são crimes autônomos. Todas as situações que encontravam em diferentes normas concentrou em uma só, assim sendo, tanto a pessoas de sexo masculino ou feminino podem ser sujeitos ativos do crime estupro de vulnerável, desde que maiores de 18 anos (delito comum).

### **3.3 Sujeito Passivo**

É pacificado hoje pela doutrina que tanto a pessoa do sexo masculino ou feminino podem ser sujeito passivo do crime em exame. E tais sujeitos passivos deverão estar na faixa etária estabelecido pela lei, qual seja, o menor de 14 anos de idade ou em estado de vulnerabilidade.

Ainda com relação ao sujeito passivo, verifica-se que o legislador incorreu em grave inequívoco. Em uma primeira análise, os menores de 14 anos estarão protegidos pelo art. 217 “A”, contendo uma reprimenda penal rigorosa. Na segunda análise, é possível observar que se o crime for praticado no 14º aniversário da vítima, não haveria mais a incidência do art. 217 “A”, podendo configurar assim, no caso concreto, a incidência do crime de estupro na forma simples, com emprego de violência o grave ameaça pelo art. 213 do CPB e, se houver o assentimento do(a) ofendido(a) para a prática da relação carnal ou qualquer ato libidinoso a ação será considerada como atípica, nesse ponto a lei irá beneficiar o agente, devendo retroagir para tentar alcançá-lo.

### **3.4 Elemento subjetivo do tipo**

O estupro de vulnerável somente é punível consubstanciado na vontade do agente, ou seja, no dolo. Para tal configuração, exige-se do sujeito ativo a total consciência da vulnerabilidade do sujeito passivo a submeter à prática das relações sexuais.

Caso contrário, restará comprovado o erro sobre elemento constitutivo do tipo penal, afastando o elemento subjetivo, e com isso, torna-se-à atípica a conduta perpetrada (art. 20, caput do CPB). Não admitindo a modalidade culposa.

### 3.4.1 Erro do Tipo

O erro quanto à identidade do (a) ofendido (a) é o que a doutrina chama de erro do tipo. Ocorre tal instituto “quando alguém não conhece, ao cometer o fato, uma circunstância que pertence ao tipo penal legal. Tai erro é o reverso do dolo do tipo: quem atua “não sabe o que faz”. (WELSEN<sup>1</sup>, 2003, apud GRECO, 2009, p.300).

Assim, tal erro afastará o anseio e a consciência do agente, excluindo-se o dolo. Porém, há situações que a punição dar-se-á a título de conduta culposa, se houver previsão legal.

[...] imagine-se a hipótese e que o agente, durante uma festa, conheça uma menina que apresentava ter mais de 18 anos, devido a sua compleição física, bem como pelo modo que se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas etc., quando, na verdade, ainda não havia completado 14 (quatorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um motel, onde com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, as provas existente nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico [...] (GRECO, 2012, p.534-535).

Nessa mesma esteira de raciocínio, a jurisprudência tem proferido sentenças absolutórias quando é constatada a boa-fé do agente diante da compleição distorcida pela vítima no caso concreto:

TJ-RJ - APELAÇÃO APL 01347135020138190001 RJ 0134713-50.2013.8.19.0001 (TJ-RJ)  
Data de publicação: 07/11/2014  
APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ARTIGO 217-A, DO CÓDIGO PENAL. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. ALEGAÇÃO DE ERRO DE TIPO. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. COMPLEIÇÃO FÍSICA. DESCONHECIMENTO ACERCA DA IDADE DA

---

1 WELSEN, Johanés. Derecho Penal. Parte gerenal.,2003, p.129.

**VÍTIMA. VEROSSIMILHANÇA DA VERSÃO DO RÉU. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.**

O delito de estupro de vulnerável se configura com a prática de qualquer ato libidinoso, com criança ou adolescente menor de 14 anos, sendo irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima nessas hipóteses. Do erro de tipo. Entende-se por erro de tipo aquele que recai sobre as elementares, circunstâncias ou qualquer dado que se agregue a determinada figura típica. Assim, quando o agente tem uma falsa representação da realidade, em relação às circunstâncias que pertencem ao tipo penal, falta-lhe, na verdade, a consciência de que pratica uma infração e, dessa forma, resta afastado o dolo. In casu, há ocorrência do erro de tipo, o qual pode incidir sobre a idade da vítima. Não se revela inverossímil a versão do réu, segundo a qual, quando apresentado para a vítima, no início do relacionamento, esta lhe disse ter 14 anos. A infante sempre andava acompanhada por sua tia, adolescente de 16 anos, que em seu depoimento em juízo declarou que ambas se vestiam de forma parecida. Demais disso, no dia dos fatos, ambas foram até a casa em que se encontrava o réu e o namorado da tia, onde cada casal manteve relacionamento íntimo. Em nosso ordenamento jurídico nenhum princípio é absoluto. Não se pode encarcerar pessoa que tem relacionamento sexual com outra, a qual não só aparenta idade superior, como também se comporta e se veste como tal. A boa-fé do réu se comprova quando declara que já se relacionava há um mês com a vítima, que esta lhe procurou na casa em que estava, no dia dos fatos, que voluntariamente interrompeu o coito e disse para a vítima se vestir quando esta se queixou de dores, durante a relação. Precedente do STJ. RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO, PARA ABSOLVER O RÉU, NOS TERMOS DO ART. 386, III, DO CPP. (JUSBRASIL, MINAS GERAIS, 2014).

Diante do estudo pela jurisprudência que absolveu o réu por constatar o erro quanto a um dos elementos integrantes do erro do tipo, fica evidenciado que nenhum princípio é absoluto e que em certas condições em que o menor se encontrar, restará afastada a responsabilidade do sujeito ativo, tornando uma ação atípica, que pela norma em vigor, não existe previsão da conduta culposa.

### **3.5 Consumação e Tentativa**

A consumação restará configurada com a realização do ato libidinoso ou da cópula carnal, mesmo que de forma parcial ou total do ato libidinoso objetivado pelo sujeito ativo. Caso o agente transmita à vítima doenças sexualmente transmissível que saiba ou deveria saber ser portador, aplicar-se-á um aumento de pena, de um sexto até a metade previsto no artigo 234 “a”, IV do CPB.

É admissível o instituto da tentativa, uma vez que ao desenvolver o agente os atos para restar configurado a modalidade do instituto em comento, quais sejam, o ter



conjugação carnal ou praticar qualquer ato libidinoso não o efetuar por circunstâncias alheias a sua vontade, restará configurado o instituto da tentativa.

### 3.6 Formas Qualificadas

Os parágrafos 2º e 3º do art. 217 “a” preveem a figuras qualificadas pelo resultado. Assim sendo, restará configurado o delito de estupro de vulnerável se da conduta resultar lesão corporal de natureza grave ou se da conduta resulta morte.

A lesão corporal grave encontram-se definidas no art. 129, parágrafos 1º e 2º, a saber: a) incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; b) perigo de vida; c) debilidade permanente de membro, sentido ou função; d) aceleração de parto; e) incapacidade permanente para o trabalho; f) enfermidade incurável; g) perda ou inutilização do membro, sentido ou função; h) deformidade permanente; i) aborto. Se desses comportamentos descritos no caput ou no parágrafo 1º resultar morte, a sanção será de doze a trinta anos de reclusão. (SARAIVA, 2015).

Há também a incidência de um instituto penal chamado de preterdoloso, também chamado de crime híbrido, previsto no art. 19 do CP, em que há dolo no antecedente e culpa no consequente.

#### 3.6.1 Causas de aumento de pena

Será aplicada a causa de aumento de pena se do estupro de vulnerável acarretar às seguintes hipóteses elencadas dos artigos 226 e 234 “a” do CPB. Assim vejamos: a) aumento de quarta parte, quando o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas; b) aumento de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre o infante; c) aumento de metade, se do crime resulta gravidez; d) aumento de um sexto até a metade, se o

agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. (SARAIVA, 2015)

### **3.7 Pena e Ação Penal**

A pena prevista para o delito do Estupro de Vulnerável é de oito a quinze anos, de reclusão. Note-se que o piso inicial é superior ao crime de homicídio doloso. Neste caso a pena deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Se da conduta resultar lesão corporal de natureza grave, a pena será de dez a vinte anos de reclusão. Agora, se da prática sexual resultar a morte, a pena será acrescida de doze a trinta anos, de reclusão.

A ação penal dada pela nova lei 12.015/09, tomando por base o art. 225 parágrafo único do CPB, será pública e incondicionada e ocorrerá em segredo de justiça, tendo em vista o caráter da vulnerabilidade pelo qual se encontra o infante.

### **3.8 Lei de Crimes hediondos**

A pena elevada pela nova lei constitui crime de elevado potencial ofensivo, desta feita, tal crime, encontra-se no rol de lei de crimes hediondos. Vale ressaltar que todas as suas formas, sejam elas, simples ou qualificadas, foram incluídas no rol de crimes hediondos, art. 1º, VI, da lei 8.072/90.

Em razão disso, a pena será cumprida inicialmente em regime fechado. A progressão, que, em crimes comuns, se dá após um sexto do cumprimento da pena, no estupro de vulnerável ocorrerá após dois quintos, se primário o condenado, ou três quintos, se reincidente. O prazo da prisão temporária salta de cinco dias, dos crimes comuns, para trinta dias.

Para a concessão de livramento condicional, o prazo também é diferenciado: o condenado deve cumprir mais de dois terços da pena, desde que não seja reincidente específico em crimes hediondos ou equiparados. Ademais, são vedados a anistia, graça, indulto e fiança. (art. 2º, I e II lei 8.072/1990 e art. 5º, XLIII, CR/88).

Pela alta complexidade deste crime incompatível com os benefícios aplicado pelos juizados especial, lei 9.099/95.

### **3.9 Classificação Doutrinária**

O art. 217 “A” segundo MASSON (2012, p.64-65) é classificado como:

O estupro de vulnerável é crime simples (ofende um único bem jurídico); comum (pode ser praticado por qualquer pessoa), embora seja próprio na modalidade “constranger alguém a ter conjugação carnal”, pois nesse caso exige a relação heterossexual; material ou causal (consuma-se com a prática da conjugação carnal ou de outro ato libidinoso); de forma livre (admite qualquer meio de execução); instantâneo (a consumação ocorre em um momento determinado, sem continuidade no tempo); em regra comissivo, unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual (pode ser cometido por uma única pessoa, mas admite o concurso); e normalmente plurissubsistente (a conduta pode ser fracionada em diversos atos).

Portanto, o estupro de vulnerável é um crime simples, comum, material ou causal, de forma livre, instantâneo, em regra comissivo, unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual e plurissubsistente.

### **3.10 Crime de Pedofilia**

Para muitos doutrinadores, em especial para Greco (2012, p.542), o crime previsto no art. 217 “A” é facilmente amoldado como um crime de pedofilia, mesmo que o próprio código não tenha introduzido tal expressão. Porém, o comportamento daqueles que mantêm relação sexual com menores de 14 anos, facilmente pode se amoldar a tal conceito que será demonstrado abaixo:

[...] perversão sexual que se apresenta pela predileção erótica por crianças, indo desde os atos obscenos até a prática de manifestação libidinoso, denotando graves comprometimentos psíquicos e morais dos seus autores.

É mais comum entre indivíduos do sexo masculino com graves problemas de relacionamento sexual, na maioria das vezes por serem portadores de complexo ou sentimento de inferioridade. São quase sempre portadores de

personalidade tímida, que se sentem impotentes e incapazes de obter satisfação sexual com mulheres adultas. Geralmente, são portadores de distúrbios emocionais que dificultam um relacionamento sexual normal. Há até os que se aproveitam da condição de membros ou participantes de entidades respeitáveis que tratam de problemas de menores.

Quando em indivíduos de baixa renda, estes distúrbios quase sempre vêm acompanhados do uso de bebidas alcoólicas e, em muitos casos são de contatos incestuosos envolvendo filhos, enteados ou parentes próximos. Na maioria dos casos, a criança é ameaçada, submetendo-se a estes atos, temendo represália do adulto. [...]².

A pedofilia pode ser praticada por pessoas tanto do sexo masculino quanto feminino. Nos tempos atuais, há uma crescente onda de crimes praticados contra estes infantes, por isso, ultimamente o mundo tem convergido para identificar e combater esses pedófilos que se apossam principalmente da internet para atrair tais vítimas.

Infelizmente há muitos casos em que a vítima abalada psicologicamente com o trauma sofrido, ou por estar sendo coagida, se cala diante do amedrontamento, ficando difícil a percepção de constatar se aquele impúbere está sendo vítima de abuso sexual.

Assim especialistas no assunto usam toda uma técnica para tentar descobrir se o menor vem sofrendo abusos. Assim, Schelb (2008) aponta algumas técnicas como: indicadores físicos da criança e do adolescente, os seus comportamentos e comportamentos da família (quando conveniente ou autora da violência).

a) Indicadores físicos da criança e do adolescente:

Infecções urinárias.

Dor ou inchaço na área genital ou anal.

Lesão ou sangramento genital ou anal.

Secreções vaginais ou penianas.

Doenças sexualmente transmissíveis.

Dificuldade de caminhar ou sentar.

Falta de controle ao urinar (incontinência urinária).

Enfermidade psicossomáticas (doenças de pele ou digestivas etc.)

b) Comportamento da Criança e do Adolescente

Comportamento sexual inadequado para a idade ou brincadeiras sexuais agressivas.

Palavras de conotação sexual incompatível com a idade.

Falta de confiança em adultos.

Fugas de casa.

Alegações de abuso.

Idéias e tentativas de suicídio.

---

2 FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina legal. 2012, p. 234.

Autoflagelação (o jovem fere o próprio corpo).  
Terror noturno (sono agitado em que a criança acorda com medo, no meio da noite, normalmente chorando ou gritando).

c) Comportamento da família (quando conivente ou autora da violência)  
Oculta frequentemente o abuso.  
É muito possessiva, negando à criança contatos sociais normais.  
Acusa a criança de promiscuidade, sedução sexual e atividade sexual fora de casa.

Afirma que o contato sexual é uma forma de amor familiar (GRECO, 2012)<sup>3</sup>.

Portanto, para o autor estes três indicadores serão perceptíveis se a criança e o adolescente veem sofrendo abusos sexuais, pois eles terão alguns comportamentos descritos supra.

---

<sup>3</sup> SHELBY, Guilherme. Segredos da violência, p.19-20.

## **4 A POLÊMICA ENVOLVENDO A NATUREZA DO CRIME ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

O legislador ao criar o projeto de lei 12.015/09, subsumido que ficou convencionado como “estupro de vulnerável”, atribuiu como núcleo do tipo à expressão “vulnerabilidade”, que lhe é conferida às crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos. Assim, os vulneráveis para fins sexuais não apresentam discernimento para aceitar e compreender legalmente atos da vida sexual, por este modo, a escolha da natureza atrelada à figura da vulnerabilidade foi clara e objetiva, porém, surgiram discussões em torno do núcleo do tipo, havendo a relativização em algumas hipóteses em decorrência de questões ligadas à educação, aos costumes, ao estilo de vida levada pela juventude.

### **4.1 Defensores da natureza absoluta**

As condutas de pedofilia intensificaram nos últimos anos com a globalização, e a ferramenta mais eficaz é o uso da internet:

O mundo globalizado vive e presencia a atuação de pedófilos, que se valem de inúmeros e vis artifícios, a fim de praticarem algum ato sexual com crianças e adolescentes, não escapando de suas taras doentias até mesmo com os recém-nascidos. A internet tem sido utilizada como um meio para atrair essas vítimas para as garras desses verdadeiros psicopatas sexuais. Vidas são destruídas em troca de pequenos momentos de um prazer estúpido e imbecil. [...] A exploração sexual de crianças e adolescentes resume quatro formas de dominação das quais precisamos urgentemente nos libertar: a dominação de gênero, que ocorre quando os homens dominam as mulheres; a denominação étnica, que ocorre porque, via de regra, são meninas ribeirinhas, de origem indígena ou negra; a dominação social, quando há o pagamento para essas meninas, utilizando-se da condição de desigualdade social; e a dominação adultocêntrica, quando os adultos exploram crianças e adolescentes. (GRECO, 2012, p.534).

Assim, o critério cronológico estabelecido pela lei, ao fazer referência à idade da vítima, assume natureza objetiva, ou seja, o sujeito é ou não é vulnerável, não se

admitindo, assim, provas em contrário, não restando espaço para eventuais discussões em torno do núcleo do tipo na seara dos crimes sexuais.

Em consonância com o núcleo do tipo, há três importantes funções relevantes: a) Função de garantia (ou garantidora); b) função fundamentadora e c) função selecionadora de condutas. Vajamos uma breve explanações acerca de cada uma delas:

[...] exerce o tipo uma função de garantia, uma vez que o agente somente poderá ser penalmente responsabilizado se cometer umas das condutas proibidas ou deixar de praticar aquelas impostas pela lei penal. Aqui, ressalta-se a idéia de Von Liszt, quando dizia que o “Código Penal era a carta magna do delinqüente”. Isso porque é lícito fazer tudo aquilo que não for proibido pela lei penal. O tipo exerce essa função de garantia uma vez que temos o direito de, ao analisá-lo, saber o que nos é permitido fazer. Roxim assevera que “todo cidadão deve ter a possibilidade, antes de realizar um fato, de saber se sua ação é punível ou não (ROXIN *apud* GRECO, 2009, p.182)<sup>4</sup>.

E ainda:

Se por um lado, o tipo exerce essa função garantista, também é certo ao afirmar que o Estado, por intermédio do tipo penal. Fundamenta suas decisões, fazendo valer o seu *ius puniendi*. A relação entre essas funções do tipo – garantista e fundamentadora – é como se fosse duas faces de uma mesma moeda. Numas das faces está o tipo garantista, vedando qualquer responsabilização penal que não seja por ele expressamente prevista; na outra, a função fundamentadora por ele exercida, abrindo-se a possibilidade de exercitar o seu direito de punir sempre que o seu tipo penal for violado.

Além das funções de garantia e fundamentadora, podemos dizer também que ao tipo cabe outra, qual seja, a função de selecionar as condutas que deverão ser proibidas ou impostas pela lei penal, sob a ameaça de sanção. Nesse seleção de condutas feita por intermédio do tipo penal. O legislador, em atenção aos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, traz para o âmbito de proteção do Direito Penal somente aquelas bens de maior importância, deixando de lado as condutas consideradas socialmente adequadas ou que não atinjam bens de terceiros. Dessa forma, a seleção de condutas a serem proibidas ou impostas caberá ao tipo, verdadeiro instrumento do Direito Penal. (GRECO, 2009, p.182-183).

A escolha do tipo penal feito pelo legislador foi a do “tipo fechado”, ou seja, tipo de conduta que possui a completa descrição de um comportamento proibido em lei, fazendo com que tal comportamento atribua-se um caráter meramente objetivo. Em

---

4 ROXIN, Claus. Teoría del tipo penal, p.170

razão de não haver mais espaço para afastar tal natureza, não há que justificar o passado repleto de promiscuidade ou ao estilo de vida levado pelo infante.

Desta feita, quando há adequação de uma conduta praticada pelo agente que se amolda em uma norma em abstrato previsto por lei, estará diante de uma tipicidade formal. Assim, de acordo com o art. 217 “A”, o agente conhecendo a idade inferior da vítima, vir a praticar com esta conjugação carnal ou qualquer ato libidinoso, estará subsumido a uma norma previamente estabelecida, de acordo com o princípio da legalidade.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal:

[...] inicialmente, enfatizou-se que a lei 12.015/2009, dentre outras alterações, criou o delito de estupro de vulnerável, que se caracteriza pela prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos ou com pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento ou não possa oferecer resistência. Frisou-se que o novel diploma também revogara o art. 224 do CP, que cuidava das hipóteses de violência presumida, as quais passaram a constituir elementos do estupro de vulnerável, com pena mais severa, abandonando-se, desse modo, o sistema da presunção, sendo inserido tipo penal específico para tais situações. (BRASIL, 2009).

Consentimento de vítima menor de 14 anos não descaracteriza crime de estupro

Terça-feira, 16 de agosto de 2011

Por maioria de votos, os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) negaram Habeas Corpus (HC 97052), por meio do qual José Hélio Alves buscava a absolvição do crime de estupro de menor, alegando que a vítima teria consentido com o ato. Para os ministros, o consentimento da vítima menor de 14 anos, no caso, seria irrelevante e não descaracteriza o delito.

O crime ocorreu em Guarapuava, no Paraná, em 2005. José Hélio foi condenado pelo juiz de primeira instância a nove anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

A defesa pretendia que fosse restabelecida decisão do Tribunal de Justiça do Paraná que, ao analisar recurso da defesa, inocentou o réu com base no consentimento da vítima, menor de 14 anos, à prática de relações sexuais, afastando a presunção absoluta de violência. Para o advogado, a presunção da violência no caso seria relativa, em razão do consentimento da ofendida. Com isso, deveria ser descaracterizado o delito de estupro.

O Ministério Público Estadual recorreu ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que cassou a decisão do tribunal estadual, por entender que o consentimento da vítima menor de 14 anos seria irrelevante. Contra essa decisão, a defesa de José Hélio recorreu ao STF.

No julgamento desta terça-feira (16), em seu voto, o relator do caso, ministro Dias Toffoli, votou pela manutenção da decisão do STJ. De acordo com o ministro, para a configuração do estupro ou atentado violento ao pudor com violência presumida, previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal, combinado com o artigo 224-A do mesmo código, na redação



anterior à Lei 12.015, é irrelevante o consentimento da ofendida menor de 14 anos, ou mesmo sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência a que se refere a alínea "a" do artigo 224 do CP é de caráter absoluto.

O entendimento do relator foi acompanhado pelos ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. O ministro Marco Aurélio divergiu, citando precedente da Segunda Turma do STF. (JUSBRASIL, 2011)

Assim pacificou o entendimento o STJ, em recurso repetitivo julgado recentemente:

Recurso Especial. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (REsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010). 2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos. 3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu. 4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro - "beijos e abraços" - com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos. 5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. 6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal. 7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à

informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. 8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população. 9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: 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. (JUSBRASIL, 2015).

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1371163 DF 2013/0079677-4 (STJ)

Data de publicação: 25/06/2013

Ementa: enta~14~ RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP . ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. VIDA DISSOLUTA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL. PRECEDENTES. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido - que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade - subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima. 2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes. 3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu. 4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão a quo, com o restabelecimento do decisum condenatório de primeiro grau, nos termos do voto.(JUSBRASIL, 2013).

Para Greco (2012, p.532), defensor da natureza objetiva, não existe marco mais objetivo do que a idade. Vejamos a sua explicação:

[...] Em inúmeras passagens o Código Penal se vale tanto da idade da vítima, quanto do próprio agente, seja para aumentar a pena, a exemplo do que ocorre com o art. 61, II, h, quando o crime é praticado contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos, seja para levar a efeito algum cálculo diferenciado, como ocorre com a prescrição, onde os prazos são reduzidos pela metade quando o agente, ao tempo do crime, era menor de 21 (vinte e um) anos, ou maior de 70 (setenta), na data da sentença, conforme determina o art. 115 do Código Penal e etc.

Donna e Estrella apud Prado (2002, p.674) alegam que o consentimento da vítima para a prática dos atos sexuais não tem conotação jurídica alguma, pois a sua vulnerabilidade está atrelado ao critério cronológico sendo de cunho objetivo.

[...] É de se notar que, ao contrário do delito de estupro previsto no art. 213 do código penal, o dispositivo em análise não exige para sua configuração o manifesto dissenso da vítima expresso pela sua resistência à cópula carnal ou ao ato libidinoso, que somente é superada pelo uso da violência ou da grave ameaça. Aqui basta para o perfazimento do tipo a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (quatorze) anos. Assim, configura o delito em análise a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (quatorze) anos, ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois a lei ao adotar o critério cronológico acaba por presumir *iuris et de iure*, pela razão biológica da idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual. Daí negar-se existência válida a seu consentimento, não tendo ele nenhuma relevância jurídica para fins de tipificação do delito.<sup>5</sup>

Assim, observa-se a apelação julgado no tribunal mineiro sobre a natureza objetiva desse crime:

TJ-MG - Apelação Criminal APR 10144130014349001 MG (TJ-MG)  
Data de publicação: 24/04/2015  
APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRODE VULNERÁVEL - VÍTIMA QUE CONTAVA COM 13 ANOS DE IDADE À ÉPOCA DOS FATOS - CONSENTIMENTO DA OFENDIDA - IRRELEVÂNCIA - RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - INAPLICABILIDADE - REFORMA DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - MEDIDA QUE SE IMPÕE - CONDENAÇÃO - RECURSO PROVIDO. Não há falar-se em consentimento de uma menor de treze anos, visto que, com esta tenra idade, a violência de que trata o tipo penal em comento é presumida, ou seja, a aquiescência ou não da ofendida não é aferida para fins de aplicação da Lei Penal. O tão só fato de mobilizar-se a vítima a aderir às propostas do apelado não tem o condão de ilidir a conduta prevista no tipo penal. (JUSBRASIL, MINAS GERAIS, 2015).

<sup>5</sup> DONNA, Edgardo Alberto. Delitos contra la integridade sexual, p.67.  
ESTRELLA, Óscar Alberto. De los delitos sexuales, p.42-43.

Assim mesmo se a vítima vier a assentir a prática da conjugação carnal, não restará afastada a incidência da norma penal incriminadora.

Segundo o STF, que firmou entendimento pela natureza ser absoluta à prática descrita no art. 217-A do CP, se deve em primeiro lugar proteger a liberdade sexual de crianças e adolescente em sentido amplo; em segundo lugar se dá em decorrência de uma proteção jurídica à norma, para que assim a sociedade possa acreditar no poder judiciário. Para o STJ deve prevalecer o princípio da proteção integral e da proteção suficiente, ambos os princípios constitucionais. Assim, a legislação infraconstitucional deverá interpretar à norma sob a luz da Constituição, por ser uma norma superior.

#### **4.2 Defensores da natureza relativa**

Para outros, porém, a relativização da presunção de vulnerabilidade em situações excepcionais não estará desconsiderando a norma geral, estará dizendo que a exceção confirma à regra geral.

O que se preleciona sobre a natureza absoluta ou relativa, que ainda se mantém:

[...] 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. (NUCCI, 2009, p.37).

Assim, sempre que for possível afastar a vulnerabilidade no caso concreto, em virtude do grau de conscientização do menor para a prática sexual o deverá fazer, pois jamais a lei conseguirá modificar a realidade ou afastar princípios da intervenção mínima e ofensividade, princípios estes basilares do Código Penal.

Araújo e Coelho (2012, p.41) também defendem a relativização no caso concreto, advertem que a unificação das idades deve estar em conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente, já que tal norma é de 1990 e o projeto de lei em comento é de 2009. Assim:

[...] Afigura-se necessária a unificação das idades dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Penal. A proteção da dignidade sexual dos menores de 14 anos, de forma rígida, na maioria das vezes, tem se mostrado inócua, e muito mais adequado à realidade social brasileira é o marco etário previsto no ECA, de 12 anos, para a puberdade e o desenvolvimento do indivíduo. Assim, não apenas mostra-se cabível, como extremamente necessário, enxergar na figura da vulnerabilidade a possibilidade de reconhecimento da presunção relativa . Com isso, não se pretende criar oposição à proteção da dignidade sexual da criança, merecedora de ser considerada absolutamente no cenário dos crimes contra ela perpetrados, mas frisa-se que a proteção absoluta e a vulnerabilidade conferida àqueles tidos, em razão da idade, por adolescentes, olvidam os princípios da intervenção mínima e da ofensividade, pilares do direito penal. Há que ser tido por vulnerável e, portanto, merecedor da tutela penal, no campo dos delitos contra a dignidade sexual, aquele que realmente mostrar-se impossibilitado de externar o seu consentimento racional, seguro e pleno.

Nesse contexto, em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente comparado com o direito penal, há uma percepção um pouco equidistante em razão do caráter da vulnerabilidade introduzida no ordenamento jurídico.

O art. 217 “A” do CP ao impor o critério da faixa etária para a averiguação do caráter de vulnerabilidade desconsiderou o consentimento do menor, por tratar de pessoas em desenvolvimento em seu aspecto psíquico, físico e moral. Em relação com ECA percebe-se que em primeiro lugar houve uma distinção da faixa etária, considerando a criança até a faixa etária dos 12 anos incompletos e, adolescente da faixa etária dos 12 aos 18 anos de idade, sendo que, na sua principiologia, crianças e nem adolescentes cometem crime e sim ato infracional.

O adolescente para o ECA comete ato infracional, que dependendo da gravidade do cometimento do próprio ato infracional, (que pela lei 8.069/90 é uma conduta descrita como crime ou contravenção penal – art. 103) poderá sofrer cerceamento de sua liberdade, permanecendo internado pelo prazo máximo de três anos. Essa diferenciação é de suma importância, pois, percebe-se que o tratamento realizado para uma criança é diferenciado pelo adolescente, visto que a criança receberá

medida protetiva, visando o seu amadurecimento, já o adolescente por começar a possuir certa maturidade, responderá assim, por medida socioeducativa que tem natureza de pena, podendo assim, vir a sofrer uma advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço a comunidade, ter a sua liberdade assistida, regime de semiliberdade é por último como já falado ter a sua liberdade cerceada. Por esta razão, há uma dicotomia entre duas normas que tutelam o mesmo interesse.

Desta feita, Nucci afirma que deveria o legislador adotar uma teoria mista perpetrando uma comparação com o ECA. Assim, para as crianças prevaleceria a natureza objetiva, pois a mesma é vítima da própria família, estado e sociedade, porém, para os jovens deveria prevalecer a natureza subjetiva, pois se os mesmos já estão em fase de amadurecimento, podendo, inclusive, a vir a responder por seus atos infracionais, o deverá também assentir par a prática sexual.

Portanto, ao tratar o art. 217 “A” como uma norma de natureza absoluta, o operador do direito estaria restringido à uma interpretação meramente literal do referido tipo penal, pois delimitando a idade, o legislador contrapôs as noções de liberdade e intangibilidade sexual, impondo em quais condições a sexualidade poderá ser exercida sem a interferência do Estado na liberdade e da dignidade da pessoa humana. O que os tribunais têm deferido sobre o tema:

TJ-RS - Embargos Infringentes e de Nulidade EI 70057504359 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 07/05/2014

Ementa: EMBARGOS

INFRINGENTES. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO.

RELACIONAMENTO ENTRE RÉU E VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. Mostra-se possível a relativização da vulnerabilidade da vítima, que contava com 13 anos à data do fato e, desde o início, deixou evidente sua vontade e consentimento no que diz respeito à prática do fato descrito na denúncia. Ausência de coação ou violência que, somadas à manutenção de relacionamento entre réu e vítima durante toda a instrução do feito, não conduzem a conclusão condenatória. Diante das peculiaridades do caso concreto, a absolvição, portanto, é medida que se impõe. EMBARGOS ACOLHIDOS. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70057504359, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 28/03/2014). (JUSBRASIL, 2014).

TJ-PI - Apelação Criminal APR 00014762020108180043 PI  
201300010078172 (TJ-PI)

Data de publicação: 07/04/2014

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. GRAU DE DISCERNIMENTO DA VÍTIMA. CONSENTIMENTO PARA O ATO. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE, CONSIDERANDO AS PARTICULARIDADES DO CASO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA RELATIVA. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE VIOLÊNCIA REAL. CONDUTA ATÍPICA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Sobre os fatos, não há controvérsia: o apelado manteve relações sexuais consentidas com a vítima menor de 14 anos de idade. A discussão deve ser travada exclusivamente a respeito do Direito a ser aplicado frente ao caso concreto. Se a aplicação se der em mera forma de subsunção dos fatos à norma jurídica do art. 217-A do CP, a sentença condenatória deverá ser mantida. Porém, para fazer uma interpretação fundada nos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana e nos valores culturais internalizados (a tradição), é preciso se analisar toda a dinâmica dos fatos, personalidade e comportamento dos atores envolvidos na cena.

2. É incontroversa a ocorrência de relação sexual entre acusado e vítima. Ambos confirmaram o fato, relatando com detalhes e o auto de exame de conjunção carnal, às fls. 11, corrobora essa afirmativa. Não obstante a ocorrência de relação sexual entre o acusado (solteiro, 25 anos) e a vítima menor de catorze anos, no caso em análise, a questão cinge-se em saber se a vítima, conquanto menor de catorze anos, como previsto no tipo penal, deve ser considerada vulnerável.

3. Os depoimentos da vítima, na fase inquisitiva e em juízo, revelam, pois, que embora menor, a vítima tinha pleno conhecimento da diferença de idade entre ela e o apelado e consentiu na realização da relação sexual. O discernimento acerca dos fatos e a manifestação de vontade da menor restaram bem caracterizados, de forma que a vítima, indiscutivelmente, refutou em seu depoimento a prática de violência real.

4. As declarações prestadas pela mãe e pelo pai da vítima corroboram a ideia de que, embora escondido, existia um relacionamento afetivo e não apenas relações sexuais, entre o acusado e a vítima; que existiu uma anuência, mesmo que indireta, dos pais para com esse relacionamento; que existe o apoio dos pais caso se concretize a união do acusado e vítima, o que autoriza concluir que não existiu comportamento agressivo ou ameaçador por parte do acusado e nunca houve violência real para a prática de ato sexual, tendo ocorrido, inclusive, com o consentimento e vontade da vítima, uma vez que a mesma nutria um sentimento pelo acusado, sentimento este que aparentemente era recíproco.

5. Considerando que a vulnerabilidade deve ser aferida em cada caso, analisando as circunstâncias do fato e o comportamento dos envolvidos, não podendo se levar em conta apenas o critério etário, entendo que a vítima em questão não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos. Dessa forma, afasto a presunção de violência na espécie, o que é suficiente para desconstituir a tipicidade da conduta.

6. Pela análise das provas colhidas nos autos e das circunstâncias em ocorreram os fatos, sendo incontestável a existência de relacionamento afetivo e sexual entre acusado (25 anos) e vítima (menor de 14 anos),

bem como o discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento para a prática do ato, não vejo como considerar típica a conduta do acusado, não havendo que se falar na existência de crime previsto no art. 217-A do CP.

7. Apelo conhecido e provido para absolver o acusado da acusação pelo crime de estupro de vulnerável. (JUSBRASIL, 2014).

No sistema jurídico brasileiro é reconhecido que as jurisprudências são fontes direta e imediata de um direito justo, que são capazes de acompanhar as exigências de valores da sociedade, pois o direito nada mais é do que um fenômeno histórico-cultural, sendo aberto à realidade social, se a sociedade muda, o direito tem que adequar ao “mundo novo”. Tais decisões de segunda instância mostram a sensibilidade dos juizes perante a análise do caso concreto, não ficando os mesmos atrelados à literalidade da norma, confirmando o “princípio do livre convencimento do juiz”, pois como bem ressaltou, se a decisão for restrita à norma, não restaria dúvidas de que a condenação deveria ser mantida.

Se o Direito estiver que ser mecânico, ou seja, os juizes ficarem atrelados exclusivamente à literalidade da norma, estes serão apenas a “boca” que irão locucionar as palavras da lei.

A interpretação da norma deverá obedecer à realidade social contemporânea, devendo relativizar a vulnerabilidade em casos especiais quando comprovado o grau de amadurecimento do menor para a prática sexual e com a ausência de coação e grave ameaça. Ademais, em 1940, na exposição de motivos da parte especial do Código Penal, o legislador havia auferido uma idade mínima de 16 anos para a presunção de violência, minorando, assim, para 14 anos de idade, por entender que à época havia uma precocidade para entendimento e conhecimento dos atos sexuais:

O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que se corre se se presta à lascívia de outrem. (ARAÚJO e COELHO, 2012, p.40).



É de suma importância o intérprete adotar uma interpretação jurídica, observando caso a caso, analisando assim a conjuntura sócio-histórico-cultural pelo qual se deu a criação da norma e não adotar critério de moralidade em lado oposto com o direito.

O direito penal não pode ser dependente e estritamente ligado a moral. Aduz, entretanto, que também não se pode visualizar o conceito de direito e o conceito da moral, colocando-se ambos os componentes em lados opostos e autônomos. O verdadeiro método de direito penal não confunde a visão ontológica e deontológica no ordenamento jurídico, pois realiza a integração entre os fatos, os valores e as normas. (SCHIMDT *apud* SANTIAGO 2009, p.33-34)<sup>6</sup>.

Assim, pela concepção de Greco (2009) o juiz não é um mero executor da vontade do legislador ordinário, antes de tudo, este é o guardião da CR/88, devendo sempre optar pela CR/88 que é a fonte verdadeira, sob a pretensão do Legislador. Vejamos:

[...] a sujeição do juiz à lei já não é, como o velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que fosse o seu significado, senão sujeição à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com a Constituição. E no modelo Constitucional garantista a validade já não é um dogma associado à mera existência formal da lei, senão uma qualidade contingente da mesma ligada à coerência de seus significados com a Constituição, coerência mais ou menos opinável e sempre remetida à valoração do juiz. Disso se segue que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a lei mesma, que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de eleger os únicos significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais pelas mesmas. (FERRAJOLI *apud* GRECO, 2009, p.11-12)<sup>7</sup>.

Ao criar o capítulo II, estupro de vulnerável, o mesmo limitou o alcance da interpretação da norma, ferindo princípios basilares da constituição e do direito penal, como a presunção de violência, contraditório e ampla defesa, dentre outros. Nas palavras de Nucci e outros (2010, p.415):

[...] em cumprimento aos princípios norteadores do direito penal, não basta à comprovação da idade para a tipificação do crime de estupro de vulnerável, uma vez que o critério etário não é absoluto [...] caso se aplique ao art. 217-a uma interpretação meramente literal, poder-se-á chegar à absurda hipótese de se considerar como autor do crime de estupro um indivíduo de 18 anos que queira, por meio de casamento, constituir família com o menor de 14 anos que engravidou, ainda que haja o livre consentimento desta. Não se pode esquecer que o Código Civil, no art. 1.520, permite expressamente o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, em caso de gravidez.

---

6 SCHMIDT, Andrei Zenkner. O princípio da legalidade penal do Estado Democrático de Direito, 2000, p.33-34.

7 FERRAJOLI, Luigi. Derechos e garantias: la ley más débil, p.26.

Assim, o legislador ao conferir um caráter absoluto do conceito de vulnerabilidade, estará obstaculizando princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previsto pelo art. 5º, LV da CR/88, pois o agente não poderá produzir provas em contrário: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]”.

Ora, se o tipo da norma é classificado como fechado, o simples fato do agente praticar os fatos descritos na norma irá gerar automaticamente à sua culpabilidade, violando também, o princípio da inocência, estabelecido pela CR/88, no seu art. 5º, LVII “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Assim, tal princípio apresenta-se como escopo ao respeito ao estado de inocência, pelo qual, o acusado se encontrará durante todo o processo penal até a sentença transitado em julgado e, seu estado de inocência, só será transmudado com o arbitramento da sentença ao final, o considerando culpado. Direito este humano e fundamental à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

Desta feita, o próprio CP aplicou a teoria subjetiva prevista no art. 18, sob influências do século XX:

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (BRASIL, 1940).

No Direito Penal moderno a responsabilidade penal é subjetiva, dolo e culpa devem ser provados, sendo totalmente inadmissível a presunção de culpabilidade. Assim, é o entendimento das nossas altas cortes:

**Posição dominante do STF:** O sistema jurídico penal brasileiro não admite imputação por responsabilidade penal objetiva. (STF - Inq. 1.578-4-SP)

**Posição dominante do STJ:** [...] Inexiste em nosso sistema responsabilidade penal objetiva. (STJ HC 8.312-SP - 6a T 4.3.99 - p. 231).

Portanto, o principal propósito do instituto da culpabilidade é não motivar a culpabilidade antecipada do agente, ou seja, a não imputação da responsabilidade objetiva. Assim, o próprio CP e a doutrina pátria preveem o instituto do dolo e da culpa auferindo um princípio da responsabilidade penal subjetiva, pois é inerente a pessoa humana a sua defesa previsto no art. 5º, LV da CR/88.

Diante disso, é possível perceber que independente da modificação feita pela Lei 12.015 de 2009, o crime de estupro de vulnerável continuará instigando fortes debates, dada a existência de argumentos no sentido de que determinadas situações poderão implicar na descaracterização do crime de estupro, como, por exemplo, o próprio consentimento da vítima.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente estudo restou realizada uma reflexão acerca do alcance do conceito de vulnerabilidade retratado no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal (Estupro de vulnerável), criado pela Lei 12.015/09.

Durante a pesquisa, foi possível verificar que antes da alteração legislativa os crimes de estupro e atentado violento ao pudor (descritos em tipos penais diversos) quando praticados contra menores de 14 (quatorze) anos implicavam em presunção de violência, sendo a aludida presunção bastante debatida na seara jurisprudencial e doutrinária, as quais questionavam a sua natureza.

Porem, com o advento da Lei 12.015/09, o legislador objetivou fazer com que qualquer discussão nesse sentido fosse encerrada, pois o critério, agora, seria meramente cronológico. Assim, pela redação atual, se a vítima for menor de 14 (quatorze) anos, seja do sexo masculino ou feminino, ocorrerá o crime, pouco importando o seu histórico sexual ou mesmo o seu consentimento.

Entretanto, apesar de tal mudança, a polêmica está longe de ser soterrada, despertando a matéria debates tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Para os mais conservadores, como Greco, inexistente a possibilidade de relativização, já que para a caracterização do crime de estupro de vulnerável basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. Seguindo esta linha, argumenta que 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.

Entretanto, para os adeptos da teoria relativa, é possível a relativização do considerando de vulnerabilidade, a qual deve ser aferida em cada caso, sendo admitida, de forma excepcional, a não configuração do tipo penal nas hipóteses em que restar constatada a experiência sexual e o consentimento da vítima menor de 14

anos, não estando, desta forma, o operador do direito o operador do direito restringido à uma interpretação meramente literal do referido tipo penal.

Após a realização da pesquisa, foi possível constatar que apesar da preocupação do legislador em proteger a liberdade e dignidade sexual dos menores de 14 anos o crime que define o estupro de vulnerável não pode ser interpretado de forma literal, já que a referida vulnerabilidade pode ser relativizada quando as circunstâncias do caso concreto indicam que não houve violação (ou ameaça de lesão) ao bem jurídico tutelado, tal como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de consentimento e constatação de maturidade sexual pelo menor.

Aplicando a referida interpretação, o operador do direito irá realizar um justo juízo de adequação da norma ao caso concreto, se afastando de uma interpretação fria e neutra da lei, estando atento ao fato de que esta não poderá, jamais, modificar a realidade.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Rodrigo da Silva Perez e COELHO, Alexs Gonçalves. Estupro de vulnerável: uma interpretação do crime à luz do ECA. **Revista Jurídica Consulex**, ano XVI. n.º 368. 15 de maio de 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988. Vade Mecum. 5.ed. São Paulo: Saraiva.

BRASIL. **Código de Processo Penal**: decreto-lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Vade Mecum. 5.ed. São Paulo: Saraiva.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Lex**. Habeas corpus n.º 99.993 da 2ª Turma de São Paulo, informativo 569, nov. de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Apelação n.º 01347135020138190001. **Lex**. Rio de Janeiro, 2013.

BARROS, Francisco, 2010. **Carta Forense**. Vulnerabilidade nos novos delitos sexuais. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/vulnerabilidade-nos-novos-delitos-sexuais/5314>>. Acessado em: 02 nov. 2016

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 9.ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2012. v.3.

JESUS, Dámasio. E. de. **Direito penal**. Parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3.

JUSBRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Piauí. Apelação criminal. **Lex**. Disponível em: <<http://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293545338/apelacao-criminal-apr-14762020108180043-pi-201300010078172/inteiro-teor-293545405>>. Acessado em: 12 out. 2016.

JUSBRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n.º 102230208851070011. **Lex**. Minas Gerais, 2005. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5868558/102230208851070011-mg-1022302088510-7-001-1/inteiro-teor-12012910>>. Acessado em: 12 out. 2016.

JUSBRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n.º 0008041-45.2014.8.14.0051. **Lex**. Minas Gerais, 2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/80701615/djpa-25-11-2014-pg-797>>. Acessado em: 08 out. 2016.

JUSBRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal n.º 1000904002084500 da 1ª Câmara Criminal do TJMG, 2005. **Lex**. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/80701615/djpa-25-11-2014-pg-797>>. Acessado em: 10 out. 2016.

JUSBRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Apelação Criminal n.º 26022-2/213 da 1ª Câmara Criminal do TJGO, São Simão, mar de 2005. **Lex**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/80701615/djpa-25-11-2014-pg-797>>. Acessado em: 02 out. 2016.

JUSBRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal n.º.0134713-50.2013.8.19.0001. **Lex**. Disponível em: <<http://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293545338/apelacao-criminal-apr-14762020108180043-pi-201300010078172/inteiro-teor-293545405>>. Acessado em: 08 out. de 2016

JUSBRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes e de Nulidade n.º. 70057504359. **Lex**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/80701615/djpa-25-11-2014-pg-797>>. Acessado em 02 out. 2016

LOBO, Regina. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Presunção de violência no estupro de vulnerável: comentário à decisão da 3º Seção Criminal do STJ no EREsp 1.021.634, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. Comentário a lei 12.015/09.

NUCCI e outros, Guilherme de Souza. **Revista dos Tribunais**, ano 99. v.902. 2010.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**. Parte especial. v. 3. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.3

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2002. v.3.

SANTIAGO, Fernando do Nascimento. **Revista dos Tribunais**, ano 98. v.880. Fevereiro de 2009.

Supremo Tribunal Federal. Consentimento de vítima menor de 14 anos não descaracteriza crime de estupro. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=186686>>. Acessado em 02 out.2016

Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. nº. 73.662 – MG. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=HC+73662+MG>>. Acessado em: 02 out. 2012