



FACULDADE  
BAIANA DE  
DIREITO

**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**PRISCILA LOPES DE MACÊDO**

**ANÁLISE DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL: EXISTE  
VULNERABILIDADE RELATIVA?**

Salvador

2018

**PRISCILA LOPES DE MACÊDO**

**ANÁLISE DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL: EXISTE  
VULNERABILIDADE RELATIVA?**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade Baiana de Direito como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista.

Salvador  
2018

## RESUMO

O tema abordado tem como objetivo a análise do artigo 217-A, *caput*, do Código Penal Brasileiro. Visto que, o artigo em foco foi inserido para se adequar a uma nova visão do direito penal, o qual tem buscado se adaptar a sociedade contemporânea. Serão abordados os crimes sexuais de uma forma geral, com ênfase no estupro, como se apresentavam antes e depois da reforma, para mostrar a importância da proteção da liberdade e da dignidade sexual das pessoas, principalmente em se tratando do vulnerável. Sob esta ótica, buscar-se-á esclarecer os diversos significados do conceito de vulnerabilidade no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Penal, que inclusive, emprega mais de um sentido. Importante demonstrar a discussão que existia antes da Lei 12.015/09, entre doutrina e jurisprudência acerca do artigo 224 do Código Penal, já revogado, que tratava da presunção de violência. O foco da discussão era se esta seria absoluta ou relativa e se esse tema foi de fato esgotado com a criação do novo dispositivo penal ou apenas mudou de nome. Este trabalho demonstra um breve histórico do delito estupro e sua aplicação jurídica, desde a antiguidade até os dias atuais. Expõe o seu conceito e trata das elementares do tipo, bem como sujeitos e ação penal inerentes a esse delito. Analisa a violência como fator crucial ao crime de estupro (art. 213, CP) e a desnecessidade da mesma quando a vítima é vulnerável. Estuda os diversos pensamentos doutrinários e julgados para observar a possibilidade de aplicação da responsabilidade. Confronta os textos normativos, a produção doutrinária, jurisprudências e julgados, com ênfase ao indivíduo maior de doze e menor de quatorze anos, ensejando chegar a uma conclusão plausível em relação a possibilidade de relativização ou não, do conceito de vulnerabilidade do menor de 14 anos.

**PALAVRAS CHAVES:** Direito Penal – Estupro. Estupro de Vulnerável. Código Penal Art.217-A. Presunção de vulnerabilidade. Relativização da vulnerabilidade.

## **ABSTRACT**

The purpose of this topic is to analyze article 217-A, caput, of the Brazilian Penal Code. Given that the article in focus has been inserted to fit a new vision of criminal law, which has sought to adapt to contemporary society. Sexual crimes will be approached in a general way, with emphasis on rape, as they were presented before and after the reform, to show the importance of protecting the freedom and sexual dignity of people, especially when it comes to the vulnerable. From this perspective, it will be sought to clarify the different meanings of the concept of vulnerability in the Statute of the Child and Adolescent and in the Penal Code, which also includes more than one meaning. It is important to demonstrate the discussion that existed before Law 12.015 / 09, between doctrine and jurisprudence on article 224 of the Criminal Code, already repealed, dealing with the presumption of violence. The focus of the discussion was whether this would be absolute or relative and whether that topic was actually exhausted with the creation of the new penal device or just changed its name. This work demonstrates a brief history of rape and its legal application, from antiquity to the present day. It exposes its concept and treats the elementary type, as well as subjects and criminal action inherent in this crime. It analyzes violence as a crucial factor in the crime of rape (article 213, CP) and the need for it when the victim is vulnerable. He studies the various doctrinal thoughts and judgments to observe the possibility of applying responsibility. It confronts normative texts, doctrinal production, jurisprudence and judgments, with emphasis on individuals over twelve and under the age of fourteen, with the aim of reaching a plausible conclusion regarding the possibility of relativization or not, of the concept of vulnerability of the under 14.

**KEY WORDS:** Criminal Law - Rape. Rape of Vulnerable. Penal Code Art.217-A. Presumption of vulnerability. Relativization of vulnerability

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1. ESCORÇO HISTÓRICO DO CRIME DE ESTUPRO</b> .....	9
1.1 O Código Penal Brasileiro.....	9
1.2. Histórico do Estupro no Mundo.....	11
1.2.1 Legislação Mosaica e Código de Hamurabi.....	11
1.2.2 Direito Romano.....	11
1.2.3. Ordenações Filipinas.....	12
<b>2. PRINCÍPIOS</b> .....	13
2.1 Princípio Da Intervenção Mínima.....	13
2.2 Princípio Da Proporcionalidade.....	15
<b>3. AS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO PELA LEI 12.015/09</b> .....	16
3.1 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual.....	17
3.2 Violência Sexual.....	20
3.3. Pedofilia.....	21
3.4 Do Crime de Estupro.....	22
<b>4. DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL</b> .....	26
<b>4.1 Presunção de Violência</b> .....	28
4.2 Conceito de Vulnerável.....	31
4.3 Generalidades Do Estupro De Vulnerável.....	32
4.4 Objeto Material e Bem Jurídico Tutelado.....	32
4.5 Sujeito Ativo e Passivo do Delito.....	33
4.6 Ação Penal nos Crimes Sexuais Contra Vulnerável.....	34
4.7 Prescrição.....	35
4.8 Análise da Tipicidade Subjetiva.....	36
4.9 Concurso entre o Constrangimento e o Estupro de vulnerável.....	37
<b>5. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)</b> .....	38
5.1 Responsabilização Penal do Menor de Idade.....	39
5.2 O Direito Comparado.....	41
5.3 Declarações de Crianças e Adolescentes, Valor Probatório, a Lei Nº 13.431, de 4 de abril de 2017, e o Denominado Depoimento Sem Dano.....	44
5.3.1. A Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017 e as mudanças no ECA.....	47

<b>6. OUTROS TIPOS PENAS QUE LEVAM EM CONSIDERAÇÃO A VULNERABILIDADE</b> .....	48
6.1 O Induzimento do Menor para Satisfazer a Lascívia de Outrem.....	49
6.2 A Satisfação da Lascívia Própria ou de Outrem na Presença de Criança ou Adolescente.....	50
6.3. O Favorecimento da Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual de Vulnerável.....	51
<b>7. A RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE DE ACORDO COM OS TRIBUNAIS BRASILEIROS</b> .....	53
7.1 Supremo Tribunal Federal.....	55
7.2 Superior Tribunal de Justiça.....	56
7.3. Tribunais de Justiça de Minas Gerais, Goiás e DF.....	58
<b>8. DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO</b> .....	60
8.1 Da Possibilidade Da Relativização do Consentimento do Vulnerável.....	62
<b>9. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	68
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	70

## INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro sofreu inúmeras modificações a partir de 07 de agosto de 2009 com a vigência da Lei 12.015. Principalmente no que diz respeito ao Título VI da sua parte especial, que antes tratava dos crimes contra os costumes e cuida agora dos crimes contra a dignidade sexual.

Essa lei criou o Capítulo II especialmente para definir os crimes sexuais contra vulnerável. Vulnerabilidade esta que se tornou um critério jurídico, para definir uma categoria de vítimas, consideradas pelo legislador como passíveis a sofrer de modo mais gravoso com esse tipo de violência, e por isso merecem maior proteção e cuidado, ensejando diversos efeitos penais a quem venha praticar tais crimes contra esse grupo de indivíduos.

Desta forma tem o presente estudo por mote o art.217-A, *caput*, do CP, inserido para se adequar a uma nova visão do direito penal, o qual tem buscado se adaptar a sociedade contemporânea.

Serão abordados os crimes sexuais de uma forma geral, com ênfase no estupro, como se apresentavam antes e depois da reforma, para mostrar a importância da proteção da liberdade e da dignidade sexual das pessoas, principalmente em se tratando do vulnerável. Sob esta ótica, buscar-se-á esclarecer os diversos significados do conceito de vulnerabilidade no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Penal, que inclusive, emprega mais de um sentido.

Importante demonstrar a discussão que existia antes da Lei 12.015/09, entre doutrina e jurisprudência acerca do artigo 224 do Código Penal, já revogado, que tratava da presunção de violência. O foco da discussão era esta seria absoluta ou relativa e se esse tema foi de fato esgotado com a criação do novo dispositivo penal ou apenas mudou de nome.

O método utilizado será a revisão bibliográfica, neste foco busca-se confrontar os diplomas normativos, orientações doutrinárias, jurisprudências e notícias no intuito de descobrir se existe a possibilidade da relativização ou não da vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável. A ênfase desse estudo será feita no fator cronológico, devido ao grande impasse existente em relação a incapacidade de consentir do menor de 14 anos ser relativa ou absoluta,

devido a diferença entre o adolescente de hoje e o de 1940, da criação do Código Penal Brasileiro.

## **1. ESCORÇO HISTÓRICO DO CRIME DE ESTUPRO**

Para entrar no tema, é necessário que se faça uma contextualização histórica do crime de estupro e como este foi evoluindo com o passar do tempo, e de acordo com algumas sociedades, veja-se:

### **1.1. O Código Penal Brasileiro**

No Código Penal anterior a este, a violência sexual era punida com pena de morte, fosse à mulher considerada honesta ou não, sendo esta prostituta ou escrava, e a mesma punição seria aplicada a qualquer pessoa que tivesse fornecido ajuda, favor ou mesmo conselho. O crime estava previsto no Livro V, Título XVII, do Código.

A aplicação da pena de morte não seria afastada mesmo havendo o posterior perdão da vítima ou na hipótese de casamento com o agressor. A sodomia ou cópula vaginal também eram consideradas crimes e a punição era a morte pelo fogo. Inclusive, qualquer pessoa que tivesse conhecimento da existência de algum sodomista tinha a obrigação de denunciá-lo, sob pena de perda dos bens e banimento da sociedade.

No Código Criminal do Império de 1830, havia a previsão do crime de estupro contra a mulher honesta, e tinha como penas a prisão de 3 (três) a 12 (doze) anos e o pagamento de um dote a vítima em apreço. No caso em que a ofendida fosse uma prostituta a pena de prisão seria reduzida para o mínimo de 1 (um) mês e o máximo de 02 (dois) anos. Entretanto, tais penas não seriam aplicadas ao réu na hipótese de casamento com a vítima.

Sobre o Código Criminal de 1830, Prado observa:

O Código Criminal do Império de 1830 elencou vários delitos sexuais sobre a rubrica genérica estupro. A doutrina da época, todavia, repudiou tal técnica de redação. O legislador definiu o crime de estupro propriamente dito no artigo 222, cominando-lhe pena de prisão de três a doze anos mais a constituição de um dote em favor da ofendida. Se a ofendida fosse prostituta, porém, a pena prevista

era de apenas um mês a dois anos de prisão. (Prado, 2001, p. 194-195).

No Código de 1832 não havia o conceito do crime de estupro propriamente dito, porém, caso este fosse cometido estava prevista a pena de trabalhos forçados, sendo esta o máximo em trabalhos forçados se a vítima fosse menor de 15 anos.

O Código Penal Republicano foi editado em 11 de outubro de 1890, o qual continha em seus artigos 268 e 269, no Título VII (Da Corrupção de Menores, dos Crimes Contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor), as penas e a tipicidade para o crime de estupro, respectivamente, veja-se:

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:  
 Pena: de prisão cellular por um a seis annos.  
 § 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:  
 Pena: de prisão cellular por seis mezes a dous annos.  
 §2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será aumentada da quarta parte.  
 Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não.  
 Por violência entende-se não só o emprego de força physica como de meios que privem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcóticos.  
 (MESTIERE apud PRADO, 2001).

Esta foi a primeira vez em que o Código Penal Pátrio trouxe o crime de estupro como fato típico.

De acordo com MESTIERE apud SILVA, 1982, no atual Código Penal, promulgado em 1940, o estupro foi definido em seu art. 213, encontrado no Título VI (Dos crimes contra os costumes), Capítulo I (Dos crimes contra a liberdade sexual). É importante ressaltar que este código trouxe consigo uma nova modalidade, a tipicidade do crime de estupro de vulnerável, no art. 224, imputando violência presumida do agente na prática do ato sexual (somente conjunção carnal) com determinados sujeitos passivos que seriam considerados vulneráveis.

Afastando-se de forma prudente do direito anterior, o legislador enunciou o tipo de delito de estupro de maneira simples e com maior precisão. Dos casos de violência presumida bem como das formas qualificadas e das causas especiais de pena, tratou o capítulo geral. Sendo essas regras gerais aplicáveis

às espécies dos arts. 213 e 222 do CP foi de boa técnica inserir-se no final um capítulo VI com as disposições comuns.

## 1.2. Histórico do Estupro no Mundo

Desde a antiguidade os crimes sexuais já causavam grande repulsa na sociedade, sendo estes, portanto, julgados com severas penas, na maioria dos países, como será visto adiante.

### 1.2.1 Legislação Mosaica e Código de Hamurabi

Na Legislação mosaica, era possível enxergar a enorme repugnância com que os crimes sexuais eram tratados pelos povos antigos, segundo Prado (2001, p. 193-194):

Os crimes sexuais, entre eles o estupro, foram severamente reprimidos pelos povos antigos. Na legislação mosaica, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados<sup>1</sup>. Mas se o homem encontrasse essa donzela nos campos e com ela praticasse o mesmo ato, usando de violência física, somente aquele era apedrejado. Se a violência física fosse empregada para manter relação sexual com uma donzela virgem o homem ficava obrigado a casar-se com ela, sem jamais poder repudiá-la e, ainda, a efetuar o pagamento de 50 ciclos de prata ao seu pai.

O Código de Hamurabi que é datado por volta de 1700 a.C também punia o crime de estupro severamente, aplicando ao estuprador a pena capital (pena de morte). Definia em seu art.130, que se “alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, esse homem deverá ser morto e a mulher irá livre” (PRADO, 2001, p.194). É importante ressaltar, que, somente era protegida a mulher que ainda não houvesse se relacionado sexualmente com nenhum homem.

### 1.2.2 Direito Romano

A palavra estupro foi derivada do termo *stuprum*, o qual era utilizado pelo Direito Romano, mas para este povo este, não tinha o significado de

conjunção carnal violenta cuja expressão usada era *crimen vis*, sendo esta punida com a pena de morte. Por Bittencourt:

Os povos antigos já puniam com grande severidade os crimes sexuais, principalmente os violentos, dentre os quais se destacava o de estupro. Após a Lex Julia de adulteris (18 d.C.), no antigo direito romano, procurou-se distinguir adulterius e stuprum, significando o primeiro a união sexual com mulher casada, e o segundo, a união sexual ilícita com viúva. Em sentido estrito, no entanto, considerava-se estupro toda união sexual ilícita com mulher não casada. Contudo, a conjunção carnal violenta, que ora se denomina estupro, estava para os romanos no conceito amplo do crimen vis, com a pena de morte.(BITTENCOURT, 2015, p. 48)

O termo *stuprum*, de forma amplificada, alcançava todos os atos sexuais e libidinosos, praticados contra homem ou mulher – importante ressaltar a possibilidade do homem figurar no polo passivo do delito, novidade relevante para o ordenamento jurídico brasileiro, que só introduziu essa mudança no código penal em 2009, como será visto mais adiante.

Prado explicou o sentido próprio do termo:

O termo stuprum, no Direito Romano, representava, em sentido lato, qualquer ato impudico, praticado com homem ou mulher, englobando até mesmo o adultério e a pederastia. Em sentido estrito, alcançava apenas o coito com a mulher virgem ou não casada, mas honesta. (PRADO, 2001, p. 194)

Em resumo, *stuprum* significava desonra, vergonha, e abrangia todas as relações carnis (cópula vaginal).

### 1.2.3. Ordenações Filipinas

As Ordenações Filipinas prescreviam: “Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, quer forçosamente dormir com qualquer mulher posto que ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello”. (MESTIERE apud PRADO, 2001, p.193). Os mesmos autores afirmaram que as Ordenações Filipinas previam no Livro V, Título XXIII, o estupro voluntário de mulher a qual nunca havia tido relações sexuais com um homem e, que obrigava o agente a se casar com a donzela, caso não houvesse a possibilidade do matrimônio, o dever de constituir um dote para a vítima. Caso o autor não dispusesse de bens era açoitado e degredado, salvo se fosse

fidalgo ou pessoa de posição social, quando então, este recebia tão somente a pena de degredo.

O estupro violento foi inserido no Título XVIII e era reprimido com a pena capital. A pena de morte subsistia ainda que o autor se casasse com a ofendida após o crime.

As Organizações Filipinas puniam também sodomia e os toques praticados com ou sem violência.

## 2. PRINCÍPIOS

As fontes do Direito Penal são divididas em materiais e formais. Fonte formal imediata é a lei, já as fontes formais mediatas são constituídas pelos costumes, jurisprudências e princípios gerais do Direito. O art. 4º da LINDB afirma que, em caso de omissão na lei o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Além dos princípios gerais do Direito há aqueles específicos expressos ou não, alguns destes que serão analisados nesse trabalho como, o Princípio da Intervenção Mínima e o princípio da proporcionalidade.

Greco (2015, p.59) leciona que os princípios na ciência jurídica são considerados como normas gerais abstratas servindo para nortear a criação do sistema normativo, sendo obrigatória a sua observância e respeito, sejam eles expressamente previstos nos textos normativos ou, embora não expressos, são obrigatórios. Desta forma, os princípios têm caráter normativo como normas “com alto nível de generalidade e informadoras de todo o ordenamento jurídico”, servindo de proteção aos cidadãos contra as condutas estatais, pois “todas as normas lhe devem obediência, sob pena de serem declaradas inválidas”.

### 2.1. Princípio da Intervenção Mínima

Conceitualmente, o princípio da intervenção mínima pode ser entendido como a última *ratio* do sistema jurídico, ou seja, deve-se restringir sua atuação à proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários à vida em sociedade. O legislador, ao elaborar as leis, precisa estar atento ao critério político, sendo que este está constantemente se modificando e sofre

transformações de acordo com a época em que vive a sociedade. Portanto, este, deverá selecionar as condutas que deverão de ser disciplinadas por matéria penal. Assim, nasceu um princípio limitador do poder punitivo do Estado, sendo este o princípio da intervenção mínima.

A questão aqui seria porquê recorrer ao direito penal e punir quando não resta reconhecida a pedofilia ou exploração sexual? A intervenção estatal pode apresentar-se demasiada. O Estado não deveria fomentar o crescimento das injustiças, principalmente ao considerar.

Eis o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

O Direito Penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. (NUCCI, 2014, p. 81)

No Brasil, em que pese entendimento dominante pela vulnerabilidade absoluta, tem se verificado, em alguns Tribunais, quando constatado que o agente não se aproveitou da inocência da vítima e tendo esta demonstrado de alguma forma, maturidade em consentir, não obstante ser menor de 14 anos, a relativização da vulnerabilidade etária, abaixo dois exemplos de decisões nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). CONJUNÇÃO CARNAL COM MENOR DE 14 ANOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO LASTREADO NA ATIPICIDADE DA CONDUTA. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO QUE PERMITE A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE CERTIFICAM A MATURIDADE E A CAPACIDADE DE CONSENTIMENTO DA VÍTIMA, COM 13 ANOS DE IDADE QUANDO DA PRÁTICA CONSENTIDA DA RELAÇÃO SEXUAL. ADEMAIS, APELANTE E ADOLESCENTE QUE ESTABELECEM RELACIONAMENTO AMOROSO COM O CONSENTIMENTO DE SEUS FAMILIARES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. **PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL.** ATIPICIDADE MATERIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0003946-71.2013.8.24.0004, de Araranguá, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 21-02-2017). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2017) (grifei)

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A) - REEXAME EM APELAÇÃO CRIMINAL (ART. 543-C, § 7º, II, DO CPC) - APONTADA DIVERGÊNCIA COM DECISÃO DO STJ NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N. 1.480.881, QUE NÃO CONSIDERA A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E VULNERABILIDADE DE MENOR DE 14 ANOS - INVIABILIDADE NO CASO CONCRETO - **PECULIARIDADES QUE DENOTAM CONSENTIMENTO VÁLIDO - PLENO DISCERNIMENTO QUANTO AO ATO - AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO** - MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO REVISADO. Mostra-se cabível a relativização da responsabilidade penal em excepcionálíssimas hipóteses, quando a vítima colabora para o ocorrido e possui maturidade psicológica em se tratando de namoro e relação sexual, apesar da tenra idade. (TJSC, Apelação n. 0001054-40.2013.8.24.0086, de Otacílio Costa, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 08-03-2016). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2016) (grifei)

As decisões colacionadas demonstram a necessidade de o aplicador do direito estar atento às peculiaridades do caso concreto, com o fito de evitar injustiças, até que haja uma efetiva alteração legislativa que possa abarcar mais situações.

Nucci (2015, p.72) põs em questão a viabilidade de se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, quando este tivesse experiência sexual comprovada, afirmando ser possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual, trazendo o princípio em questão.

O autor ainda: “A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.” (Nucci, 2015, p.72).

## **2.2. Princípio da Proporcionalidade**

O direito é feito de bom senso e razoabilidade, eis então que é preciso se trazer à discussão certos questionamentos. A Lei n.º 12.015/2009, que trouxe a figura do estupro de vulnerável cominou a pena de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, o que demonstra a necessidade em se ter parâmetros mais efetivos e adequados de se auferir tal vulnerabilidade.

Adotado pela jurisprudência alemã do pós-guerra, este princípio afirma que, nenhuma garantia constitucional faz gozo de valor supremo e absoluto, de

modo a extinguir outra garantia de mesmo valor. Portanto, o princípio da proporcionalidade tenta equilibrar os direitos individuais fundamentais com os interesses coletivos da sociedade.

De acordo com Greco (2008, p. 77) o princípio da proporcionalidade demanda que seja feito um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo, ou seja, a gravidade do fato e o bem que alguém pode ser privado (gravidade da pena). Quando existir nessa relação um desequilíbrio evidenciado, haverá em consequência disto, uma desproporção inadmissível. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem a autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

Na tentativa de demonstrar a ausência de proporcionalidade, um jovem de dezoito anos que mantiver relações afetivas com uma adolescente de treze anos terá punição mais severa do que, o criminoso que, mediante violência cometer o crime de estupro contra um adulto, onde a pena é de seis a dez anos de reclusão.

Equiparar o “namorado mais velho”, em alguns casos, ao pedófilo e dar a ele uma punição ainda mais severa que o estuprador e o homicida, poderá ser considerada falta de bom senso e prudência, indo totalmente contra ao princípio da proporcionalidade.

### **3. AS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO PELA LEI 12.015/09**

Como é de conhecimento notório que nos tempos atuais a prostituição infantil vem atingindo índices cada vez mais alarmantes, ficou clara a importância da inserção de determinados elementos normativos, com o objetivo de facilitar a adequação da norma ao período histórico vigente, lembrando-se da importância de observar sempre a análise justa de seu grau de ofensividade,

além do mais foi reconhecida a mudança de comportamento havido nas últimas décadas, principalmente no que se relaciona à sexualidade, havendo uma grande necessidade em prestar um maior cuidado ao menor. (SÁ, 2009).

Desta forma, uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito foi criada em 2003, com a função de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil e ainda os casos de pedofilia. Paulo Busato aponta que: “essa comissão encerrou seus trabalhos no mês de agosto do ano de 2004, produzindo relatos aterradores a respeito da situação de exploração sexual de crianças no Brasil.” (Busato, 2014, p.786).

A partir desses relatos, originou-se o Projeto de Lei nº 253/2004, que foi convertido na Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, a qual trouxe diversas alterações ao Código Penal Brasileiro. O HC 214421/RS exemplifica algumas dessas mudanças:

A Lei 12.015/2009 promoveu sensível modificação nos dispositivos que disciplinam os crimes contra os costumes no Código Repressivo, ao reunir em um só tipo penal as condutas antes descritas nos artigos 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), combinados com o artigo 224 (com violência presumida), todos do Código Penal. 2. Com as inovações trazidas pela Lei 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados com violência presumida são, agora, do mesmo gênero – crimes contra a dignidade sexual – e também da mesma espécie – estupro de vulnerável –, razão pela qual, desde que praticados contra a mesma vítima, e no mesmo contexto, conforme se verifica neste caso, devem ser reconhecidos como crime único. 3. O referido dispositivo legal, por externar um panorama mais benéfico ao sentenciado, pode, em princípio, incidir imediata e retroativamente aos crimes praticados antes de sua entrada em vigor, independentemente da fase em que se encontrem, pois são normas de caráter preponderantemente penal. 4. Em razão do novo contexto delineado pelo reconhecimento da figura do crime único, deve ser realizada nova e completa análise da dosimetria da pena, possibilitando-se inclusive a valoração da pluralidade de condutas na sua primeira fase, a cargo do Juízo das Execuções, nos termos do verbete 611 da Súmula do Pretório Excelso” (HC 214421/RS, 5.<sup>a</sup> T., rel. Jorge Mussi, 08.04.2014, v.u.). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2014)

A primeira importante mudança foi a denominação do Título VI, tendo sido deixada de lado a designação “Dos Crimes Contra o Costume”, passando a adotar o título “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual.

### **3.1 Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual**

Para muitos, o sexo ainda é um autêntico tabu, cujo debate acerca de seus limites provoca contestação e repulsa, para Nucci:

Se o relacionamento sexual, por si só, é fonte inesgotável de altos e baixos, não poderia ser diferente quando a liberdade sexual é afrontada. Modernamente, utiliza-se a expressão – em relação ao bem jurídico tutelado – crimes contra a dignidade sexual, ampliando o alcance e envolvendo a liberdade. Assim, ao lado desse direito fundamental, inserem-se outros, nem sempre consensuais, como os bons costumes, o pudor público, a moralidade sexual, entre outros. (NUCCI, 2015, p.6).

O mesmo doutrinador (2015, p.06) acredita ainda que o Direito Penal assimila todas essas incertezas que derivam dos vários segmentos sociais e busca cumprir o seu papel constitucional de tutelar a dignidade sexual – como bem maior – sem descuidar de outros direitos essenciais, como a intimidade e a vida privada. Sendo assim, há que se ter cuidado e atenção ao tipificar as condutas envolvendo atos sexuais, para não se tornar um Estado intrometido, ao mesmo tempo em que se possa proteger os abusos nesse cenário tão sensível e importante das relações humanas.

De acordo com Guilherme Nucci et al:

A elaboração do Título VI- Dos Crimes Contra os Costumes- justificava-se sob o aspecto cultural em que vivia a sociedade brasileira na década de 1940. Para a sociedade da época, apenas as mulheres de família, de bons costumes, virgens até a data do casamento mereciam a proteção da lei [...]Todas as mulheres que não possuíam esses requisitos “formais” eram consideradas desonestas e, portanto, não tinham a sua liberdade sexual integralmente protegida contra os delitos hoje reformados. (NUCCI, 2015, p.35):

Diante do exposto, pode-se perceber que o Título VI era responsável pela tutela de um bem jurídico incompatível com a sociedade moderna do século XXI, pois este protegia os costumes e não a dignidade sexual do ofendido. Essa ideia foi fruto de uma constatação cultural de 1940, onde o legislador pretendia impor como as pessoas deveriam se comportar sexualmente de acordo com o que era considerado aceitável socialmente.

Ademais, vale dizer que as reformas no Código Penal, na tentativa de acompanhar a sociedade, no que tange aos conceitos relacionados a essa matéria, tiveram início em 2005 com a Lei 11.106, de 28 de março. Segundo Nucci et al (2014, p.35) a lei atualizou flagrante desrespeito à isonomia entre

homens e mulheres, que se encontrava no antigo título, extirpando do Código Penal a expressão mulher honesta.

Outra reforma trazida pela lei 11.106/05 foi a revogação dos crimes de rapto e de sedução, e alteração do Capítulo V, que tratava do “Genocídio e do tráfico de mulheres”, convertendo-o em “genocídio e tráfico de pessoas”, ampliando a possibilidade de sujeitos passivos.

As alterações causadas pela Lei 12.015/09 não se restringiram a nomenclatura do Título, citada no capítulo anterior. Restou claro nesta, a preocupação do legislador com a dignidade sexual do indivíduo, como projeção da própria dignidade da pessoa humana, fundamento primordial da Constituição de 1988 (Art. 1º, III). Segundo Bitencourt: “Na realidade, reconhece que os crimes sexuais violentos ou fraudulentos atingem diretamente a dignidade, a liberdade e a personalidade do ser humano.” (Bitencourt, 2014, p.46).

Para Nucci et al (2015, p.916), a referida nomenclatura indica que o legislador não se preocupou com o sentimento de repulsa social a essas condutas, como acontecia em décadas anteriores, mas a lesão do bem jurídico tutelado, ou seja, a dignidade sexual das vítimas dessa espécie de delito.

É importante ressaltar que as mudanças foram de extrema relevância, levando em consideração que os crimes encontrados no Título VI não atentavam contra a moralidade pública ou coletiva, mas, sim, contra a dignidade e a liberdade sexual das vítimas em seu aspecto individual.

Segundo os ensinamentos de Busato (2014, p.786) o eixo deixava de ser os costumes, enquanto modo de se comportar sexualmente, partindo do pressuposto de que a sociedade atual não tinha interesse nisto, quando começou a se levar em consideração a dignidade sexual, esta sim, uma forma de expressão da dignidade da pessoa humana, que é um dos elementos fundamentais da estrutura jurídica atual.

Os capítulos contidos no Título VI foram alterados da seguinte forma: em Crimes Contra a Liberdade Sexual, Capítulo I, estabeleceu-se a liberdade sexual das pessoas como o objeto atingido pelas condutas criminosas lá descritas; No Capítulo II, Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável, segundo Busato (2014, p.791) o objetivo da mudança foi identificar as agressões quando a vítima era vulnerável num ponto de vista sexual, porém, não tratava da

liberdade propriamente dita, podendo ser incriminadas condutas nas quais a vítima “consente” ao ato realizado pelo autor; O Capítulo III, que dispunha sobre o crime de rapto foi completamente revogado e o IV estabelece regras gerais aplicáveis aos dois primeiros; O Lenocínio e o Tráfico de Seres Humanos Para Fins de Exploração Sexual fazem parte do Capítulo V. Nas palavras de Paulo César Busato:

A questão aqui é um entrelaçamento importante entre a autonomia e a existência de um bem jurídico que independe do consento. A preservação do estado mínimo de dignidade sexual e o impedimento do aproveitamento das condições gerais de vida das pessoas converteu-se em objeto de interesse. (BUSATO, 2014, p.791).

Do Ultraje Público ao Pudor, Capítulo VI, dispõe sobre aspectos relativos ao pudor público e o Capítulo VII traz disposições gerais a respeito dos crimes praticados neste Título.

Dentre as figuras típicas incluídas no Título VI, Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, devem ser destacados o Estupro (art. 213 do CP) e o Estupro de Vulnerável (art. 217-A do CP), sendo este último o objeto de estudo do presente trabalho.

### **3.2. Violência Sexual**

A violência sexual é qualquer ato lascivo indesejado, ou mesmo sua tentativa, avanço ou comentário do mesmo cunho não desejado, assim como quaisquer outros contatos e interações de natureza sexual efetuados por uma pessoa sobre outra, contra a sua vontade.

O livre arbítrio para exercer seus desejos sexuais, é direito garantido pela lei a todos os indivíduos. Sendo assim, é foro íntimo de cada ser humano utilizar-se de seu corpo objetivando o prazer sexual e a determinação de preferência por determinado parceiro, ou qualquer outro subterfúgio que emane a livre vontade de satisfação do indivíduo é considerada personalíssima.

Então, o desrespeito a este princípio de liberdade, mesmo que pela utilização de fraude ou violência, grave ameaça de forma a corromper o corpo da vítima, sem que esta dê o seu consentimento, causa aversão à toda sociedade e merece punição legal. Mas, se todos têm o direito de dispor livremente do próprio corpo e de consentir ou não com a prática da relação

sexual, a ninguém, e principalmente à lei é dado o direito de negar a sexualidade que naturalmente existe em todas as pessoas, independentemente da idade.

Devido a esta liberdade que todos possuem de exercer sua sexualidade da forma que preferir, é essencial para caracterizar o delito de estupro, que a vítima rejeite o ato sexual ou libidinoso, usando todos os meios que lhe competem para tal, pois se observarmos que há concorrente vontade da suposta vítima para a prática da conjunção carnal ou qualquer outro ato diverso daquela, mesmo que presentes ações violentas por parte do agente ativo, descaracterizado estaria o estupro, podendo estar caracterizado outros tipos penais, tais quais como agressão ou mesmo lesão corporal.

Para Daniele Martins, “a vergonha da vítima e as constantes suspeitas que recaem sobre seu consentimento e comportamento são fatores que eufemizam a brutalidade do ato. O resultado: julgam-se os envolvidos, em especial a vítima, não o crime.” (MARTINS, 2016, p.2).

Logo, observa-se que é muito importante que o comportamento da vítima seja levado em consideração para caracterizar o crime de estupro, não bastando somente estar presente violência ou grave ameaça, questões estas que serão demonstradas nos próximos capítulos.

### **3.3. Pedofilia**

O Código Penal brasileiro não utiliza o termo “pedofilia”, porém com uma breve pesquisa pode-se concluir que apesar da divergência conceitual entre médicos e psicanalistas, tendo-se como base a Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde, que no item F65.4, a definição de pedofilia seria a preferência sexual por crianças, em se tratando de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade.

De acordo com Genival Veloso de França a pedofilia seria:

Perversão sexual que se apresenta pela predileção erótica por crianças, indo desde os atos obscenos até a prática de manifestações libidinosas, 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. (FRANÇA, 2017, p.234).

De acordo com Marta Xavier (2011), quando se ouve a palavra pedofilia nos meios de comunicação, fica o questionamento se a pedofilia está sendo encarada em seu conceito médico legal ou está se buscando construir um conceito novo, na tentativa de forçar o legislador a tipificação de um desvio sexual como fato típico, já que para a medicina legal o termo é utilizado para indivíduos que possuem tal desvio sexual, que tem como característica modificações qualitativas e quantitativas do instinto sexual no que concerne ao seu objeto e finalidade do ato sexual e que tem profundas raízes no desenvolvimento psicosexual do ser humano. É necessário que se faça uma avaliação rigorosa no caso concreto já que do ponto de vista psiquiátrico-forense a pedofilia é considerada uma perturbação da saúde mental e consequente semi imputabilidade.

Em contrapartida, de acordo com grande parte da doutrina é totalmente possível utilizar o termo para classificar o agente ativo do crime de estupro de vulnerável.

### **3.4. Do Crime de Estupro**

Com a reforma trazida pela Lei 12.015/09, o artigo 213 do Código Penal Brasileiro unificou as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor (art.214 do CP).

A redação legal anterior do artigo 213 do Código Penal era a seguinte:

Estupro

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de três a oito anos.

Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos: (Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990)

Pena - reclusão de quatro a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990) (Revogado pela Lei n.º 9.281, de 4.6.1996)  
 Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

É importante demonstrar também a redação do revogado art. 214 do Código Penal:

Atentado violento ao pudor

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90

Pena - reclusão de dois a sete anos.

Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos: (Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990)

Pena - reclusão de três a nove anos.(Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990) (Revogado pela Lei n.º 9.281, de 4.6.1996)

Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

Para demonstrar estas modificações da lei, o Tribunal de Justiça do RS decidiu o HC desta forma:

A Lei 12.015/2009 promoveu sensível modificação nos dispositivos que disciplinam os crimes contra os costumes no Código Repressivo, ao reunir em um só tipo penal as condutas antes descritas nos artigos 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), combinados com o artigo 224 (com violência presumida), todos do Código Penal. 2. **Com as inovações trazidas pela Lei 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados com violência presumida são, agora, do mesmo gênero – crimes contra a dignidade sexual – e também da mesma espécie** – estupro de vulnerável –, razão pela qual, desde que praticados contra a mesma vítima, e no mesmo contexto, conforme se verifica neste caso, devem ser reconhecidos como crime único. 3. O referido dispositivo legal, por externar um panorama mais benéfico ao sentenciado, pode, em princípio, incidir imediata e retroativamente aos crimes praticados antes de sua entrada em vigor, independentemente da fase em que se encontrem, pois são normas de caráter preponderantemente penal. 4. Em razão do novo contexto delineado pelo reconhecimento da figura do crime único, deve ser realizada nova e completa análise da dosimetria da pena, possibilitando-se inclusive a valoração da pluralidade de condutas na sua primeira fase, a cargo do Juízo das Execuções, nos termos do verbete 611 da Súmula do Pretório Excelso” (HC 214421/RS, 5.ª T., rel. Jorge Mussi, 08.04.2014, v.u.). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2014) (grifo nosso)

Antes dessa lei, apenas o homem poderia ser o sujeito ativo do crime de estupro, de forma excepcional, a mulher figuraria como sujeito ativo, como por exemplo, quando agisse em concurso com um homem (art.29 CP). Caso a vítima fosse do sexo masculino e a autora do sexo feminino, poderia ser configurado o crime de atentado violento ao pudor ou constrangimento ilegal.

Assim, o sujeito passivo do estupro nunca poderia ser o homem, apenas a mulher, como era a previsão legal, levando em consideração que conjunção carnal é a introdução do pênis na vagina, ainda que parcial.

A redação anterior do artigo 213 do Código Penal consistia em, “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.” Após a reforma transformou em: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal”, o estupro em seu sentido estrito, enquanto que “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, seria a figura do atentado violento ao pudor que, como já dito anteriormente, foi incluído no crime de estupro.

Vale a pena ressaltar que, antes da reforma do Código Penal, a doutrina e a jurisprudência concordavam que o cometimento de estupro e atentado violento ao pudor consistia no concurso material de infrações. Desta forma, se o autor submetesse a vítima a atos libidinosos e a conjunção carnal, estaria inserido nas penas dos artigos 213 e 214 do CP somadas.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul deixou claro esse posicionamento na rejeição do recurso de apelação a seguir demonstrado:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PRELIMINAR REJEITADA - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO - PROVAS SEGURAS - PLEITEADO O AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DAS CONDUTAS - RECURSO IMPROVIDO. Fazendo-se presente, nos autos, a representação da vítima e a sua afirmação de miserabilidade, não há falar em ausência de condição de procedibilidade da ação penal movida contra o acusado, pela prática de estupro e de atentado violento ao pudor. Os depoimentos seguros da vítima, pessoa idosa, e de uma testemunha presencial, somados ao laudo de exame de corpo de delito e à isolada alegação do réu, de que houvera consentimento para a relação sexual, que envolveu coito anal, formam um conjunto probatório suficiente para que a condenação, pelo estupro e pelo atentado violento ao pudor praticados em concurso material, seja mantida. Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que não existentes lesões corporais graves ou a morte da vítima, são considerados crimes hediondos, impondo o cumprimento das penas no regime integralmente fechado.  
(TJ-MS - ACR: 15777 MS 2005.015777-5, Relator: Des. Gilberto da Silva Castro, Data de Julgamento: 21/02/2006, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 14/03/2006) (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL, 2006)

De acordo com Nucci et al (2015, p.920), o estupro passa a ser um crime de forma livre, ao contrário do que ocorria anteriormente, onde se

classificava o delito de forma vinculada, pois só seria cometido pela conjunção carnal. Com o advento da nova lei, a prática de atos libidinosos contra a vítima, por si só, caracterizam o delito.

Após a alteração do art. 213, do Código Penal, iniciou-se uma discussão que provocou divisão entre os Tribunais Superiores, acerca do crime de estupro se este seria caracterizado como de ação múltipla ou tipo penal misto alternativo ou misto cumulativo e de conteúdo variado. O doutrinador Guilherme Nucci (2011, p.65) entende que o tipo penal é misto alternativo, de modo que, a prática de qualquer das condutas descritas, ou a soma dessas, representa um único crime.

Para exemplificar tal situação, lecionou assim Nucci et al: “se o agente, no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, praticar sexo oral, conjunção carnal e coito anal, responderá por um só crime.” (NUCCI, 2011, p.71).

A postura contrária a esta corrente sustenta que, o art.213 do Código Penal Brasileiro, com sua nova redação, é na realidade tipo penal misto cumulativo. Vicente Greco Filho (2009), no artigo de título “Uma interpretação de duvidosa dignidade”, mostrou-se de acordo com esse posicionamento, ao afirmar que se além da conjunção carnal, numa única conduta, houver também algum ato libidinoso, cada uma dessas representa um crime diferente, cuja pena será cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnis.

Nesse sentido, o STJ deu provimento ao Recurso Especial de n.987124/SP, tal qual:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E DE ATENTADO VIOLENTO A OPUDOR. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO. 1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural" (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916). 2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de ser e conhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois

de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei.3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal. Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro - classificável como praeludiacoiiti - e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral.4. Recurso provido. (STJ - REsp: 987124 SP 2007/0216856-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 09/11/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/04/2011) (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010)

Em relação às expressões “conjunção carnal” e “ato libidinoso diverso de conjunção carnal”, de acordo com Bittencourt (2014, p.47), o legislador deveria tê-las substituído por uma expressão mais abrangente, capaz de englobar os dois vocábulos, como por exemplo: “violação sexual mediante violência”.

Ademais, este vocábulo, segundo Bitencourt (2014, p.47), além da dita cópula vagínica, alcança as relações sexuais ditas “anormais” (terminologia utilizada de forma equivocada), que são: o coito anal ou oral, inserindo as relações homossexuais, que estão sendo muito disseminadas na atualidade e a cópula vestibular, quando não ocorre a penetração. Ainda, afirmou o penalista, estar completamente superado falar em “relação sexual normal”, já que dificilmente poderia se chegar a um consenso sobre o que é uma “relação sexual anormal”.

Para Martins (2016, p3) o estupro é um crime de poder, onde o agente se utiliza de uma vantagem física e/ou psicológica para impor sua vontade à vítima, a impotência desta, muitas vezes refletida pela autoridade natural exercida pelo agressor.

O crime de estupro tem como bem jurídico tutelado a liberdade sexual do indivíduo, tanto do homem, quanto da mulher, que representa a capacidade de escolher seus parceiros sexuais e o direito de dispor livremente de suas necessidades sexuais. Bem jurídico este, que, difere do que é protegido no crime de estupro de vulnerável.

#### **4. DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

A lei 12.015 de 2009 criou um novo capítulo especial para tratar dos crimes sexuais contra o vulnerável. Porém, a categoria de vulnerável não foi bem definida, visto que, ora é o menor de 18 anos, como no crime de favorecimento de prostituição vulnerável (art.218-B, CP), ora é o menor de 14 anos, no crime de estupro de vulnerável.

O art.217-A, do Código Penal Brasileiro, em seu texto, traz que comete o crime de estupro de vulnerável à pessoa que tiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com: menor de 14(catorze) anos, enfermos ou deficientes mentais, e aqueles que, por outra causa, não puderem oferecer resistência.

Julgamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal acerca do art.217-A:

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” (REsp 1371163/DF, 6.<sup>a</sup> T., rel. Sebastião Reis Junior, 25.06.2013, v.u.). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL, 2013)

A pena para quem o cometer o crime em seu *caput*, foco do presente estudo, será a reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. A pena é maior do que a do crime de estupro do art.213, pois o legislador acreditava ser mais gravoso o delito quando cometido contra o menor de 14 anos.

Esse artigo foi criado na tentativa de solucionar os conflitos existentes na jurisprudência, a respeito da presunção de violência prevista no revogado art.224 do CP. É nessa esteira que Paulo Busato sustenta que:

A hipótese prevista no então art. 224 dizia respeito a que se a violação sexual fosse consentida contra determinada classe de vítimas, entre elas, menores de 14 anos, e pessoas portadoras de deficiência mental, a elementar violência deveria ser suprimida do tipo. (BUSATO, 2014, p.833).

O legislador, ao criar a nova modalidade penal, retirou a polêmica expressão “presunção de violência” e fez emergir o atual conceito de vulnerabilidade.

#### **4.1. Presunção de Violência**

A Lei 12.015/2009 revogou o artigo 224 do Código Penal, como explicitado no capítulo anterior, onde dizia ser presumida a violência, nos casos de estupro praticados contra os menores de 14 (quatorze) anos.

De acordo com Nucci (2009, p.927), o importante era demonstrar que tais vítimas não possuíam discernimento para consentir em qualquer tipo de relacionamento sexual (conjunção carnal ou outro ato libidinoso). Ademais, para o doutrinador, a partir dessa premissa, estabeleceu o legislador o que se chamava presunção de violência, ou seja, se tais pessoas, consideradas incapazes, naquelas situações retratadas no art. 224, não tinham como aceitar a relação sexual, devido à incapacidade de consentir, podia então presumir que estas haviam sido obrigadas ao ato, desta forma, a conduta do agente teria sido violenta, mesmo que não diretamente.

Em determinado ponto, a jurisprudência passou a questionar a presunção de violência, principalmente quando se tratava das vítimas menores de 14 anos. A discussão acerca da presunção questionava se esta seria absoluta ou relativa.

O legislador, como enfatiza Paulo Busato (2014, p.833), deixou clara a opção por uma presunção absoluta, quando estabeleceu o tipo penal do artigo 217-A, *caput*, Código Penal. Onde especifica o caráter objetivo e concreto do limite biológico que responsabilizará o autor do delito.

No entendimento de Nucci (2011, p.728) os tribunais, num primeiro momento, sob o impacto da novel legislação, têm sido rigorosos ao afirmar não ser possível discutir o caráter da vulnerabilidade, que seria absoluta. Apesar de que, outros continuam fiéis à tese anterior de que a presunção da violência é relativa e por isso seria também a vulnerabilidade.

A exemplo, o julgamento do *Habeas Corpus* n° 101.456/MG pelo Superior Tribunal da Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO. 1. Ambas as Turmas desta Corte pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o artigo 224, alínea a do Código Penal é absoluta. 2. A violência presumida foi eliminada pela Lei n. 12.015/2009. A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos consubstancia crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ordem indeferida. (STF - HC: 101456 MG , Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 09/03/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-06 PP-01183) (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010)

O STJ decidiu pelo indeferimento da ordem, por acreditar ter caráter absoluto a presunção de inocência, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor, vulnerável, sendo irrelevante seu consentimento.

O mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (2014) trouxe diversos ensinamentos, um dos quais, o fato de mostrar-se essencial uma reflexão sobre a gravidade que é a imposição de uma presunção absoluta em casos que podem violar bens jurídicos essenciais a existência e dignidade do homem, especialmente a liberdade e a honra. Uma vez que, além de submetido ao cárcere, o indivíduo, acusado do crime, terá sua imagem abalada perante a sociedade, afinal, a denominação de “estuprador” pode causar grande represália e dissabor para quem a carrega.

Sendo assim, é preciso tecer uma análise minuciosa sobre a afronta que tal presunção *juris et jure* causa ao nosso sistema principiológico.

A partir do momento em que se institui uma presunção absoluta, o legislador confere um tratamento jurídico único a inúmeras situações que carecem de um enfrentamento concreto e sensível.

É preciso observar que além da possibilidade de injustiça com o réu, a presunção absoluta de violência poderá ensejar o surgimento de até mesmo um dano psicológico na adolescente, que levará consigo o fardo da culpa da prisão do seu amante, além da frustração de não poder constituir família com este.

É importante citar, neste ponto, um julgado do Mestre Guilherme Nucci, tratando de caso pertinente a este capítulo:

TJSP: “Apelação. Estupro de vulnerável. Vítima, com 13 anos de idade, mantinha relação sexual com o recorrente, à época com 20

anos, mantendo, também, relação amorosa, consistente em namoro com o mesmo, possuindo um filho juntos. Vítimas maiores de 12 anos e menores de 14: imprescindível a análise de discernimento, não devendo o magistrado, de início, enquadrar a situação como vulnerabilidade absoluta. Realidade social reveladora de contexto diverso. Consentimento pleno da ofendida devidamente demonstrado. Conduta atípica. Absolvição. Provimento. (...) In casu, apesar de a vítima ter iniciado sua vida sexual com 13 anos de idade com um rapaz, à época contando com 20 anos, restou demonstrada nos autos a relação de namoro entre ambos, sendo que a vítima frequentava a residência do recorrente e boa parte da vizinhança tinha ciência de tal relacionamento. Tanto perante a autoridade policial quanto em juízo a vítima afirmou, por diversas vezes, ter consentido com a relação, demonstrando capacidade de entender o significado de uma relação sexual, mesmo porque suas amigas variavam entre meninas de 13 a 16 anos. Destarte, a sociedade não pode vender-se à realidade social, pois meninas iniciam a vida sexual cada vez mais cedo, seja por serem estimuladas pelos programas televisivos, cuja qualidade educacional decai periodicamente, seja por amizades de variadas idades, ou por outros motivos igualmente relevantes. Assim, restando demonstrado o consentimento pleno e não viciado da vítima, forçosa a absolvição do recorrente, com escopo na atipicidade da conduta. Ela nada fez que não tivesse vontade a tanto; não se demonstrou ser menina ingênua, sem qualquer preparo para conhecer os meandros da vida sexual; engravidou e é mãe do filho do réu, descortinando-se novas responsabilidades, incompatíveis com o grau de vulnerabilidade suposto pelo tipo incriminador” (Ap. 990.10.274966-5, 16.<sup>a</sup> C.C., rel. Guilherme de Souza Nucci, v.u.). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2013)

#### O STJ também já decidiu em sentido da vulnerabilidade relativa:

O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, ‘a’, do Código Penal (hoje revogado pela Lei 12.015/2009), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de quatorze e maior de doze anos de idade. Precedentes. 2. O Tribunal de origem, ao preservar o decisorio absolutório de primeiro grau, fundou suas razões no fato de que a vítima, então com 13 anos de idade, mantinha um envolvimento amoroso de aproximadamente 2 meses com o acusado. Asseverou-se que a menor fugiu espontaneamente da casa dos pais para residir com o denunciado, ocasião em que teria consentido com os atos praticados, afirmando em suas declarações que pretendia, inclusive, casar-se com o Réu. 3. Acrescentou a Corte de origem, que a menor em nenhum momento demonstrou ter sido ludibriada pelo Réu, bem como não teria a inocência necessária nos moldes a caracterizar a hipótese prevista na alínea ‘a’ do art. 224 do Código Penal. 4. Diante da inexistência de comprovação de que tenha havido violência por parte do Réu, plausível o afastamento da alegação de violência presumida. 5. Ressalte-se que as conclusões acerca do consenso da vítima e demais circunstâncias fáticas da causa são imodificáveis, em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 desta Corte. 6. Recurso ao qual se nega provimento” (REsp 637361/SC, 6.<sup>a</sup> T., rel. Og Fernandes, 01.06.2010, v.u.). (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010)

Entretanto, diferente dos julgados anteriores, pode se afirmar que tem prevalecido, nos tribunais, o entendimento de ser a vulnerabilidade absoluta. Inexiste explicação ou mesmo uma fundamentação detalhada para a adoção desse pensamento, somente a pressão sofrida por entidades de proteção infanto-juvenil, em especial as contrárias à prostituição, as quais acreditam ser a melhor forma de combatê-la.

#### **4.2. Conceito de Vulnerável**

A palavra vulnerável significa “que se pode vulnerar, diz-se do lado fraco de um assunto ou questão, e do ponto por onde alguém pode ser ferido ou atacado” (VULNERÁVEL, 2019). No contexto da norma tratada nesse trabalho, expressa a incapacidade de alguém, mais especificamente o menor de 14(quatorze) anos, devido ao fator cronológico.

Mas não é dessa vulnerabilidade eventual, puramente circunstancial, que este dispositivo penal trata. Observando-se as hipóteses mencionadas como caracterizadoras da condição de vulnerabilidade, pode-se concluir, sem maiores dificuldades, que o legislador optou por incluir, nessa classificação, pessoas que são absolutamente imputáveis (embora não todas), quais sejam menores de quatorze anos, ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

No entendimento de João Daniel Rassi:

A vulnerabilidade pode apresentar graus e consequências penais diversas, tendo em vista a avaliação que o legislador faz do grau do nível de abuso dessa condição. São vulneráveis as pessoas que merecem maior proteção, porque estão em situação de fragilidade, ensejando diversos efeitos penais em certas condutas praticadas contra elas. (RASSI, 2015, p.833)

O artigo 217-A, *caput*, do CP, ainda que não trate de um elemento de natureza absoluta, passou a considerar vulnerável o menor de 14 anos como vítima do estupro de vulnerável.

Sendo motivo desse estudo, a existência ou não da possibilidade de ser relativizada a vulnerabilidade desse menor.

### **4.3. Generalidades do Estupro de Vulnerável**

Podem ser evidenciados os seguintes elementos encontrados na redação do art.217-A, *caput*, do Código Penal Brasileiro: a conduta de ter conjunção carnal; ou praticar qualquer outra ato libidinoso; com pessoa menor de 14 (quatorze) anos.

Rogério Greco (2014, p.742-743) ensinou que, o núcleo ter, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça, basta que o agente tenha efetivamente, conjunção carnal, ou pratique outro ato libidinoso, mesmo com o consentimento da vítima. Partindo do pressuposto de que, a lei desconsidera a possibilidade de consentir da pessoa menor de 14 anos, devendo o agente, que tem conhecimento da idade da vítima, responder pelo estupro de vulnerável.

### **4.4. Objeto Material e Bem Jurídico Tutelado**

O crime tratado neste capítulo está elencado no Título VI do Código Penal – Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, para Greco (2011, p. 534) os objetos jurídicos tutelados são a proteção, tanto da liberdade quanto da dignidade sexual do indivíduo.

O desenvolvimento sexual da pessoa considerada vulnerável há de ser protegido, justificando “O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual”. No mesmo íterim, Nucci (2009, p.849) afirma que o interesse protegido pela norma penal recai sobre a liberdade sexual.

Em contraposição, Bitencourt (2014, p.98) esclarece que, na hipótese de crime sexual contra vulnerável não há que se falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois foi reconhecido que as vítimas não detêm plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza a vulnerabilidade.

O objeto material do delito, de acordo com Nucci, “é o bem, de natureza corpórea ou incorpórea, sobre o qual recai a conduta criminosa” (NUCCI, 2009, p.850), desta forma, no crime apresentado, mostra-se ser a pessoa vulnerável.

O bem jurídico protegido imediato, no crime estudado é a dignidade sexual do menor de quatorze anos.

Paulo Busato (2014, p.834) por outro lado, sustenta que no caso a ser tratado é necessário reconhecer, como bem jurídico o direito ao desenvolvimento sexual normal, dados os efeitos prejudiciais com relação ao caráter e ao equilíbrio psicológico, relacionados à atividade sexual, que podem vir a resultar da prática desse crime, sobre as vítimas especiais que são vulneráveis.

Esse aspecto também é comentado por Guilherme Nucci:

[...] É vedada a prática sexual com tais pessoas, visto que a maioria não tem discernimento suficiente, nem condições de autorizar o ato, logo, a vulnerabilidade de suas situações indica à presunção de ter sido violenta a prática do sexo. (NUCCI, 2009, p.892):

A tutela da integridade sexual física e psíquica de crianças e adolescentes há de ser preservada e garantida pelo Estado, em vista de sua condição de indefensabilidade perante a sociedade.

#### **4.5. Sujeito Ativo e Passivo do Delito**

Após a Lei 12.015/09, no estupro de vulnerável, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, tanto homem quanto mulher, sem diferenciação, cabendo a prática inclusive, por pessoa do mesmo sexo. Nesta mesma senda, Greco relata:

Tanto o homem quanto a mulher podem figurar como sujeito ativo do delito de estupro de vulnerável, com a ressalva de que, quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá, obrigatoriamente, ser heterossexual; nas demais hipóteses, ou seja, quando o comportamento for dirigido a praticar outro ato libidinoso, qualquer pessoa poderá figurar nessa condição. (GRECO, 2011, p. 535).

É importante ressaltar que o agressor, supostamente, é alguém que não se encaixa no perfil esperado de comportamento sexual em sociedade, assim, o primeiro sinal que se evidencia em um crime sexual é a conduta divergente do autor do delito, contrária a moral e aos costumes.

Martins (2016, p.2) destaca que a análise da violência sexual na maioria dos casos tende a juntar seus protagonistas, o que significa confrontar não somente a culpabilidade do agressor, atingindo a própria existência do delito,

ao fazer um profundo e detalhado exame da conduta da vítima, causando sentimento de vergonha e repulsa nesta.

O sujeito passivo, da mesma forma, desde que este apresente a qualidade ou condição de vulnerabilidade, que é a principal característica do fato criminoso deste estudo, com maior enfoque no menor de 14 anos.

Além do menor, de acordo com o §1º, do mesmo artigo, poderão ser vítimas, a pessoa enferma ou com deficiência mental sem discernimento para a prática do ato, ou incapaz de resistir no momento, todos têm em comum a condição de vulnerabilidade exigida pelo tipo penal.

#### **4.6. Ação Penal nos Crimes Sexuais Contra Vulnerável**

Previsto no art.225 do CP, o crime é de ação penal incondicionada, ou seja, o Ministério Público pode oferecer denúncia mesmo não havendo representação da vítima, basta constatar que está caracterizada a prática do crime para promover a ação penal. Esta ação é incondicionada, principalmente devido a maior gravidade deste crime.

De acordo com os ensinamentos de Bitencourt (2014, p.152) a ação penal pública condicionada é mais vantajosa, tanto para vítima, quanto para o infrator, pois reconhece a importância do interesse da vítima, comparado ao interesse público, e ao infrator a *persecutio criminis* depende da iniciativa da pessoa ofendida, não sendo obrigatória a ação penal. Por outro lado, a ação penal pública incondicionada ignora a preponderância do direito do ofendido, colocando-o em segundo plano.

Levando em consideração a análise do crime aqui estudado, resta claro o interesse do legislador em proteger a vítima vulnerável, seja pela sua idade, ou condição mental, esta talvez não tenha o necessário discernimento para oferecer representação acerca do crime sofrido. Além disso, se o fato é cometido por alguma das pessoas que são teoricamente, as responsáveis pela proteção dessas vítimas, a situação fica ainda pior, pois poderia gerar uma impunidade, seja pelo medo, ou por não ter a capacidade de reconhecer a violência sofrida.

No que diz respeito à idade da vítima, Greco (2014, p.743) considera que, para o delito em estudo ocorrer, o agente, obrigatoriamente, deverá ter

conhecimento de ser esta menor de 14 (quatorze) anos, pois, caso contrário, dependendo do caso concreto, poderá ser alegado o erro de tipo ou até mesmo à atipicidade do fato, ou ainda à desclassificação para o crime de estupro.

Vale dizer, os crimes contra a dignidade sexual correrão em segredo de justiça.

#### **4.7. Prescrição**

A Lei nº 12.650, de 17 de maio de 2012, alterou o art. 111 do Código Penal, prevendo que, a prescrição para crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, começa a correr antes de transitar em julgado a sentença final, nos previstos no Código Penal ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

A iniciativa legislativa surgiu no bojo da chamada “CPI da Pedofilia” e tem por desígnio ampliar a proteção das crianças e adolescentes sob a luz do Princípio da Proteção Integral (artigo 227, CF c/c artigo 1º., da Lei 8.069/90). Tal medida é coerente, tendo em vista que, o menor vítima de abusos sexuais na infância ou adolescência pode, por diversos motivos (coação, problemas familiares, medo, temor reverencial, inibição por vergonha, entre outros), não se manifestar acerca do delito o qual foi vítima, deixando que o agente deste saia impune pelo decurso do prazo prescricional.

A alteração o início da contagem para seus 18 anos poderia, portanto, oportunizar-lhe mais tempo para decidir quanto à denúncia do abuso, inclusive num momento de sua vida em que já será considerado adulto.

Sendo assim, há duas situações distintas dispostas na legislação, são estas:

a) Se, por exemplo, uma criança de 5 anos sofre abuso sexual e nunca narra o fato, de modo que não é instaurado processo para apuração, então o prazo prescricional somente correrá quando ela completar 18 anos;

b) Se a mesma criança de 5 anos sofre abuso, mas entre o lapso temporal de seus 5 anos de idade até os 18 ocorre a instauração de processo acerca do crime, o prazo prescricional passa a correr dessa instauração e não mais da data em que a vítima completa a maioridade.

#### 4.8. Análise da Tipicidade Subjetiva

O Código Penal, em seu artigo 18, considera o crime doloso, quando o agente almeja o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Nas palavras do penalista Rogério Greco: “Dolo é a vontade livre e consciente de praticar a conduta incriminadora.” (GRECO, 2014, p.72). Assim, pode-se afirmar ser o dolo formado por um elemento intelectual (a consciência do que se quer) e um elemento volitivo (a decisão a respeito de querer realizar o desejado).

Erro de tipo é o que incide sobre elementos objetivos do tipo penal, podendo abranger as causas de aumentos, as qualificadoras e agravantes. O dolo é sempre excluído caso haja algum engano em relação a um dos elementos que compõem o modelo de conduta proibida existente na lei.

Tal situação jurídica é tratada no art. 20 do Código Penal Brasileiro:

Erro sobre elementos do tipo

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

Descriminantes putativas

§1º É isento de pena de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

Nesse diapasão, acontece um erro de tipo quando alguém, ao cometer um fato delituoso, ignora determinada circunstância, a qual, pertence ao tipo legal.

Outro aspecto levantado por Greco (2014, p.73) é de que, quando o agente tem a falsa representação da realidade, este não tem consciência sobre estar praticando uma infração penal e, dessa forma, resta afastado o dolo.

No crime do artigo 217-A, do Código Penal, não se admite o cometimento de forma culposa, portanto, é necessária a comprovação de que o sujeito agiu de forma dolosa, ou seja, de forma consciente a respeito da condição de vulnerabilidade da vítima, caso contrário poderá este, ter incorrido em erro de tipo.

Os Tribunais vêm decidindo nesta mesma senda, veja-se:

TJSP: “Insuficiência de provas quanto ao crime de estupro de vulnerável. **A prova oral judicial não foi apta a confirmar, categoricamente, que o réu tinha conhecimento que uma das vítimas era menor de 14 (catorze) anos.** A presunção desta última, embora exista jurisprudência em sentido contrário, é relativa, devendo ser analisada pormenorizadamente em cada caso concreto. Existência de prova, nos autos, que a menor de 14 (catorze) anos se dedicava à prostituição, usava drogas e ingeria bebidas alcoólicas de modo excessivo, circunstâncias estas que, aliadas ao **fato da vítima ter mentido sobre a sua idade para o réu, levam a crer que este não tinha condições de pressupor que se tratava de uma menor de 14 (catorze) anos. Erro de tipo caracterizado**, razão pela qual a sua absolvição, por ausência de dolo, é medida que se impõe” (Ap. 0001601-53.2011.8.26.0132, 1.<sup>a</sup> C.C.E., rel. Airton Vieira, v.u.). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2011) (grifo nosso)

TJMG: “Não havendo provas de que o agente efetivamente sabia da idade da vítima, mormente quando ela aparentava ter mais de 14 anos, ele não pode ser condenado pelo delito previsto no art. 213 do CP, face às grandes **chances de ter incorrido em erro de tipo.** A presunção de violência prevista no art. 224, ‘a’, do Código Penal [revogado pela Lei 12.015/2009] é relativa, admitindo prova em contrário. Inexistentes evidências, que não a tenra idade da vítima, que comprovem ter o agente a coagido, de alguma forma, a com ele manter relações sexuais, imperioso se faz a manutenção da sentença absolutória” (Ap. Crim. 1.0514.08.038142-9/MG, 1.<sup>a</sup> C.C., rel. Alberto Deodato Neto, 16.03.2010) (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2010) (grifo nosso)

Como exemplo sobre o erro de tipo, no crime do artigo 217-A do CP, Rogério Greco (2014 p.743) citou a hipótese em que um indivíduo numa festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos e devido à sua aparência física, corpo de uma mulher madura, bem como pelo modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas naturalmente, quando, na verdade, esta ainda não havia completado os 14 (quatorze) anos. Deste modo, este resolve, com o consentimento da vítima e sem usar da violência, levá-la para um motel, onde com ela mantêm relações sexuais.

No caso apresentado, se as provas existentes nos autos mostrarem que houve indução ao erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, já que o mesmo deixou-se enganar sobre a idade da vítima, devido a sua aparência, comportamento e local onde se encontrava, não tendo como saber ao certo sua verdadeira idade e por não ter agido com violência.

#### 4.9. Concurso entre o Constrangimento e o Estupro de Vulnerável

Segundo o doutrinador Rogério Greco (2017, p.157), o art. 217-A do Código Penal não exige que o crime em tela seja praticado mediante o emprego de violência física ou grave ameaça, e que mesmo com o consentimento da pessoa considerada vulnerável, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso já importa na prática do crime.

Existe um questionamento em relação à possibilidade de o delito ser praticado em concurso de crimes com o de constrangimento, e de acordo com Greco a resposta é sim, adiante:

No entanto, poderá o delito ser praticado através do emprego de violência física ou mesmo da grave ameaça, como ocorre com o estupro tipificado no art. 213 do Código Penal. Nesse caso, pergunta-se: Poderia falar-se em concurso de crimes? A resposta só pode ser positiva. Não sendo um elemento constante do tipo do estupro de vulnerável, será possível o reconhecimento do concurso material entre o delito de lesão corporal (leve, grave ou gravíssima), ou a ameaça, com o tipo do art. 217-A do Código Penal. (GRECO, 2017, p.157)

## **5. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)**

É necessário trazer no presente trabalho, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069 promulgada em 13 de julho de 1990, para debater a questão da vulnerabilidade do menor de 14 anos. Visto que, este ponto entra em contradição com alguns dispositivos desse estatuto, que mesmo existindo para cuidar da proteção das crianças e adolescentes, atribui responsabilidade penal ao maior de 12 anos.

O Direito da Criança e do Adolescente passou a ocupar um lugar especial no ordenamento jurídico brasileiro desde a criação da Constituição de 1988. As crianças e os adolescentes passaram a ser reconhecidos na condição de sujeitos de direitos e não meros objetos de intervenção no mundo adulto.

O artigo 227 da Carta Magna Brasileira, expressa a importância em proteger de forma especial à criança, o adolescente e o jovem, de forma que, a Lei deverá punir de forma severa qualquer tipo de abuso, violência e exploração sexual contra estes, desta forma:

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

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

De acordo com o artigo 2º do ECA, para os efeitos desta lei, considera-se criança, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Este estatuto, assim como o Código Penal, vem sendo, progressivamente, aperfeiçoado para que seja capaz de oferecer maior proteção penal aos indivíduos que estão inseridos nessa faixa etária.

Podem ser citados como exemplos desse aperfeiçoamento, o art.217-A, do CP (tema discutido nesse trabalho), bem como a Lei 10.764/03 que alterou o art. 241 do ECA, que trata do crime de produção e divulgação de imagens de menores em cenas de sexo explícito e a Lei n. 11.829/08, que, alterou o ECA, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, além de criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas que estão relacionadas à pedofilia na *internet*.

Existe uma divergência em relação à capacidade do menor de idade entre o Estatuto e o Código Penal, segundo João Daniel Rassi, “na previsão estatutária são absolutamente incapazes os menores de 12 anos, e não os menores de 14, conforme prevê a lei penal.” (RASSI, 2014, p.829)

Ainda da análise do diploma específico para proteção das crianças e adolescentes vale dizer, que este imputa capacidade ao adolescente para entender o que seria um ato ilícito (ato infracional), como descrito no art.103 do ECA. Inclusive, em caso de cometimento de atos infracionais, a atribuição de imposição de medida sócio-educativa à esses adolescentes- art.112, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII do ECA.

### **5.1. Responsabilização Penal do Menor de Idade**

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seus arts.103 e 104, considera como ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal, praticada por adolescente (12 a 18 anos).

Vale a pena destacar que, os menores de 12 anos, portanto, crianças, estão sujeitos apenas às medidas de proteção previstas no art. 101, incisos I a VI, ECA.

De acordo com o art. 106 do Estatuto da Criança e do adolescente: “nenhum adolescente será privado de liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial.”

Ao menor infrator é aplicada uma sanção diversa da que é aplicada a um adulto que cometa o mesmo crime, devido a sua condição de inimputável. As medidas socioeducativas estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente como dito anteriormente e estas visam à regeneração do menor, a fim de que o adolescente não venha a cometer nenhum outro delito.

As medidas socioeducativas cabíveis encontradas no ECA são: advertência- art.115, obrigação de reparar o dano causado- art.116, prestação de serviços à comunidade- art.117, liberdade assistida- art.118, inserção em regime de semiliberdade- art.120 e possibilidade de internação em estabelecimento educacional- art.121.

Barroso Filho (2001) afirma que as medidas socioeducativas são gradativas, podem ser aplicadas tanto de forma isolada como cumulativamente e podem ser substituídas a qualquer tempo.

Diante do exposto, é possível perceber certa incoerência no dispositivo penal tratado nesse estudo (art.217-A, *caput* do CP). Ao mesmo tempo em que a lei imputa responsabilidades ao adolescente infrator, maior de 12 anos, se comete ato infracional por acreditar ser este capaz de compreender os danos causados e de responder por eles, o legislador suprime sua capacidade de decidir acerca dos atos sexuais que queira praticar, sob o impedimento de ser vulnerável.

Para exemplificar tal situação pode-se apresentar o *Habeas Corpus* n. 88.664/GO concedido pelo STJ, neste caso o STJ reconheceu que deveria ser relativizada a presunção de violência conforme o caso concreto, quando houvesse ato consensual decorrente de relação afetivo-sexual, afastando a

violência. Partindo do pressuposto de que se o adolescente podia sofrer medidas socioeducativas, este seria capaz de consentir à relação sexual.

Percebe-se que a questão da idade de consentimento para o sexo é um assunto significativo em todo mundo, posto isto, é cabível que se façam algumas considerações sobre como o tema é tratado fora do país.

## 5.2. O Direito Comparado

Em termos de direito comparado, em relação à idade de consentimento para as práticas sexuais, podemos encontrar diversas referências a esta, devido aos diferentes históricos culturais de cada país. Segundo o Fundo das Nações Unidas para a Infância UNICEF a mais comum idade de consentimento no mundo é 16 anos.

Outros exemplos colhidos no *site* da UNICEF <sup>1</sup>sobre os sujeitos com idades que legalmente podem consentir com práticas sexuais foram: algumas partes dos EUA a idade mínima é 18 anos, assim como no Egito, no Norte da Irlanda é 17, na Namíbia é 16, Suíça, 15, Canadá, 14, Coreia, 13 e no México, 12 anos.

Em janeiro de 2014, o Tribunal Constitucional do Peru, após apresentação de uma demanda popular, com a assinatura de mais de 10 (dez) mil cidadãos, considerou inconstitucional a lei que alterava o artigo de estupro do Código Penal Peruano, tornando legal, os atos sexuais entre adolescentes a partir de 14 anos. Para o Tribunal, não havia motivo para a penalização de todo ato sexual consentido ocorrido com esses adolescentes, que esta seria comprovada violação ao direito de livre desenvolvimento da personalidade dos menores entre 14 e 18 anos.

De acordo com a Revista Consultor Jurídico (2013):

Na sentença, argumenta-se que é constitucionalmente legítimo que o legislador sancione gravemente as relações sexuais realizadas com violência, coerção ou aproveitamento de uma posição dominante, mas ainda que se trate de adolescentes e crianças, mas de nenhuma maneira isso equivale a penalizar toda forma de relação sexual

<sup>1</sup> UNICEF. **Are you old enough?** Disponível em:  
<[http://www.unicef.org/rightsite/433\\_457.htm#to\\_have\\_sex](http://www.unicef.org/rightsite/433_457.htm#to_have_sex)>.

consentidas por adolescentes quando não está em risco sua identidade sexual. Pelo contrário, trata-se do livre exercício de sua sexualidade, que indubitavelmente é um direito fundamental.

Em alguns países, há também diferentes idades de consentimento sexual para homens e mulheres, bem como para gays e lésbicas. Na República Democrática do Congo, por exemplo, a idade mínima para a prática de atos sexuais é 14 anos para as mulheres e 18 anos para os homens.

Somente as mulheres estão sujeitas à idade de consentimento em alguns lugares, como os países de Chade e Namíbia, onde foi estabelecida a idade de 14 (quatorze) anos para o Chade e 16 (dezesesseis) para a Namíbia.

À título de exemplo, países como Irã, Catan e Oman, a partir do casamento, qualquer pessoa estará apta a dar seu consentimento para realizar práticas sexuais, independentemente de sua idade.

Há países onde a maioria penal e civil coincidem com a idade de consentimento permitida a ter relações sexuais, já em outros como é o caso do Brasil que isso não acontece.

No Reino Unido a idade de consentimento geral estabelecida é 16 anos, mas esta é aumentada se o companheiro do adolescente se encontrar em uma posição de confiança ou autoridade com este, tal como ocorre com professores e médicos. Nestes casos, a idade de consentimento estabelecida é de dezoito anos. Somente não haverá aumento se o adolescente for casado ou for reconhecidamente um parceiro civil daquele com o qual praticou ato sexual

Na França, existe uma variação ligada à relação de autoridade ou confiança e aumento da idade de consentimento, interferindo também no aumento de pena atribuída a quem cometer o crime.

Segundo o art. 227-26 do Código Penal francês, quando um ato sexual sem violência é realizado com um menor de quinze anos (que é a idade de consentimento estabelecida na legislação), a pena passa a ser de dez anos de prisão, o que representa aumento em duas vezes da pena privativa de liberdade estabelecida pelo art. 227-25.

Para os indivíduos entre quinze e dezoito anos, a comissão de atos sexuais passa a ser penalizada quando há relação de autoridade ou confiança, com três anos de prisão, enquanto é permitida nos demais casos. O mesmo

ocorre na Hungria, na qual há um aumento da pena nos casos de abuso de confiança.

Nos Estados Unidos da América existe uma teoria conhecida como “*Romeu and Julieta doctrine*”. Em português, a Lei Romeu e Julieta, a qual foi criada, para resolver possíveis litígios abarcando o sexo consentido entre adolescentes. A norma desconsidera a presunção de violência quando a diferença de idade entre as pessoas envolvidas no ato sexual é igual ou menor que cinco anos, entendendo que os dois estariam no mesmo momento de descoberta da sexualidade.

Nas palavras da juíza Placidina Pires, da 10ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia/GO, na Apelação de número 70051354710/GO, julgada em 02/03/2016:

Na esteira do Direito Comparado, o Direito brasileiro poderia ter adotado orientação semelhante para os casos em que não for constatada a exploração sexual dos adolescentes, ou seja, para as hipóteses em que o ato sexual consentido resultou de relação de afeto.

Fica evidente que nossa legislação deve se modernizar e observar a real necessidade de proteção a nossa sociedade. Para tanto, devemos separar um abuso praticado de uma relação assentida. (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS, 2016).

A revista Exame-abril (2013)<sup>2</sup> publicou uma reportagem em 2013, informando que a Índia, naquele ano, havia mudado a idade mínima de consentimento de 18 para 16 anos, em uma emenda a um projeto de lei contra abusos sexuais.

De acordo com a matéria, a primeira versão dessa lei também endurecia as punições para criminosos sexuais. E ainda, alguns especialistas acreditam que diminuir essa idade mínima tem o objetivo de evitar que se criminalizem comportamentos arraigados na cultura do país, apesar do caráter conservador de grande parte de sua sociedade.

<sup>2</sup> **Índia reduz para 16 anos a idade para consentimento sexual.** Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/india-reduz-para-16-anos-a-idade-para-consentimento-sexual>>.

O Diário de Notícias-Globo (2013)<sup>3</sup> escreveu uma matéria informando que, o Governo Espanhol aumentaria a idade de consentimento para as relações sexuais, de 13 para 16 anos. Para o Diário de Notícias, essa medida foi uma resposta aos apelos de organizações internacionais, incluindo o comitê da ONU sobre os direitos das crianças, devido ao fato da Espanha ser um dos países com idade mais baixa para o consentimento sexual.

Trouxe ainda que, o debate sobre essa idade voltou à tona em 2012, depois do assassinato de uma jovem de 13 anos pelo seu então companheiro na época, um adulto de 40 anos.

Esses dois exemplos demonstram a preocupação mundial com os crimes sexuais que vêm ocorrendo na atualidade, principalmente quando cometido contra crianças e adolescentes. As leis mundiais estão se moldando para que os interesses dessas pessoas de menor idade não sejam violados e para desencorajar e punir práticas voltadas à exploração sexual.

Entretanto, é preciso atentar-se para o fato de que cada país tem suas peculiaridades culturais, por isso as divergências de idades de consentimento, não podendo se definir uma idade padrão no mundo inteiro.

### **5.3. Declarações de Crianças e Adolescentes, Valor Probatório, a Lei Nº 13.431, de 4 de Abril de 2017, e o Denominado Depoimento Sem Dano**

De acordo com os ensinamentos de Marleci V. Hoffmeister (2016, p.132), a violência sexual perpetrada contra crianças e adolescentes é uma das formas mais cruéis de violência e exclusão, pois as vítimas são privadas de sua condição de sujeitos de direitos, uma vez que não são respeitadas a sua segurança, respeito e liberdade. Essa situação é traduzida em um tipo de violência estrutural, a qual crianças e adolescentes são submetidas diariamente.

A desigualdade social e cultural, principalmente para os menores que se encontram em condições sociais e econômicas menos favorecidas, são fatores que também colaboram para a vulnerabilidade destes.

<sup>3</sup> **Espanha Aumenta Idade de Consentimento Sexual**, 04 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.dn.pt/europa/interior/espanha-aumenta-idade-de-consentimento-sexual-3402518.html>>.

Outro fator importante que acaba por agravar o cenário de violência sexual contra crianças e adolescentes e sua vulnerabilidade, é o fato de que o delito, na maioria dos casos acontece dentro de suas casas, no ambiente familiar, cometido por pessoas próximas a vítima.

Hoffmeister (2016, p.132), afirmou também que para que se obtenha êxito na prevenção e no combate a esse tipo de violência, é fundamental que se dê voz às vítimas, tirando o protagonismo dos adultos. As vítimas devem ser tratadas como sujeito de direito que são, dentro do processo, devendo ser ouvidas, observando sua condição de pessoa em desenvolvimento com todas as suas particularidades.

Sobre colheita das declarações de vítimas infanto-juvenis, Nucci (2015; p.75) afirma que existem vários elementos a serem considerados, quais sejam: a) o grau de veracidade dessas declarações; b) o trauma gerado à vítima pela própria colheita em juízo; c) o confronto entre a palavra da criança ou adolescente e do réu adulto; d) a consideração de princípios constitucionais, nesse cenário, como o da prevalência do interesse do acusado.

Os profissionais envolvidos no processo e na colheita desses depoimentos, muitas vezes se deparam com este problema: a ideia de que a vítima não tem o correto discernimento e pode inventar ou mentir sobre o que de fato aconteceu.

Neste sentido, Nucci afirma que:

Sabe-se que a criança costuma fantasiar e criar histórias, fruto natural do amadurecimento, motivo pelo qual, eventualmente, pode encaixar a situação vivida com o acusado nesse contexto, aumentando e dando origem a fatos não ocorridos, mas também narrando, com veracidade, o acontecimento. Discernir entre a realidade e a fantasia é tarefa complexa e, por vezes, quase impossível. (NUCCI, 2015, p.75).

Levando todos estes fatos em consideração, é importante que o magistrado, ao tratar do depoimento de um infante, trate-a como prova relativa no processo, analisando-a junto com as demais existentes nos autos antes de tomar sua decisão.

Nucci (2015, p.74) explana ainda, que, nesse cenário, há pais ou responsáveis pela criança, que a induzem a narrar eventos não ocorridos ou a apontar o réu como autor de crime sexual, sem de fato ter ocorrido, e que

muitas vezes o infante, para agradar o adulto, termina confirmando os fatos induzidos, embora não corresponda à realidade.

O mesmo autor afirma ainda que:

Outro lado do tema envolve o confronto direto entre a palavra da criança ou adolescente e a do réu. Não se deve adotar uma postura absoluta, sob nenhum prisma: prevalece sempre a da vítima, porque o acusado sempre mente; prevalece sempre a palavra do réu, porque ele é adulto. A regra é a valoração desse confronto, feita pelo magistrado, com o auxílio interpretativo das partes, extraindo-se das entrelinhas de ambos os declarantes os dados relevantes para a solução do feito. (NUCCI, 2015, p.75)

Apesar disso, muitas declarações correspondem exatamente ao que de fato aconteceu, diante do exposto, é possível constatar que deve se ter cautela e realizar a harmonização com outras evidências processuais. Quanto ao adolescente, suas declarações podem ser mais confiáveis, a depender do modo de vida e de seu comportamento geral.

Os Tribunais Superiores, antes mesmo de ser promulgada a Lei 13.431 em 2017, já mostravam se favoráveis à utilização da técnica do depoimento especial para inquirição de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, como será mostrado no julgado a seguir:

ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL). PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA. ARTIGO 156, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA PLEITEADA ANTES DE DEFLAGRADA A AÇÃO PENAL. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE JUSTIFICAM A MEDIDA. DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVA URGÊNCIA DA OITIVA ANTECIPADA DAS VÍTIMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. De acordo com o artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, a prova poderá ser produzida antecipadamente, até mesmo antes de deflagrada a ação penal, desde que seja urgente e relevante, exigindo-se, ainda, que a medida seja necessária, adequada e proporcional.

**2. A relevância da oitiva das menores é incontestável, e sua condição de crianças suspeitas de haverem sido abusadas sexualmente é suficiente para que se antecipe a produção da prova testemunhal, estando demonstrada a urgência da medida,** vale dizer, que os seus depoimentos irão se perder ou não serão fidedignos caso sejam colhidos no futuro. 3. Conquanto a oitiva das vítimas antes mesmo de deflagrada a persecução penal caracterize situação excepcional, **o certo é que a suspeita da prática de crime sexual contra criança e adolescente justifica a sua inquirição na modalidade do 'depoimento sem dano', respeitando-se a sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, em ambiente diferenciado e por profissional especializado.** 4. A colheita antecipada das declarações de menores suspeitos de serem vítimas de abuso sexual, nos moldes como propostos na hipótese, evita que

revivam os traumas da violência supostamente sofrida cada vez que tiverem que ser inquiridos durante a persecução criminal. 5. Habeas corpus não conhecido. HC Nº 226.179 – RS (2011/0282360-5). Rel. Ministro JORGE MUSSI. QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2013. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013) (grifo nosso).

Os Ministros da 5ª Turma do STJ entenderam ser possível a produção de prova antecipada nos casos de suspeita de violência sexual praticada contra crianças e adolescentes devido a relevância e urgência do seu teor. Segundo o julgado deve ser respeitada a condição especial das crianças e adolescentes, de pessoa em desenvolvimento, em ambiente diferenciado e por profissional especializado.

### 5.3.1. A Lei nº 13.431, de 4 de Abril de 2017 e as mudanças no ECA

Em 2017 foi sancionada a Lei 13.431, com a intenção de normatizar e organizar o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Veja-se:

Art.10 (...) cria mecanismos para prevenir e coibir a violência, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, da Resolução no 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e de outros diplomas internacionais, e estabelece medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência.

É importante voltar a afirmar que, a criança (idade de até 12 anos incompletos) e o adolescente (idade entre 12 anos completos e 18 anos incompletos) merecem proteção integral pelo simples fato de serem pessoas em estágio peculiar de desenvolvimento físico, psíquico e moral (artigos 2º e 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 2º da Lei 13.431/17).

Nesse sentido, todos os entes federativos devem desenvolver políticas integradas e coordenadas visando garantir os direitos humanos da criança e do adolescente e resguardá-los de toda forma de violência.

A Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017 trouxe nova definição para as formas peculiares de ouvida de criança ou adolescente envolvidas em situação de violência (artigo 4º, parágrafo 1º), onde a intenção é evitar a chamada vitimização secundária, sendo estas:

- a) escuta especializada;
- b) depoimento especial.

A escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com menores, perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade (artigo 7º).

Já o depoimento especial (ou depoimento sem dano- DSD) é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária (artigo 8º). Este acontece de forma multidisciplinar (com auxílio especialmente de assistente social ou psicólogo), acompanhado, por vídeo, em tempo real, pelo magistrado e pelas partes. As perguntas à criança (ou adolescente) seriam feitas por intermédio de outro profissional, poupando a vítima de exposição pública ou, pelo menos, de estar diante do ambiente austero da sala de audiências, considerado um ambiente considerado menos constrangedor e mais propício à busca da verdade.

Ressalte se que este pode ser um método criativo de contornar o problema, evitando que o infante sofra a pressão natural do depoimento formal, em ato processual solene.

Para finalizar, é cabível o destaque do novo crime tipificado pelo artigo 24 da Lei 13.431/17, assim redigido:

Art. 24. Violar sigilo processual, permitindo que depoimento de criança ou adolescente seja assistido por pessoa estranha ao processo, sem autorização judicial e sem o consentimento do depoente ou de seu representante legal.  
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Estes procedimentos foram criados para que a vítima não seja submetida a um processo de inquirição onde a situação possa ser tão traumática quanto o próprio abuso.

## **6. OUTROS TIPOS PENAIS QUE LEVAM EM CONSIDERAÇÃO A VULNERABILIDADE**

Este capítulo tem como objetivo reafirmar dignidade humana como bem jurídico tutelado, que tem por intuito preservar o aspecto do sadio

desenvolvimento da sexualidade dos menores de 14 anos e maiores de 12 anos relacionado à capacidade de discernimento; e, não no aspecto da sua liberdade sexual. Para isso, trará ao debate os crimes sexuais contra vulnerável previstos no Capítulo II, pois uma das principais preocupações do legislador ao elaborar a Lei 12.015/2009 consistiu em conferir aos menores de 18 anos especial proteção contra a violência sexual e contra as mais diversas formas de exploração sexual.

### **6.1. O Induzimento do Menor para Satisfazer a Lascívia de Outrem**

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Classificação doutrinária: crime comum, material, de forma livre, instantâneo, comissivo (em regra), unissubjetivo e plurissubsistente.

Este crime está previsto no art. 218 do Código Penal e para melhor entendê-lo se faz necessário relembrar um conceito muito importante, para este e para os próximos crimes, que é o lenocínio. O lenocínio nada mais é do que, a satisfação da lascívia de um terceiro e não de si mesmo.

Nesse delito o agente induz (convence, cria a ideia) a vítima a praticar algum ato com a intenção de satisfazer a lascívia de outra pessoa. O ato precisa acontecer de forma meramente contemplativa (ex.: uso de uma fantasia), sem que exista contato físico entre o terceiro beneficiado e a vítima. Na hipótese de conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso, ambos, quem induziu e beneficiado, serão responsabilizados por estupro de vulnerável - CP, art. 217-A -, desde que, é claro, tenha existido dolo do aliciador nesse sentido.

A jurisprudência deixa clara a diferença entre os dois tipos penais:

TJSC: “Pretendida desclassificação para o crime previsto no art. 218 do CP. Inadmissibilidade. Delito que pune o agente que induz menor de 14 anos a prática de atos sexuais meramente contemplativos e destinados a satisfazer a lascívia de outrem. Situação diversa da apresentada. In casu, as palavras das vítimas, firmes e uníssonas, somadas às declarações de testemunhas, comprovaram, estreme de dúvidas, que os menores eram coagidos a praticar atos libidinosos uns com os outros e também permitir que o acusado neles praticasse, tudo visando a satisfação da sua concupiscência. Condutas que se amoldam perfeitamente ao crime de estupro de vulnerável. Desclassificação incabível. Manutenção da condenação que se impõe” (Ap. 2013.054416-2, 3.<sup>a</sup> C.C., rel. Leopoldo Augusto Brüggemann,

26.11.2013, v.u.). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2013).

Ademais, a conduta deve haver um beneficiário certo, diferente disso, caso o agente convença a vítima a satisfazer a lascívia de um número indeterminado de pessoas, o delito poderá ser o apresentado no art. 218-B: favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.

O lado passivo restringe-se somente ao menor de 14 (catorze) anos – pois sendo este maior, irá configurar o crime previsto no art. 227, § 1º, do Código Penal.

## **6.2. A Satisfação da Lascívia Própria ou de Outrem na Presença de Criança ou Adolescente**

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:  
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

A classificação doutrinária desse delito é crime comum, formal, de forma livre, instantâneo, comissivo (em regra), unissubjetivo e plurissubsistente.

Este crime, acrescentado pela Lei 12.015/09, está previsto no artigo 218-A e também traz o vulnerável como pessoa menor de 14 (quatorze) anos. A intenção da criação desse tipo penal é proteger o vulnerável menor contra influência ou ato de terceiro que possa prejudicar a sua formação ou desenvolvimento sexual.

Neste crime existem duas modalidades previstas no tipo:

1) praticar, na presença da vítima, conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso (ex.: em um cinema, com um menor de quatorze na poltrona ao lado, um casal pratica sexo oral);

2) induzir a vítima a presenciar conjunção carnal ou outro ato de libidinagem (nesta hipótese, o agente convence a vítima a presenciar o ato).

Jurisprudência atual onde os réus são condenados pelo crime do art.218-A do CP:

TJSP: “Estupro de vulnerável e satisfação da lascívia na presença de criança. Absolvição. Impossibilidade. Coerentes depoimentos das três

vítimas, bem como de testemunha ocular. Condenação mantida. (...) Segundo consta, em 08.05.2011, na área de lazer do Shopping Metrô Tatuapé, o apelante abordou os menores J., D. e E., contando, respectivamente, 13, 11 e 8 anos de idade. Na ocasião, ofereceu R\$ 10,00 a J. e D. para que estes deixassem o apelante praticar felação com os mesmos, o que foi negado pelas vítimas. Em seguida, os ofendidos dirigiram-se ao banheiro, sendo seguidos pelo acusado, o qual entrou em uma cabine juntamente com os três menores. Ato contínuo entregou R\$ 10,00 a J. e fez com que abaixasse as calças, passando a praticar sexo oral no menor enquanto acaricia o pênis de D., tudo na presença do menor E.” (Ap. 0035618-70.2011.8.0050, 16.<sup>a</sup> C.C., rel. Guilherme de Souza Nucci, v.u.). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2011).

TJSC: “Apelantes que constroem infante de 11 (onze) anos de idade à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Palavras firmes e coerentes da ofendida, corroboradas pelos relatos de conselheira tutelar, psicóloga e demais elementos de prova constantes nos autos. Relevância probatória. Condenação mantida. Crime de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente. Impossibilidade. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Agente que mantinha relação sexual com companheira adolescente e forçava a ofendida a assistir o ato. Depoimentos da vítima corroborados pelas declarações da própria adolescente e demais testemunhas que não deixam dúvida da prática do ilícito. Manutenção da condenação” (Ap. 2013.079539-8, 1.<sup>a</sup> C.C., rel. Marli Mosimann Vargas, 01.04.2014, v.u.). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2014).

A finalidade especial deve estar presente: a satisfação da própria lascívia ou a de outrem. A consumação se dá com a prática do ato libidinoso ou conjunção carnal na presença da vítima e a tentativa quando o ato sexual não chega a ser praticado.

### **6.3. O Favorecimento da Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual de Vulnerável**

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)  
Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Outro tipo penal incluso em 2009, previsto no artigo 218-B do Código Penal, neste crime se verifica outra noção utilizada pelo legislador para conceituar o vulnerável.

O conceito de vulnerável nesta hipótese é mais amplo, sendo este o menor de 18 (dezoito) anos ou quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual. Sendo a vítima menor de 14 (quatorze) anos, só ocorrerá o crime do art. 218-B se o aliciamento se der a um número indeterminado de pessoas.

Ademais, se vier a ocorrer o contato sexual entre vítima e beneficiado, o crime será o de estupro de vulnerável, tanto para quem alicia quanto para quem pratica o ato sexual.

Há dois núcleos dentro desse crime, o primeiro que é composto pelos quatro primeiros verbos do tipo penal – submeter, induzir, atrair e facilitar – condutas, as quais, que visam aliciar a vontade da vítima; e o segundo que compreende os dois últimos verbos – impedir e dificultar – onde, embora opostos aos primeiros verbos, para o legislador possuem a mesma gravidade, uma vez que evitam que a vítima saia do mundo da prostituição. O objetivo dessa tipificação é proteger a vítima que se dedica à prostituição (frequentar estabelecimento adequado para tal, modo de vida).

Os Tribunais Pátrios já vêm decidindo nesse sentido:

STJ: “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (art. 218-B do Código Penal) [rubrica anterior à Lei 12.978/2014]. Alegada atipicidade da conduta imputada ao paciente. Vítima que não teria se prostituído. Tipo penal que não exige o efetivo comércio do corpo para a caracterização do delito. Da leitura do tipo previsto no art. 218-B do Código Penal, depreende-se que para a configuração do ilícito em comento não se exige, como aduz o impetrante, que a vítima efetivamente se prostitua, bastando que seja induzida a fazê-lo. Doutrina” (HC 247833/PB, 5.<sup>a</sup> T., rel. Jorge Mussi, 18.10.2012, v.u.). (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012)

TJMG: “Incorre nas iras do art. 218-B, § 2.<sup>o</sup>, I, do Código Penal, aquele que pratica atos libidinosos diversos da conjunção carnal com uma jovem maior de 14 anos, mediante promessa de pagamento de certa quantia, aproveitando-se do estado de miserabilidade da ofendida” (Ap. 0523995-52.2010.8.13.0145/MG, 2.<sup>a</sup> C.C., rel. Renato Martins Jacob, 28.06.2012). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2012).

Embora existam concepções distintas de vulnerabilidade, é preciso deixar claro que a relativização desse conceito não pode servir para a exploração sexual.

## **7. A RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE DE ACORDO COM OS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Este capítulo tem como função aprofundar o conteúdo das decisões judiciais no país em relação ao conceito de vulnerabilidade e consentimento dos menores de 14 anos e maiores de 12, foco deste trabalho.

Os crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes englobam, não obstante, peculiaridades que devem ser destacadas, e permitem uma tentativa de compreensão da condescendência e até, o que pode se chamar de aceitação social, de seus episódios, inclusive no contexto da produção de decisões judiciais.

Posta essa afirmação, vale ressaltar que serão apreciadas posições jurisprudenciais, no que tange à possibilidade de relativização da vulnerabilidade, dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina, Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná, Pernambuco, Minas Gerais, Pará e Distrito Federal, com intenção de extrair os seus fundamentos.

Destaca-se que as jurisprudências são datadas de 2010 até o presente dia, levando em consideração as inúmeras alterações trazidas pela Lei 12.015/09, abordadas anteriormente, que modificou, principalmente o crime de estupro e o significado de presunção de violência absoluta. Diversas jurisprudências analisadas no decorrer deste capítulo estão fundamentadas no recurso repetitivo, tema n. 918, do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa a seguir (grifo nosso):

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 (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).[...] 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". [...] 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 infantojuvenil 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 psicologicamente 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.** (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010)

Neste julgado é incontestável que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça confirma a opção do legislador no que se refere à objetividade do tipo penal em relação à idade do ofendido, não deixando margem para a

análise do caso concreto, considerando apenas o critério etário. Resta claro que este recurso foi baseado na ideia de que os “adultos” se envolvem com indivíduos menores de 14 anos com o dolo específico de aproveitar-se de sua inocência.

O julgador não tece nenhum comentário acerca da ofensividade real e concreta do bem jurídico, passando a ideia de que para o Direito Penal não importa se houve ou não a real lesão ou o risco de lesão ao bem tutelado.

### **7.1. Supremo Tribunal Federal**

É importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal é praticamente irreduzível em relação a relativização da vulnerabilidade, como será visto adiante, posto que não foi encontrada nenhuma decisão no sentido da relativização.

STF: “1. A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal reafirmou o caráter absoluto da presunção de violência no crime de estupro contra vítima menor de catorze anos (art. 213 c/c art. 224, ‘a’, do CP, com a redação anterior à Lei 12.015/2009), sendo irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima. Precedentes” (RHC 97664 AgR/DF, 2.<sup>a</sup> T., rel. Teori Zavascki, DJ 08.10.2013, v.u.). (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013)

STF: “O entendimento desta Corte pacificou-se quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/2009, a obstar a pretensa relativização da violência presumida. (...) 3. Não é possível qualificar a manutenção de relação sexual com criança de dez anos de idade como algo diferente de estupro ou entender que não seria inerente a ato da espécie a violência ou a ameaça por parte do algoz” (HC 105558/PR, 1.<sup>a</sup> T., rel. Rosa Weber, 22.05.2012, v.u.). (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012)

STF: “O bem jurídico tutelado no crime de estupro contra menor de 14 (quatorze) anos é imaturidade psicológica, por isso que sendo a presunção de violência absoluta não pode ser elidida pela compleição física da vítima nem por sua anterior experiência em sexo. Precedentes: HC 93.263, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.<sup>a</sup> T., DJe 14.04.2008, RHC 79.788, rel. Min. Nelson Jobim, 2.<sup>a</sup> T., DJ 17.08.2001 e HC 101.456, rel. Min. Eros Grau, DJe 30.04.2010” (HC 109206/RS, 1.<sup>a</sup> T., rel. Luiz Fux, 18.10.2011, m.v.).(BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010)

STF: “Para a configuração do estupro ou do atentado violento ao pudor com violência presumida (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009), é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência a que se refere a redação anterior da

alínea a do art. 224 do Código Penal é de caráter absoluto. Precedentes (HC 94.818, rel. Min. Ellen Gracie, DJe 15.08.2008)” (HC 97052/PR, 1.ª T., rel. Dias Toffoli, 16.08.2011, m.v.). (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008)

STF: “Ambas as Turmas desta Corte pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o artigo 224, alínea ‘a’ [hoje, art. 217-A] do Código Penal é absoluta. 2. A violência presumida foi eliminada pela Lei 12.015/2009. A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos consubstancia crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (HC 101456/MG, 2.ª T., rel. Eros Grau, 09.03.2010, v.u.). (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010)

STF: “Para a configuração do estupro ou do atentado violento ao pudor com violência presumida (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009 [hoje, art. •••••••••• 217-A]), é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência a que se refere a redação anterior da alínea a do art. 224 do Código Penal é de caráter absoluto. Precedentes (HC 94.818, rel. Min. Ellen Gracie, DJe 15.08.2008)” (HC 99993/SP, 2.ª T., rel. Joaquim Barbosa, 24.11.2009, v.u.). (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010)

Outrossim, pode-se concluir que este Tribunal ignora a subjetividade dos fatos, analisando apenas objetivamente o crime. Uma crítica a este fato seria a enorme distância jurídica que possui em relação ao processo inicial. Esta corte cuida dos processos que estão em recurso pela segunda vez, mantendo uma enorme distância do “calor do processo”.

## **7.2. Superior Tribunal de Justiça**

O Superior Tribunal de Justiça , apesar de decidir na maioria dos casos pela manutenção do critério absoluto e objetivo de vulnerabilidade, em alguns casos considerou a relativização desta:

STJ: “1. A condição objetiva prevista no art. 217-A do Código Penal encontra-se presente, in casu, porquanto suficiente que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou nestes autos, para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação desse crime ou a suposta experiência sexual pregressa da vítima” (AgRg no REsp 1418859/GO, 6.ª T., rel. Sebastião Reis Junior, 20.03.2014, v.u.). (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014)

STJ: “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” (REsp 1371163/DF, 6.ª T., rel. Sebastião Reis Junior, 25.06.2013, v.u.). (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013)

STJ: “A presunção de violência, anteriormente prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o seu consentimento para a formação do tipo penal do estupro” (HC 217531/SP, 5.ª T., rel. Laurita Vaz, 21.03.2013, v.u.). (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013)

STJ: “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a anterior experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos são irrelevantes para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, ‘a’, do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta” (HC 200916/MG, 5.ª T., rel. Jorge Mussi, 08.11.2011, v.u.). (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011)

STJ: “Se o paciente mantinha relacionamento amoroso com a vítima e as relações sexuais foram consensuais, sendo ela menor de 14 anos, esse consentimento não tem repercussão no Direito Penal, tratando-se de presunção absoluta de violência. Sendo indubitosa a ocorrência do crime e confirmada a autoria inclusive pela confissão do paciente, não há ilegalidade a ser sanada” (HC 138239/ES, 5.ª T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 21.06.2011, v.u.). STJ: “Mostra-se irrelevante a averiguação da existência de violência real, quando a vítima tem apenas 11 anos de idade, situação em que a violência é presumida e essa presunção é absoluta” (HC 142024/ES, 5.ª T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 04.02.2010, v.u.). (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011)

#### Vulnerabilidade relativa:

STJ: “2. O delito imputado ao recorrido teria sido em tese praticado anteriormente ao advento da Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, que implementou recentíssimas alterações no crime de estupro. O acórdão absolutório, objeto do presente recurso especial, **entendeu ser insustentável que uma adolescente, com acesso aos modernos meios de comunicação, seja absolutamente incapaz de consentir relações sexuais**, o que, no entender do Tribunal a

quo, implicaria responsabilização objetiva ao réu, vedada no nosso ordenamento jurídico. 3. É inadmissível a manifesta contradição de punir o adolescente de 12 anos de idade por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal. Precedente – HC 88.664/GO, julgado em 23.06.2009 pela 6.<sup>a</sup> Turma desta Casa e divulgado no Informativo Jurídico 400 deste Superior Tribunal de Justiça. 4. No que diz respeito à conclusão do acórdão hostilizado, no sentido de estar bem caracterizada a prova acerca do consentimento da ofendida, é defeso a esta Corte o revolvimento fático probatório, conforme Sumula 07 deste Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso ao qual se nega provimento” (REsp 494792/SP, 6.<sup>a</sup> T., rel. Celso Limongi, 02.02.2010, v.u.). (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010)  
(grifo nosso)

STJ: “1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, ‘a’, do Código Penal (hoje revogado pela Lei 12.015/2009), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de quatorze e maior de doze anos de idade. Precedentes. 2. O Tribunal de origem, ao preservar o decism absolutório de primeiro grau, fundou suas razões no fato de que a vítima, então com 13 anos de idade, mantinha um envolvimento amoroso de aproximadamente 2 meses com o acusado. Asseverou-se que a menor fugiu espontaneamente da casa dos pais para residir com o denunciado, ocasião em que **teria consentido com os atos praticados, afirmando em suas declarações que pretendia, inclusive, casar-se com o Réu.** 3. Acrescentou a Corte de origem, que a menor em nenhum momento demonstrou ter sido ludibriada pelo Réu, bem como não teria a inocência necessária nos moldes a caracterizar a hipótese prevista na alínea ‘a’ do art. 224 do Código Penal. 4. **Diante da inexistência de comprovação de que tenha havido violência por parte do Réu, plausível o afastamento da alegação de violência presumida.** 5. Ressalte-se que as conclusões acerca do consenso da vítima e demais circunstâncias fáticas da causa são imodificáveis, em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 desta Corte. 6. Recurso ao qual se nega provimento” (REsp 637361/SC, 6.<sup>a</sup> T., rel. Og Fernandes, 01.06.2010, v.u.). (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010)  
(grifo nosso)

Nos dois julgados que consideram a vulnerabilidade relativa da adolescente, utilizam dos mesmos critérios, quais sejam, a possibilidade e capacidade de consentimento das jovens e a ausência de violência nos casos concretos demonstrados.

### 7.3. Tribunais de Justiça de Minas Gerais, Goiás e DF

É notório, que nos estados de Minas Gerais, Goiás e no Distrito Federal a imensa maioria das decisões são no sentido de acompanhar o Supremo

Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a tese de que a vulnerabilidade é absoluta, veja-se:

TJMG: “Não há falar-se em consentimento de uma menor de doze 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” (Ap. 1.0216.08.054162-8/001/MG, 1.<sup>a</sup> C.C., rel. Walter Luiz, 21.02.2013). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2013)

TJMG: “Sendo a vítima menor de quatorze (14) anos e tendo sido comprovada a prática do ato sexual, a condenação é medida que se impõe, sendo irrelevante anterior experiência sexual ou o fato de ter a vítima permitido a ação” (Emb. Inf. E de Nulidade 1.0086.09.029004-9/002/MG, 6.<sup>a</sup> C.C., rel. Rubens Gabriel Soares, 29.01.2013). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2013)

TJMG: “O consentimento da ofendida, para a prática de conjunção carnal, sendo ela menor de 14 anos, circunstância conhecida do acusado, não elide a presunção de violência, de molde a caracterizar o delito de estupro” (Ap. 1.0056.09.205399-2/001/MG, 2.<sup>a</sup> C.C., rel. Beatriz Pinheiro Caires, 22.11.2012). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2012)

TJMG: “Em se tratando de vítima menor de quatorze anos, seu consentimento é irrelevante para a caracterização dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, uma vez que a presunção de violência prevista no art. 224, ‘a’, do Código Penal tem caráter absoluto” (Ap. 1.0223.06.185560-5/001(1)/MG, 7.<sup>a</sup> C.C., rel. Marcílio Eustáquio Santos, 28.07.2011). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2011)

TJMG: “A violência ficta, ou seja, aquela que é presumida em razão de ser a vítima menor de 14 anos tem caráter absoluto, sendo despidendo, portanto, o seu consentimento para o ato, ainda mais quando se tratando de ofendido que conta com apenas 5 anos de idade” (Ap. Crim. 1.0432.09.020538-1/001(1)/MG, 2.<sup>a</sup> C.C., rel. Nelson Missias de Moraes, 05.08.2010, v.u.). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2010)

TJGO: “É de natureza absoluta a presunção de violência do crime de estupro de vulnerável, pela descrição contida no art. 217-A, do Código Penal Brasileiro, sendo de sômos importância o consentimento da vítima e irrelevante o fato de ser pessoa com experiência sexual para afastar a caracterização do delito, questões inaptas ao resultado absolutório da imputação” (Ap. 463671-05.2011.8.09.0006/GO, 2.<sup>a</sup> C.C., rel. Luiz Cláudio Veiga Braga, 21.03.2013, v.u.). TJGO: “Sendo a presunção de violência de natureza absoluta e restando provado que o apelante tinha conhecimento quanto a menoridade da vítima não ha que se falar em absolvição” (Ap. Crim. 36977-7/213/GO, 1.<sup>a</sup> C.C., rel. Ivo Favaro, 04.02.2010, v.u.). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS, 2010)

TJGO: “Além de não provados, a experiência sexual anterior e o consentimento da menor a copula vaginal são circunstâncias irrelevantes à configuração do tipo penal de estupro com violência

presumida, pois tratando-se de vítima . . . . . menor de 14 anos de idade sua incapacidade volitiva é latente” (Ap. Crim. 37247-9/213/GO, 2.ª C.C., rel. José Lenar de Melo Bandeira, 17.12.2009, v.u.). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS, 2009)

TJDF: “Em que pese a Lei 12.015/2009 ter retirado do texto penal incriminador a figura da violência presumida, o fato é que introduziu o art. 217-A, do CP, chamado de ‘estupro de vulnerável’, impondo, de igual modo, uma obrigação geral de abstenção da conduta de manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de quatorze anos. A toda evidência, dentro do sistema de presunção do Código Penal, ao fixar a idade limite, quis o legislador afirmar a incapacidade absoluta do menor de quatorze anos para consentir na prática do ato sexual. Portanto, a absolvição do acusado é inviável, pois comprovado, à saciedade, a prática de conjunção carnal entre ele e a vítima, que contava com apenas dez anos de idade à época dos fatos” (Apr. 2007.06.1.013104-9/DF, 2.ª T.C., rel. Arnaldo Camanho de Assis, 24.06.2010). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL, 2010)

É importante ressaltar, que não foram encontrados muitos casos em que possuíam a fundamentação na relativização da vulnerabilidade, com base na capacidade de discernimento.

Portanto, percebe-se que há muito que se discutir em relação a relativização ou não da vulnerabilidade das vítimas entre 12 e 14 anos, uma vez que diversos Juízes já se depararam com situações em que, no caso concreto, inviável seria a condenação do réu, por diversos motivos.

Com a apresentação de diversas jurisprudências de Tribunais em estados aleatórios e dos Tribunais Superiores pode-se concluir pela confirmação da objetividade trazida pelo tipo penal do art.217-A, que na maioria dos casos consideram absoluta a vulnerabilidade das vítimas menores de 14 anos, a indisponibilidade do bem jurídico, a desnecessidade de verificar ofensividade ao bem tutelado, no caso concreto e a ausência de validade no consentimento, independente das condições específicas de cada vítima. Entretanto, apesar de minoria, evidenciaram-se algumas decisões que foram ao encontro das problemáticas levantadas neste trabalho, deixando a questão para reflexão.

## **8. DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO**

Para responder o questionamento do presente trabalho é importante apresentar o conceito da palavra consentimento e mostrar sua relevância no

caso da vítima vulnerável na aplicação do art.217-A, *caput*, do Código Penal. Nas palavras do autor José Henrique Pierangeli:

A palavra consentimento vem do latim *consentire* e, no seu sentido originário exprime a concordância entre as partes ou uniformidade de opinião. Por tal razão, emprega-se a palavra mútuo consentimento, com o significado de consentimento. (PIERANGELI, 1995, p.66):

No início do século IX, o penalista germânico Feurbach (2016, p.132) começou a abordar a possibilidade da exclusão do delito pelo consentimento da vítima, segundo Pierangeli (1995, p.67), enquanto um indivíduo pudesse renunciar seus direitos por um ato de declaração de vontade, o consentimento para o fato da parte do prejudicado eliminaria o conceito de delito, portanto, para àquele a validade do consentimento dependia da natureza do crime e da capacidade em dispor do bem jurídico tutelado, cuja solução ficaria adstrita aos princípios do direito vigente.

No Código Penal existem algumas figuras típicas, onde o delito é caracterizado pela negativa do consentimento. Aníbal Bruno *apud* Pierangeli esclarece que: “quando um dos elementos do tipo é o não consentimento do titular do bem jurídico, se este consente o tipo não se configura e não existe crime.” (PIERANGELI, 1995, p.89). Como exemplo tem-se a violação de domicílio, artigo 150 do CP, quando a dona da casa, detentora do bem jurídico, permite a entrada do sujeito ou a sua permanência nela.

De acordo com Pierangeli (1995, p.90), parte da doutrina concorda que o consentimento do ofendido exclui somente a antijuridicidade, e outra parte, como o autor acredita que o consentimento do interessado constitui causa de atipicidade.

João Daniel Rassi (2015, p.827) sustenta que, nos crimes sexuais o dissenso da vítima é à base da construção de todo injusto típico e ainda que seu consentimento, de outro modo, quando exercido sem nenhum vício e dentro das condições necessárias de validade pode produzir a exclusão do tipo. Nas palavras do autor:

Para que o consentimento seja válido, em primeiro lugar, deve ser manifestado por aquele que consente com o ato sexual, de forma que seja possível de ser apreendido. A exteriorização da vontade, desta forma, é fundamental na avaliação do consentimento, uma vez que deve ser inequívoca, capaz de afastar o elemento “violência ou grave

ameaça” presente nos tipos penais referentes a estes delitos. (RASSI, 2014, p.828)

A capacidade de compreensão da vítima é indispensável para que o consentimento seja válido, já que este é visto como expressão da liberdade de ação.

O bem jurídico tutelado no crime de estupro de vulnerável, como mencionado anteriormente, não é a liberdade sexual. O legislador ao inserir o art.217-A, *caput*, no Código Penal, deixou explícita sua descrença na capacidade de consentir ao ato sexual, do menor de 14 anos, que considerou essa categoria como vulnerável, por acreditar que tais indivíduos não possuem a maturidade sexual ou desenvolvimento mental completo para tal decisão.

Recente decisão do STJ, com relatoria do ministro Rogerio Schietti Cruz considerou os menores de 14 absolutamente incapazes, pela 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. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.480.881 - PI (2014/0207538-0) (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014)

É importante esclarecer, que o crime que motivou essa decisão foi cometido contra uma criança com idade inferior a 12 anos, idade em que pode ser considerada absoluta a vulnerabilidade. A questão foco deste estudo é se todos os menores de 14 anos, inclusive o adolescente de 13 anos, 11 meses e 29 dias, por exemplo, são de fato incapazes de consentir aos atos sexuais como presumiu o legislador.

### **8.1. Da Possibilidade da Relativização do Consentimento do Vulnerável**

Na novel disciplina legal, o conceito de vulnerabilidade ocupa a posição central.

Uma vez esclarecidos todos os aspectos do crime de estupro de vulnerável, art.217-A do Código Penal, com ênfase no seu *caput*, faz-se

necessária à discussão acerca da possibilidade ou não de relativização do consentimento do vulnerável menor de 14 anos, citado no artigo.

É importante lembrar que, antes da introdução da Lei 12.015/09 a questão de discussão na doutrina e jurisprudência era se a presunção de violência do art.224, no campo da idade, era relativa ou absoluta. Essa questão da presunção foi afastada, ganhando uma nova roupagem com a criação do presente artigo e da figura do vulnerável.

Ainda assim, o legislador ao editá-lo não afastou completamente as lacunas existentes nesse sentido, já que segundo Nucci (2011, p.737) a interpretação literal do recém editado art.217-A do CP está criando conclusões precipitadas no sentido de que a discussão sobre a natureza da presunção, se era absoluta ou relativa, foi ultrapassada, abrindo espaço para a presunção *iuris et de iure* de vulnerabilidade das pessoas elencadas ali.

Para que seja constatada a vulnerabilidade não é suficiente a comprovação da idade cronológica, portanto apesar do critério utilizado para definir as vítimas desse delito, torna-se imprescindível que haja uma interpretação sistemática e não apenas literal da lei.

A respeito do tema proferiu João Rassi:

[...] A elementar da idade da vítima não é absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14 anos, caso em que sua vulnerabilidade será constatada no caso concreto, tendo em vista a sua relativa capacidade. Assim, verificar-se-á se houve ou não abuso na relação sexual entre o maior e o menor, que causou dano para este último, reforçando a afirmação de Roxin já acolhida de que capacidade de compreensão é matéria de fato. (RASSI, 2015, p.839).

Esse aspecto também é comentado por Cezar Roberto Bitencourt (2014, p.102) quando afirma que apesar do legislador ter suprimido a previsão expressa da presunção de violência, a interpretação mais racional deve seguir o mesmo caminho que vinha trilhando a orientação do STF, qual seja examinar cada caso individualmente, para se constatar *in concreto*, as condições pessoais de cada vítima, no que concerne ao seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana incriminada, ante a evolução comportamental da moral sexual contemporânea.

Grande parte da doutrina e da jurisprudência, em discordância com o legislador, acredita ser relativa a presunção de vulnerabilidade consagrada no

novo texto legal, onde se faz indispensável a avaliação casuística. Nesse sentido o Tribunal de Justiça do RS deu provimento a apelação de nº 70055863096:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE ENTRE 12 E 14 ANOS. RELATIVIZAÇÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. APELO PROVIDO. Os elementos de convicção existentes no caderno processual evidenciam a ocorrência de relação sexual consentida entre o acusado, de 20 anos, e a ofendida, com idade entre 12 e 13 anos. Ausência de indicativos de que a adolescente tenha sido coagida à prática do referido ato. Indemonstradas a fragilidade ou incapacidade mental da jovem para consentir. Necessidade de relativização da presunção de vulnerabilidade que recai sobre a mesma. Precedentes no sentido de que o critério etário adotado pelo legislador infraconstitucional não mais se considera absoluto, sobretudo diante dos avanços sociais, da universalização do acesso à informação e, conseqüentemente, da obtenção de maturidade e capacidade de discernimento pelos adolescentes. Liberdade da jovem mulher para decidir sobre questões envolvendo sua sexualidade que não pode ser desconsiderada. Inaplicabilidade de tais ponderações aos casos de limitação por doença mental ou às crianças cuja maturidade só se dará com o passar dos anos. Sentença condenatória reformada ao efeito de absolver o réu por atipicidade da conduta, nos termos do artigo 386, inciso III, do CPP. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70055863096, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 28/05/2014) (TJ-RS - ACR: 70055863096 RS , Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Data de Julgamento: 28/05/2014, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/07/2014) (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2014)

O Juiz no caso exposto, acreditou que a relação sexual entre a adolescente e o jovem havia sido consentida, sem que houvesse coação, e que esta tinha plena capacidade para o consentimento do ato sexual. Portanto decidiu pela absolvição do acusado, diante da necessidade de relativização da vulnerabilidade da adolescente, tendo em vista os avanços sociais, universalização do acesso à informação e conseqüente obtenção de maturidade e capacidade de discernimento pelos jovens de hoje.

Nesse diapasão, Nucci (2010, p.75) mantém que, em respeito aos princípios constitucionais de intervenção mínima do direito penal, da ofensividade, do contraditório e da presunção da inocência, a vulnerabilidade, precisa ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, em observância à fragilidade e capacidade física ou mental da vítima de consentimento ao ato sexual, de acordo com o caso concreto.

Devem ser instaurados pelo operador do Direito, mecanismos para o combate ao abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes, a existência de pressupostos legais para justificar a adequação social dos abusos praticados contra menores de idade só aumenta a perpetuação da ocorrência e impunidade dos agentes dessa modalidade penal.

Gabriel Nunes Do Rêgo (2017, p.4) entende que é uma tarefa comunitária, cultural, a demandar também o envolvimento da família, da escola e do Estado que crianças e adolescentes tenham acesso generalizado e qualificado à informação sobre direitos sexuais e exercício da sexualidade, não se pode presumir, de forma absoluta, que estes já o tenham.

Para que seja tratado o tema, consentimento seria fundamental a comprovação de que o adolescente teve acesso adequado à educação/instrução formal sobre sexualidade e afins, levando em consideração também, as especificidades de cada indivíduo, inclusive sobre o meio em que este vive.

De acordo com Gabriel Nunes, “trata-se, em última análise, do direito que toda criança e adolescente tem de desenvolver uma auto proteção contra as violações e explorações de natureza sexual.”( RÉGO, 2017, p.5)

Não obstante a redação da legislação em vigor, a doutrina e algumas decisões dos Tribunais pátrios vem aceitando a flexibilização do rigor da lei, ao admitir a viabilidade de relativização da conhecida vulnerabilidade.

Nessa continuidade, João José Leal e Rodrigo José Leal afirmaram:

[...] a exemplo da violência presumida, a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos pode, também, ser afastada diante da prova inequívoca de que a vítima de estupro possui experiência da prática sexual e apresenta comportamento incompatível com a regra de proteção jurídica préconstituída. Essa é uma questão delicada, mas cremos que, em casos especiais, é possível admitir-se a exceção à regra geral, desde que essa condição de experiência sexual do sujeito passivo venha a constituir um fator determinante para o agente incidir em erro de tipo. É evidente que o menor precocemente amadurecido nas coisas do sexo, seja qual for o motivo que conduz a essa lamentável condição, não deixa de merecer a proteção especial do Direito. Mas pode perder o seu estado de inocência e de ingenuidade, ou seja, de “pessoa vulnerável”, que é o fundamento ético-jurídico do princípio da proteção integral, principalmente se aparentar idade superior e complexão física precocemente desenvolvida. Nesses casos, a inexistência de violência real ou grave ameaça podem eliminar a tipicidade da conduta de manter relação sexual ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos de idade. Embora seja triste admitir,

nas hipóteses de atos sexuais mantidos com menores de 14 anos já iniciados na prática de coito anal ou vagina, da felação ou outros atos libidinosos, a presunção de pessoa vulnerável quanto à integridade sexual pode ser afastada. (LEAL e LEAL, 2009, p.1).

Para reforçar a tese defensiva em benefício da relativização da presunção de vulnerabilidade, pode-se destacar a manifestação do STJ, de 27 de março de 2012, que expôs em seu *site* a seguinte nota:

Presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa.

Para a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a presunção de violência no crime de estupro tem caráter relativo e pode ser afastada diante da realidade concreta. A decisão diz respeito ao artigo 224 do Código Penal (CP), revogado em 2009.

Segundo a relatora, ministra Maria Thereza de Assis Moura, não se pode considerar crime o ato que não viola o bem jurídico tutelado – no caso, a liberdade sexual. Isso porque as menores a que se referia o processo julgado se prostituíam havia tempos quando do suposto crime.

Dizia o dispositivo vigente à época dos fatos que “presume-se a violência se a vítima não é maior de catorze anos”. No caso analisado, o réu era acusado de ter praticado estupro contra três menores, todas de 12 anos. Mas tanto o magistrado quanto o tribunal local o inocentaram, porque as garotas “já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data”.

Segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), a própria mãe de uma das supostas vítimas afirmara em juízo que a filha “enforcava” aulas e ficava na praça com as demais para fazer programas com homens em troca de dinheiro.

“A prova trazida aos autos demonstra, fartamente, que as vítimas, à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo. Embora imoral e reprovável a conduta praticada pelo réu, não restaram configurados os tipos penais pelos quais foi denunciado”, afirmou o acórdão do TJSP, que manteve a sentença absolutória.

Divergência

A Quinta Turma do STJ, porém, reverteu o entendimento local, decidindo pelo caráter absoluto da presunção de violência no estupro praticado contra menor de 14 anos. A decisão levou a defesa a apresentar embargos de divergência à Terceira Seção, que alterou a jurisprudência anterior do Tribunal para reconhecer a relatividade da presunção de violência na hipótese dos autos. Segundo a ministra Maria Thereza, a Quinta Turma entendia que a presunção era absoluta, ao passo que a Sexta considerava ser relativa. Diante da alteração significativa de composição da Seção, era necessário rever a jurisprudência.

Por maioria, vencidos os ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior, a Seção entendeu por fixar a relatividade da presunção de violência prevista na redação anterior do CP.

Relatividade

Para a relatora, apesar de buscar a proteção do ente mais desfavorecido, o magistrado não pode ignorar situações nas quais o caso concreto não se insere no tipo penal. “Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado”, afirmou. “O direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais,

ponderando-as, inclusive e principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais”, completou. “Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado – a liberdade sexual –, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo”, O número deste processo não é divulgado em razão de sigilo judicial. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012)

A título de exemplo da possibilidade de relativização da vulnerabilidade Nucci (2011, p.736), trouxe o caso de uma garota, moradora de um grande centro urbano e com o total acesso a informação, que escolheu na véspera de seu aniversário de 14 anos, manter relações sexuais com seu namorado, por acreditar que isso seria romântico. Nesse caso o doutrinador não acredita que se possa seriamente cogitar no reconhecimento da vulnerabilidade necessária ao caráter criminoso do comportamento.

Ainda nas palavras do autor, Guilherme Nucci:

Afinal, a singela redação do art. 217-A não é capaz de alterar décadas de julgados, que sempre permitiram o debate acerca da presunção de violência (se absoluta ou relativa). Por outro lado, firmando-se a posição de que a vulnerabilidade é sempre absoluta, com a devida vênia, injustiças podem ocorrer. Há adolescentes que namoram precocemente e já mantêm relação sexual. Se tiverem 12 ou 13 anos podem levar o parceiro a sofrer alguma espécie de sanção. Existem, ainda, as adolescentes que, nessa idade (abaixo dos 14), já são mães. Considerando-se a vulnerabilidade absoluta, deve-se processar e prender a, pelo menos, oito anos de reclusão os seus companheiros, pais de seus filhos, o que se nos afigura ilógico. Em lugar de preservar a família formada, ocupar-se-ia o direito penal de desagregá-la por completo. (NUCCI, 2015, p.73).

Destarte, a realidade social não pode ser simplesmente ignorada, pois adolescentes têm iniciado a vida sexual de forma cada vez mais precoce, independentemente do motivo para tal, seja pela influência das mídias sociais ou cuja qualidade na educação vem piorando a cada dia, seja por amizades de variadas idades e diferenças sociais, ou por outros motivos igualmente relevantes. Assim, resta demonstrado que o consentimento pleno e não viciado da vítima, deverá constatar na atipicidade da conduta do crime em tela.

Na sociedade contemporânea, a visão e o entendimento dos indivíduos, principalmente os adolescentes, sobre o sexo está em constante mudança, em função da educação familiar, das políticas institucionais e do acesso aos meios de comunicação cada vez mais cedo e por um número maior de pessoas.

Atualmente, o tema sexualidade está incluso no currículo escolar, na maioria dos Estados brasileiros, inclusive, como assunto obrigatório, junto a outros temas que também são importantes e considerados contemporâneos, como meio ambiente, violência, drogas entre outros.

O que demonstra uma coerente preocupação dos poderes públicos, das escolas e da família em que os jovens sejam bem orientados em relação a temas que estão presentes no seu dia a dia e que foram advindos da contemporaneidade. A sociedade precisa acompanhar a evolução em relação ao alcance da maturidade sexual por parte desses adolescentes. Tentar fazer com que os adolescentes se abstenham da vida sexual, por meio de normas penais não impede que isso de fato aconteça, e nem ajuda a orientá-los a prevenir possíveis doenças sexuais ou uma eventual gravidez.

O legislador ao tentar dar sentido absoluto ao critério de vulnerabilidade mostrou-se em descompasso com a realidade social e com isso, acaba por punir relações que podem ser consideradas idôneas e recíprocas. Admitir que a liberdade sexual de um indivíduo que possua de 12 a 13 anos não é um bem disponível a ele é admitir que a realidade legal e a realidade fática não estão na mesma sincronia.

Portanto não se pode presumir absoluta a vulnerabilidade de todos os indivíduos menores de 14 anos, cabendo então a sua relativização. Todas as peculiaridades do menor, bem como o caso concreto a ser analisado, devem ser observados e levados em consideração antes de punir condutas que, em muitos casos, não deveriam ser consideradas criminosas.

## **9. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, em se tratando das reformas do Código Penal Brasileiro pela Lei 12.015, é notória a preocupação do legislador em proteger de uma forma mais ampla as vítimas de crimes sexuais, principalmente as vulneráveis, que carecem de mais cuidado, por não poder consentir ou resistir ao ato sexual, tendo em vista o artigo 217-A, do CP.

Entretanto a análise da vulnerabilidade nesse artigo deve ser feita com cuidado, para que a interpretação da lei não leve a decisões equivocadas, onde

qualquer relação sexual praticada com os indivíduos elencados nessa categoria, mesmo havendo consentimento, seja considerada como conduta criminosa.

A exclusão do tipo penal que previa a presunção de vulnerabilidade não foi suficiente para sanar os debates existentes acerca do tema. Ainda há divergências entre os Tribunais e doutrinas no que concerne a aplicação da lei 217-A, do CP, principalmente do seu *caput*, que trata dos menores de 14 anos, de forma absoluta e literal sem levar em conta a situação tratada no caso concreto.

Os valores da sociedade, assim como o direito, estão sempre evoluindo, ou é assim que deveria ser. As leis precisam acompanhar as mudanças da sociedade, especialmente as leis penais, tendo em vista que as pessoas de 1940 não pensam ou agem da mesma forma que as do século XXI, principalmente os jovens.

Nesse diapasão, vale ressaltar que, atualmente, os adolescentes tem maturidade e são absolutamente capazes de compreender a consequência dos seus atos, como dispõe o ECA, ao penalizá-los caso cometam atos infracionais. Sendo assim, são suficientemente aptos para consentir à prática sexual.

Ademais, certos bens jurídicos antes tutelados como os costumes, deixaram de ter importância diante da sociedade contemporânea, dando lugar a dignidade sexual do ser humano, sendo esta de grande relevância e carecendo de proteção.

Feita a análise de todos os aspectos à disposição no presente estudo, parece razoável a flexibilização da vulnerabilidade do artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, em se tratando dos adolescentes com idade entre 12 e 14 anos, tornando-a relativa e podendo oferecer ao acusado a chance de se defender provando sua inocência, e até absolvê-lo da prática delituosa imputada a ele.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Júlia Silva. Estupro de menor: presunção de violência é inconstitucional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4321, 1maio 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32636>>. Acesso em: 27 out. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Penal e processo penal: parte especial/** organizador Gustavo Henrique.-- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. – (Coleção doutrinas essenciais; v.3)

BARROSO FILHO, José. **Do ato infracional**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2470>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 8 ed.rev., ampl.e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)>. Acesso em: 18 de out.2015.

BRASIL, **STF**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>> Acesso em 18 de outubro de 2018.

BRASIL.**STJ**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19126618/recurso-especial-resp-987124-sp-2007-0216856-0-stj>>. Acesso em: 18 de out.2015.

BRASIL.**STJ**. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117929689/apelacao-criminal-apr-20070310299447-df-0029944-2820078070003>>. Acesso em 18 de out.2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte especial 1/** Paulo César Busato. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Vicente de Paula Santos. **O estupro de vulnerável na reforma promovida pela Lei 12.015/2009**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2451/1797>>. Acesso em 25 de out.2018.

VULNERÁVEL. Dicionário online, 25 out. 2018. Disponível em: <<http://www.dicionarioweb.com.br/vulner%C3%A1vel/>>. Acesso em 25 out. 2018.

**Espanha Aumenta Idade de Consentimento Sexual**, 04 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.dn.pt/globo/europa/interior/espanha-aumenta-idade-de-consentimento-sexual-3402518.html>>. Acesso em 12 de out.2015.

FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal, v.6** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RÊGO, Gabriel Nunes Do y Volgane Oliveira Carvalho, (2017): “**Menor vulnerável!? Considerações acerca do estupro de vulnerável**”, Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julio-septiembre 2017).

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 8 ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 7 ed. revista, ampliada e atualizada. vol. III. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. P. 59 – 65.

GRECO FILHO, Vicente. **Uma interpretação de duvidosa dignidade**. Disponível em: <[http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/mulher-advogada/gestao-2007-2009/eventos/2009/vicente\\_filho.pdf](http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/mulher-advogada/gestao-2007-2009/eventos/2009/vicente_filho.pdf)>. Acesso em 04 de nov.2015.

HOFFMEISTER, M. V. **De seres inferiores à sujeitos de direito: a voz e a vez da criança/adolescente no contexto forense**. In: POTTER, L.; HOFFMEISTER, M. V. (Org.). Depoimento Especial de crianças e adolescentes: quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. cap. 7. p. 132.

**Índia reduz para 16 anos a idade para consentimento sexual**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/india-reduz-para-16-anos-a-idade-para-consentimento-sexual>>. Acesso em 31 de out.2018

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2263, 11 set. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13480>>. Acesso em: 31 de out de 2018.

MATOS, Samilly Araujo Ribeiro. **O Menor Infrator e as Medidas Socioeducativas**. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/artigos/o-menor-infrator-e-as-medidas-socioeducativas/>>. Acesso em: 12.out.2015

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MERLO, Ana Karina França. **Dos crimes contra os costumes à evolução dos crimes contra a dignidade sexual - As repercussões práticas da Lei 12.015/09 no Título VI do Código Penal**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=6855>. Acesso em nov 2018.

MESTIERE, João. **Do delito de estupro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MOREIRA, Romulo de Andrade. **Ação Penal nos Crimes Contra a Liberdade Sexual e nos Delitos Sexuais Contra Vulnerável-A Lei 12.015/09**. Atuação, v. 15, p. 9, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

NUCCI, Guilherme de Souza(dir.). **Direito Penal: parte especial e legislação penal especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. - (Coleção tratado jurisprudencial e doutrinário; v.2)

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 9.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Murilo Barbosa e **O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1001. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2591/o-principio-proporcionalidade-insignificancia-estupro-vulneravel-art-217-codigo-penal>> Acesso em: 19 nov. 2018.

OLIVEIRA, Gisele Graciano de; BARRETO, Maria de Lourdes Mattos et al. **Estupro de vulnerável e presunção de violência**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4115, 7 out. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29758>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. **A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 88, 2011.

PIERANGELI, Jose Henrique; **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: Parte especial: arts. 184 a 288**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.3.

RODRIGUES, Júlia de Arruda; CARDOSO, Larissa Ataíde et al. **O novo tipo penal estupro de vulnerável e suas repercussões em nossa sistemática jurídica**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2338, 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13908>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

SÁ, RODRIGO MORAES. **Estupro de vulnerável: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor**. São Paulo–Diadema: Semana Acadêmica. Disponível em:

<<http://www.semanaacademica.org.br/sites/semanaacademica.org.br/files/artigoestuprodevulneravelenviar.Pdf>> Acesso em 03 abr.2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Disponível em:  
<<https://www.tjdft.jus.br/consultas/consultas-processos-fisicos/jurisprudencia>>.  
Acesso em 23 out.2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. Disponível em:  
<<https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php>>. Acesso em 23 out.2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em:  
<<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia/>>.  
Acesso em 23 out.2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126884657/apelacao-crime-acr-70055863096-rs>>. Acesso em 23 out. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Disponível em :  
<<https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>>. Acesso em 23 out.2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em :  
<<https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=780000>>.  
Acesso em 23 out. 2018.

UNICEF. **Are you old enough?** Disponível em:  
<[http://www.unicef.org/rightsite/433\\_457.htm#to\\_have\\_sex](http://www.unicef.org/rightsite/433_457.htm#to_have_sex)>. Acesso em:15 de out.2018.