



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCEG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD



EMYLEE MARIA DA SILVA

**A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DOS MAIORES DE 12 ANOS NO  
CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

SOUSA – PB  
2018

EMYLEE MARIA DA SILVA

**A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DOS MAIORES DE 12 ANOS NO  
CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Jardel de Freitas Soares

SOUSA – PB  
2018

EMYLEE MARIA DA SILVA

**A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DOS MAIORES DE 12 ANOS NO  
CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Jardel de Freitas Soares

Data de aprovação: \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_

Banca Examinadora

---

Orientador: Prof. Jardel de Freitas Soares

---

Membro (a) da Banca Examinadora

---

Membro (a) da Banca Examinadora

*Dedico o presente trabalho a Deus, por me fortalecer e me reerguer todas as vezes que eu pensei em desistir nessa longa e árdua caminhada. Aos meus pais, por me*

*transformarem no que sou hoje e pela confiança  
que depositaram em mim.*

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por me conduzir, fortalecer e conceder mais uma benção em minha vida, pois sem ele eu não iria conseguir chegar aqui.

Aos meus pais, Rejane e “Neném”, pelo amor, pela vida, pela paciência, pelo apoio, pelos puxões de orelha, pela fé e pela dedicação que sempre tiveram em me ensinar o que é bom e o que é certo. Essa graduação pertence a vocês!

Às minhas irmãs, Emanuelle e Ellen, que por mais brigas que tivéssemos quando dividíamos o quarto, elas dormiam com a luz acesa para que eu pudesse estudar.

Ao meu namorado, Paulo, pelo companheirismo que demonstrou nessa reta final do curso, por sempre me ajudar quando eu mais precisei e por sempre acreditar e mim. Você me fez ser uma pessoa melhor.

A todos os meus familiares que contribuíram para o meu sucesso acadêmico, seja direta ou indiretamente através de orações e clamores a Deus.

Aos meus amigos, em especial Bismarck, Gabriel, Ícaro, Jayany, Marina e Shaennya, pelas boas risadas nesses quase cinco anos de curso, pelas raivas, pelo aprendizado e por me demonstrarem que a universidade é um lugar que se consegue inimigos pra vida toda, mas que também conseguimos amizades eternas e eu quero levar vocês pra sempre comigo.

À Universidade Federal de Campina Grande e ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, pelo acolhimento e pelo apoio durante esses anos de graduação, e pela certeza que o meu sonho não era somente um sonho, mas realidade.

Ao meu orientador Professor Jardel, por contribuir de forma ímpar e essencial na construção deste trabalho, pela dedicação e pelo empenho em sua função de orientador que me socorreu todas as vezes que a ele recorri, dentro e fora do seu ambiente de trabalho.

Aos colegas de turma e de curso, pelas contribuições, pela união nos momentos difíceis, alegrias, tristezas e superações.

A todos, os meus agradecimentos e as minhas homenagens.



## RESUMO

A Lei n. 12.015/2009 trouxe considerável alteração no Código Penal, principalmente no que se refere aos crimes contra os costumes que passaram a se chamar crimes contra a dignidade sexual. Essa mesma lei tipificou o crime de estupro de vulnerável, que além de criar um novo tipo penal veio com o intuito de acabar com a discussão existente na doutrina e jurisprudência acerca da presunção de violência descrita no revogado artigo 224 do Código Penal. É evidente que a lei não acabou com a discussão, o que vimos foi a criação de um tipo penal baseado em um critério puramente cronológico. Diante dessa realidade, o Estado se tornou uma máquina de punir, e com a Lei n. 13.718/2018 que acrescentou o §5º buscou novamente por fim na discussão estabelecendo que a vulnerabilidade dos menores de quatorze anos tem natureza absoluta e toda e qualquer pessoa que praticar ato sexual com pessoa menor de quatorze anos, será devidamente punido com as sanções expressas na lei. O problema aparece quando ocorre a tentativa de aplicação desse dispositivo em uma sociedade que está repleta de famílias formadas por adolescentes, por mais precoce que seja essa é a nossa realidade! O Estado deve intervir e punir o indivíduo, deixando assim uma família desamparada e permitir que uma criança cresça longe de seu pai e de qualquer forma de afeto paternal? Ou deve considerar a vulnerabilidade dessa mãe como sendo relativa e permitir que continuem com a união estável? Em nossa concepção, o Estado deve se fazer do instituto da vulnerabilidade relativa em razão do comportamento dos adolescentes atuais, do seu acesso a informação, do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente e também deve considerar o consentimento do ofendido, restando assim a absolvição do acusado por atipicidade da conduta. Sendo assim, objetiva-se esclarecer que o melhor e mais justo caminho a ser seguido é o da vulnerabilidade relativa, admitindo que o acusado possa produzir provas e garantir o acesso ao devido processo legal e do contraditório e ampla defesa. Para a elaboração do seguinte estudo utilizar-se-á dos métodos dedutivo, histórico, sistemático e hermenêutico. O procedimento valer-se-á da pesquisa bibliográfica e análise de livros, artigos científicos, matérias jornalísticas, como também de jurisprudência com abordagem sobre o assunto.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Estupro de vulnerável. Relativização. Vulnerabilidade.

## ABSTRACT

The Law no. 12.015/2009 brought considerable alteration in the Penal Code, mainly in what refers to the crimes against the customs that started to be called crimes against the sexual dignity. The same law typified the crime of rape of vulnerable one, which besides creating a new penal type, came with the intention of putting an end to the existent discussion in the doctrine and jurisprudence about the presumption of violence described in the revoked article 224 of the Penal Code. It is obvious that the law did not finish with the discussion, what we saw was the creation of a penal type based on a purely chronological criterion. Before this reality, the State became a machine of punishing, and with the Law no. 13.718/2018 that added the §5° it looked again for an end in the discussion establishing that the vulnerability of the persons younger than fourteen years old has absolute nature and all and anyone who practice sexual act with person younger than fourteen years will be punished properly with the sanctions defined in the law. The problem appears when it occurs the attempt of application of this device in a society that is replete with families formed by adolescents, be it precocious or not, this is our reality! Must the State intervene and punish the individual, leaving so an abandoned family and to allow that a child grows far from his father and any way of paternal affection? Or must it consider the vulnerability of this mother like being relative and to allow that they continue with the stable union? In our conception, the State must do from the institute of the relative vulnerability on account of the behavior of the current adolescents, in his access of the information itself, on the Statute of the Child and of the Adolescent and consider the permission of the offended one, remaining so to absolution of an accused for atypicality of the conduct. Being so, it aims to explain that the best and most just way to be followed is it of the relative vulnerability, admitting that the accused could produce proofs and guarantee the access to the proper legal process and of contradictory and full defense. For the preparation of the next study it will make use of the deductive, historical, systematic and hermeneutic methods. The procedure will make use of the bibliographical inquiry and analysis of books, scientific articles, journalistic matters, just as of jurisprudence with approach on the subject.

**Key-words:** Penal Law. Rape of vulnerable one. Relativism. Vulnerability.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP – Código Penal

ECA– Estatuto da Criança e do Adolescente

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>HISTÓRICO DO CRIME DE ESTUPRO</b>	<b>12</b>
2.1	Legislação Mosaica e Código de Hamurabi	12
2.2	Direito Romano	13
2.3	Ordenações Filipinas	14
2.4	O estupro nas legislações penais brasileiras	15
2.4.1	Código Criminal do Império (1830)	15
2.4.2	Código Penal Republicano (1890)	17
2.4.3	Código Penal (1940)	19
2.4.4	Lei n. 12.015 de 07 de agosto de 2009	21
2.4.5	Lei n. 13.718 de 25 de setembro de 2018	23
<b>3</b>	<b>ESTUPRO DE VULNERÁVEL</b>	<b>26</b>
3.1	Conceito e tipicidade objetiva e subjetiva	26
3.2	Bem Juridicamente protegido e objeto material	28
3.3	Sujeito ativo e Sujeito passivo	29
3.4	Modalidade comissiva e omissiva	32
3.5	Modalidades qualificadas e causas de aumento de pena	33
3.6	Erro de Tipo e Erro de Proibição	35
3.7	Consumação e tentativa	36
3.8	Pena, ação penal e segredo de justiça	38
<b>4</b>	<b>RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE</b>	<b>40</b>
4.1	Conceito de vulnerabilidade	40
4.2	A antiga presunção de violência e a vulnerabilidade criada pela lei n. 12.015/2009	42
4.3	Diretrizes da Lei n° 12.594/2012 e o estupro de vulnerável	44
4.4	Estatuto da Criança e do Adolescente	45
4.5	Da responsabilidade objetiva e do princípio da culpabilidade	47
4.6	A sexualidade no contexto da sociedade atual	49
4.7	O consentimento da vítima e a sua liberdade sexual	50
4.8	Da união estável da vítima com o agressor	52
4.9	Vítima já prostituída	54

<b>4.10</b>	<b>Da possibilidade de exclusão da tipicidade .....</b>	<b>56</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>59</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>60</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No ano de 2009 ocorreu uma grande mudança no Direito Penal, principalmente no que diz respeito aos crimes tidos como contra os costumes, que passaram a ser chamados de crimes contra a dignidade sexual. Esta alteração se deu através da Lei 12.015/09, que tem como mudança principal o crime de estupro. O crime em destaque era descrito como crime próprio, depois da vigência da nova lei passou a ser comum, visto que no polo ativo ou passivo podem estar presentes tanto o homem como a mulher. Esta inovação também se estendeu para o crime de estupro de vulnerável, que passou a ser descrito no art. 217-A do Código Penal com a exclusão da presunção de violência que passou a ser denominada de Vulnerabilidade.

Como já mencionado, a Lei nº 12.015/09 trouxe vários esclarecimentos e tipificou a prática do crime de estupro de vulnerável, e a Lei nº 13.718/18 deixou expresso que essa vulnerabilidade se dá de forma absoluta quando acrescentou o § 5º no art. 217-A, ou seja, é condenado(a) todo(a) aquele(a) que praticar relação sexual com menor de 14 anos, mesmo que de forma consentida. O problema aparece na sociedade atual, pois o pensamento de um adolescente de uma década atrás não é o mesmo de agora, podendo sim ele consentir um ato sexual. Por isso esse trabalho visa esclarecer que essa vulnerabilidade deve ser observada no caso concreto para enfim responder a seguinte pergunta: essa vulnerabilidade que protege o adolescente deve ser absoluta ou relativa?

Esta monografia tem como justificativa salientar que como todo e qualquer crime, o estupro de vulnerável deve ser analisado de acordo com o caso concreto, ou seja, deve-se analisar o grau de vulnerabilidade da vítima, evitando assim a permissão da responsabilidade objetiva e muitas discussões acerca de ser absoluta ou relativa.

O objetivo geral é de demonstrar que a sociedade atual é totalmente diferente daquela da criação do CP, e que tais indivíduos já não exigiam a mesma proteção requisitada àquela época. Mas o que se viu foi a criação de um tipo penal específico, o que faz prolongar ainda mais a discussão.

Analisaremos o crime de estupro de vulnerável de acordo com a presunção de vulnerabilidade dos menores de quatorze anos, em especial aqueles que já tenham completado seus doze anos. Iremos demonstrar que a legislação brasileira precisa se adaptar e interpretar o comportamento da sociedade e suas constantes mudanças socioculturais, se desvinculando das

interpretações literais das normas e adaptando-se aos princípios ético-morais que se fazem presentes na atualidade, satisfazendo a finalidade da lei e não apenas a sua aplicação irrestrita.

Para a elaboração do seguinte estudo utilizar-se-á dos métodos dedutivo, histórico, sistemático e hermenêutico. O procedimento valer-se-á da pesquisa bibliográfica e análise de livros, artigos científicos, matérias jornalísticas, como também de jurisprudência com abordagem sobre o assunto.

O primeiro capítulo trata da evolução histórica do crime de estupro fora e dentro do nosso ordenamento jurídico. Em primeiro momento, citando as principais legislações do mundo e expondo como eram punidos os indivíduos que cometessem tal crime naquela época. Em seguida vamos tratar do estupro no nosso ordenamento jurídico desde o Código Criminal do Império (1830), às alterações do Código Penal de 1940 trazidas pela Lei 12.015/2009 complementada pela Lei 13.718/2018.

O segundo capítulo traz uma análise do crime de estupro de vulnerável tratado pelo Código Penal em seu art. 217-A, descrevendo o seu conceito, o bem jurídico que é protegido pela tipificação do crime, os sujeitos passivos e ativos, as suas modalidades comissivas, omissivas e qualificadas, as figuras do erro de tipo e um possível erro de proibição e por fim a ação penal cabível no delito em estudo juntamente com o segredo de justiça que cerca este crime.

O terceiro e último capítulo vem tratar da Vulnerabilidade, dos conceitos pertinentes, dos indivíduos que se encaixam em tal conceito, da possibilidade ou não de averiguarmos uma responsabilidade objetiva com a ofensa ao princípio da culpabilidade, de como o Estatuto da Criança e do adolescente e a Lei do SINASE tratam dessa questão, a sexualidade na sociedade contemporânea voltada para o desenvolvimento psíquico dos adolescentes da sociedade atual, da capacidade que essas vítimas possuem de consentir o ato sexual, da questão da união estável comprovada da vítima com o agressor, da vítima prostituída e da ofensa aos princípios constitucionais com a adoção da vulnerabilidade absoluta.

Não é o nosso intuito afrontar o legislador, pois sua intenção foi resguardar a dignidade e assegurar o desenvolvimento das crianças e adolescentes perante essa sociedade repleta de maldade e indecência. A preocupação foi tamanha que o crime de estupro de vulnerável foi incluído no rol dos crimes hediondos. No entanto, esses jovens que representam a nossa realidade atual não necessitam de tamanha proteção devido ao seu desenvolvimento físico e psicológico estar em constante evolução, iniciando cada vez mais cedo sua vida sexual.

## 2 HISTÓRICO DO CRIME DE ESTUPRO

Antes de adentrarmos ao núcleo da temática, faz-se necessária a análise histórica do crime de estupro. Estamos diante de um crime que sempre causou extrema revolta desde os primórdios da humanidade e que gera muitas vezes uma sensação de impunidade nas vítimas que porventura vêm a sofrer problemas psicológicos como a depressão (considerada a doença do século), e que ficam com sequelas pelo restante de suas vidas. Nesse sentido, o crime em destaque era punido de forma muito severa, inclusive era caracterizado pela lapidação (apedrejamento) do acusado, mas a sociedade era dotada de preconceito e acreditava na influência da vítima para a consumação do delito.

### 2.1 Legislação Mosaica e Código de Hamurabi

Aqueles guiados por Moisés, fundador da Lei Mosaica, tratavam o estupro com a pena de morte e pena pecuniária, vejamos o que Prado (2008, p. 636) fala a respeito:

Os delitos 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. 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 a seu pai.

Como se pode ver, havia tratamento diferenciado entre as mulheres, e o local em que estavam também havia de influenciar na aplicação da pena. Se a mulher fosse virgem, noiva de outro homem e o estupro ocorresse na cidade, os dois eram lapidados, ou seja, apedrejados. Mas se a mulher com as mesmas características da anterior fosse uma camponesa, somente o estupro era apedrejado. Caso diferente era quando a mulher era virgem e não estava prometida para nenhum homem, nesta hipótese era imposta a pena pecuniária, ou seja, o homem deveria pagar uma quantia em dinheiro ao pai da moça e casar-se com ela. Está-se diante de uma legislação em que as mulheres eram tratadas como objeto

sexual para satisfazer os desejos sexuais dos homens e ainda eram obrigadas a ficar ao lado do homem que as violentou para o resto da vida.

O Código de Hamurabi foi criado na Mesopotâmia por volta do século XVIII a.C., pelo rei Hamurabi da primeira dinastia babilônica. O código é baseado na lei de talião, “olho por olho, dente por dente”. Esse código também punia o crime de estupro severamente. De acordo com Prado (2008), quando alguém ofendia mulher que era virgem e morava na casa dos pais e é pasmado, o agressor deveria ser morto e a mulher seria posta em liberdade.

Nota-se que a pena de morte era tida como solução e punição máxima para o delito em questão, pois além da violação física estava sendo ferida também a honra do homem que a detinha em seu poder.

## 2.2 Direito Romano

No Direito Romano usava-se a nomenclatura *stuprum* que resumia todos os atos sexuais inclusive os atos libidinosos, os tivessem como vítima um homem ou uma mulher. Apesar desse grande avanço, essa expressão não tinha o significado de conjunção carnal violenta cuja expressão usada pelos romanos era *crimen vis*, ao qual era punida com a pena de morte. Diante disto, Bittencourt (2017, p. 48), menciona:

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.

Esse pensamento seguiu fortemente defendido, inclusive por quase toda a Idade Média.

As mulheres eram divididas em duas classes, de acordo com a sua vida sexual e moral. Em uma delas estavam as mulheres castas que recebiam a missão de dar a luz a filhos legítimos. Elas tinham o honroso título de *materfamilias* e manter conjunção carnal com uma dessas mulheres, sejam elas virgens, viúvas ou divorciadas, caracterizava-se o crime de estupro.

Já a segunda classe se caracterizava pela função de somente satisfazer os desejos sexuais dos homens, sem nenhum interesse em prole legítima. A vida sexual dessas mulheres

não foi considerada necessária de proteção pelos legisladores romanos. Nessa categoria estavam as concubinas e amantes casuais, que muitas vezes eram escravas.

### **2.3 Ordenações Filipinas**

O sistema jurídico que predominou em Portugal nos anos de 1400 e 1500 d.C. eram as Ordenações reais, compostas pelas Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e por último, o fruto da união das Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes existentes na época, as conhecidas Ordenações Filipinas, que surgiram como resultado do domínio castelhano. As Ordenações Filipinas ficaram prontas durante o reinado de Filipe I, no ano de 1595, mas só entraram em vigor efetivamente no ano de 1603, durante o reinado de Filipe II.

Nas Organizações Filipinas o crime de estupro também era punido com a pena de morte e segundo Bitencourt (2017, p. 48):

Durante a Idade Média foi seguida a mesma tradição romana, aplicando-se ao estupro violento a pena capital. As conhecidas Ordenações Filipinas também puniam com pena de morte “todo homem, de qualquer Estado e condição que seja, que forçadamente dormir com qualquer mulher”.

Nota-se a grande evolução em relação aos códigos citados anteriormente, pois aqui não havia diferenciação entre as mulheres nem entre suas condições, qualquer homem que cometesse o crime contra qualquer mulher seria punido com a morte. Incurria na mesma pena quem ajudasse ou fosse partícipe, que tivesse dado ajuda, favor ou conselho.

O perdão da vítima ou o seu casamento com o agressor não tinha força e não afastava a aplicação da pena de morte.

Já a punição para a sodomia consistia na morte pelo fogo e quem porventura conhecesse um sodomista e não o denunciasse, ficaria sujeito à perda de seus bens e o banimento.

### **2.4 O estupro nas legislações penais brasileiras**

O estupro é um crime previsto em todos os ordenamentos de povos civilizados e no Brasil não é diferente. No nosso ordenamento, entre os crimes sexuais, esse é o que possui natureza mais grave e que comprova a maior periculosidade do agente. Ao aprofundarmos o

estudo na evolução jurídica e cultural do crime de estupro na nossa legislação veremos que a mudança e adaptação do crime na sociedade atual foi um processo lento e justificado.

#### 2.4.1 Código Criminal do Império (1830)

O Código Criminal do Império foi promulgado pela Lei de 16 de dezembro de 1830, por ordem da Constituição de 1824, que determinou que “organizar-se-á o quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade” (BRASIL, 1824).

Esse Código foi elaborado com o intuito de substituir as Ordenações Filipinas que estavam em vigor desde a proclamação da Independência e trouxe muitas mudanças em relação aos crimes sexuais, principalmente quanto ao estupro, crime que tinha pena de três a doze anos de detenção, mais uma espécie de dote que era oferecido à família da ofendida, porém se a ofendida fosse prostituta, a pena para o agressor do crime era diminuída para um mês a dois anos, de acordo com a redação do artigo 222 do Código Penal de 1830:

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.  
 Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.  
 Se a violentada fôr prostituta.  
 Penas - de prisão por um mez a dous annos (BRASIL, 1830).

Podemos perceber que o Brasil sempre foi um país dotado de preconceitos e distinções, pois havia julgamento sobre a vítima ao analisar se o seu comportamento teria ou não influenciado o agressor. Outro ponto interessante é que a vítima só poderia ser do sexo feminino.

Podemos notar também que a pena de morte foi extinta para o seu agente e passou-se a adotar a privação da liberdade como sendo o meio necessário de punição.

O Código também punia aqueles que tinham a intenção de praticar qualquer ato libidinoso que não a conjunção carnal, a pena era de seis meses e de multa correspondente à metade do tempo:

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.  
 Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa (BRASIL, 1830).

Quando a vítima era menor de dezesseis anos e havia a conjunção carnal, o agressor era levado para fora do local em que a vítima residia, para evitar que o acontecido se espalhasse e a vítima tivesse a sua imagem manchada perante a sociedade, o agressor ainda era obrigado a pagar um dote à vítima, assim diz o art. 224:

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta (BRASIL, 1830).

Havia também a extinção da punibilidade para o agressor que se casasse com a vítima, era o que expressava o art. 225 do mesmo código: “Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as ofendidas” (BRASIL, 1830).

A figura do rapto era tratada como crime e também tinha pena cominada para aquele que tirar mulher de casa com uso de violência:

Art. 226. Tirar para fim libidinoso, por violencia, qualquer mulher da casa, ou lugar em que estiver.

Penas - de dous a dez annos de prisão com trabalho, e de dotar a offendida.

Art. 227. Tirar para fim libidinoso, por meio de affagos e promessas, alguma mulher virgem, ou reputada tal, que seja menor de dezasete annos, de casa de seu pai, tutor, curador, ou outra qualquer pessoa, em cujo poder, ou guarda estiver.

Penas - de prisão por um a tres annos, e de dotar a offendida.

Art. 228. Seguindo-se o casamento em qualquer destes casos, não terão lugar as penas (BRASIL, 1830).

Era muito comum aos nossos ancestrais a figura do rapto, pois as nossas donzelas eram obrigadas a casar com o pretendente que o pai escolhesse, mas sentiam-se atraídas por outro rapaz e por isso resolviam fugir para casar-se com a pessoa desejada. Os pais não viam outra alternativa senão casar suas filhas com quem as desonrou para não ficarem mal faladas perante a sociedade.

Novamente aparece a figura da extinção da punibilidade: se o autor se casasse com a vítima receberia o perdão da sociedade e não ia cumprir a pena cominada nos artigos anteriores.

#### 2.4.2 Código Penal Republicano (1890)

No ano de 1890 foi sancionado o Código Penal Republicano dos Estados Unidos do Brasil (Decreto nº 847 de 11 de Outubro de 1890), que tratava do crime de estupro em seu Título VIII – Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor, Capítulo I – Da violência carnal, arts. 266 a 269:

Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

Pena - de prisão cellular por um a seis annos.

Paragrapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.

Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano ou fraude:

Pena - de prisão cellular por um a quatro annos.

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 augmentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem 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 anestheticos e narcóticos (BRASIL, 1890).

O próprio código trouxe a definição do tipo penal de estupro, mas só tratava do sujeito passivo como sendo uma mulher e o sujeito ativo só poderia ser um homem, os delitos que fossem cometidos contra ou por outro sujeito que não estivesse descrito no art. 268 e 269, eram classificados como crime de atentado violento ao pudor, que estava localizado no art. 266 do mesmo código.

O artigo 269 trata da violência como sendo qualquer tipo de violência, não só a física como também a psíquica, o que é bem claro na legislação atual.

Seguindo a sequência dos artigos, também havia punição para aqueles que raptavam mulheres honestas com o fim de praticar ato libidinoso com ela, punição esta que está descrita nos artigos 270 e seguintes do Código de 1890:

Art. 270. Tirar do lar domestico, para fim libidinoso, qualquer mulher honesta, de maior ou menor idade, solteira, casada ou viuva, attrahindo-a por seducção ou

emboscada, ou obrigando-a por violencia, não se verificando a satisfação dos gosos genesicos:

Pena - de prisão cellular por um a quatro annos.

§ 1º Si a raptada for maior de 16 e menor de 21 annos, e prestar o seu consentimento:

Pena - de prisão cellular por um a tres annos.

§ 2º Si ao rapto seguir-se defloramento ou estupro, o rapto incorrerá na pena correspondente a qualquer destes crimes, que houver commettido, com augmento da sexta parte (BRASIL, 1890).

O artigo 271 cita o caso de o rapto não ter atentado contra o pudor da raptada, ou seja, se o agressor tirar mulher honesta de casa e não mantiver atos que possam comprometer a sua honra e ainda por cima coloca-la em liberdade, adquire uma causa de diminuição da pena, vejamos o que diz o artigo:

Art. 271. Si o rapto, sem ter attentado contra o pudor e honestidade da raptada, restituir-lhe a liberdade, reconduzindo-a á casa donde a tirou, ou collocando-a em logar seguro e á disposição da familia, soffrerá a pena de prisão cellular por seis mezes a um anno.

Paragrapho unico. Si não restituir-se a liberdade, ou recusar indicar o seu paradeiro:  
Pena - de prisão cellular por dous a doze annos (BRASIL, 1890).

O artigo 272 fala da violência presumida para qualquer dos crimes acima que tiver sido cometido contra pessoas menores de 16 anos: “Art. 272. Presume-se commettido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos” (BRASIL, 1890).

O artigo 273 traz as causas de aumento de pena e a destituição do poder familiar caso a vítima seja sua descendente, vejamos:

Art. 273. As penas estabelecidas para qualquer destes crimes serão applicadas com augmento da sexta parte:

1º, si o criminoso for ministro de qualquer confissão religiosa;

2º, si for casado;

3º, si for criado, ou domestico da offendida, ou de pessoa de sua familia.

E com augmento da quarta parte:

4º, si for ascendente, irmão ou cunhado da pessoa offendida;

5º, si for tutor, curador, encarregado da sua educação ou guarda, ou por qualquer outro titulo tiver autoridade sobre ella.

Paragrapho unico. Além da pena, e da interdicção em que incorrerá tambem, o ascendente perderá todos os direitos que a lei lhe confere sobre a pessoa e bens da ofendida (BRASIL, 1890).

Os próximos artigos determinam o procedimento cujo o processo deve seguir, ação penal que é cabível e por ultimo diz que se houver o estupro o criminoso deverá dotar a ofendida:

Art. 274. Nestes crimes haverá logar o procedimento official de justiça sómente nos seguintes casos:

1º, si a offendida for miseravel, ou asylada de algum estabelecimento de caridade;

2º, si da violencia carnal resultar morte, perigo de vida ou alteração grave da saude da offendida;

3º, si o crime for perpetrado com abuso do patrio poder, ou da autoridade de tutor, curador ou preceptor.

Art. 275. O direito de queixa privada prescreve, findos seis mezes, contados do dia em que o crime for commettido.

Art. 276. Nos casos de defloramento, como nos de estupro de mulher honesta, a sentença que condemnar o criminoso o obrigará a dotar a offendida.

Parapho unico. Não haverá logar imposição de pena si seguir-se o casamento a aprazimento do representante legal da offendida, ou do juiz dos orphãos, nos casos em que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou a aprazimento da offendida, si for maior (BRASIL, 1890).

O código de 1890 foi o primeiro a trazer o conceito e a violência contida no estupro, apesar de sua redação ser atrasada no sentido de só admitir a mulher como sujeito passivo, foi de grande avanço na época em que foi promulgado, pois estava escrito de acordo com as características culturais da sociedade dos anos 1800.

#### 2.4.3 Código Penal (1940)

O Código Penal de 1940 tratou o crime de estupro em seu artigo 213, que era situado no Título VI (Dos crimes contra os costumes), no Capítulo I (Dos crimes contra a liberdade sexual) com a seguinte redação:

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.

Pena - reclusão de quatro a dez anos (BRASIL, 1940).

A redação veio praticamente igual ao antigo código, trazendo a mulher como sendo o único ser humano que pudesse sofrer o estupro e o homem como o único agente.

E conseqüentemente os outros crimes que não se encaixassem no art. 213 eram adequados ao tipo penal do art. 214, que descrevia o crime de 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:

Pena - reclusão de dois a sete anos.

Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos:

Pena - reclusão de três a nove anos (BRASIL, 1940).

O termo “mulher honesta” foi usado mais uma vez, mostrando que o Código Penal de 1940 acompanhou as legislações anteriores que julgavam o comportamento da vítima para ditar se ela contribuiu ou não para o estupro, vejamos:

Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude.

Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de dois a seis anos (BRASIL, 1940).

Havia punição para aqueles que tirassem de casa mulher honesta maior de 14 e menor de 18 e ter com ela conjunção carnal:

Art. 217 - Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos (BRASIL, 1940).

Na redação inicial do Código Penal de 1940 existia uma figura chamada violência presumida que era descrita no antigo art. 224. Essa violência presumida causou grande discussão em relação a sua natureza ser absoluta ou relativa.

Os que adotavam a teoria da presunção de violência absoluta defendiam que a criança e o adolescente eram seres intocáveis e que mesmo não havendo a conjunção carnal ou se ela fosse consentida haveria o crime de estupro. Já os militantes que apoiavam a presunção relativa acreditavam somente existir o crime em questão quando a violência ocorresse de fato, ou seja, quando houvesse a conjunção carnal praticada contra a vontade da vítima.

#### 2.4.4 Lei n. 12.015 de 07 de agosto de 2009

No ano de 2004 o Brasil enfrentava um dos períodos mais sombrios de sua história no que tange à proteção das suas crianças e adolescentes. Dados demonstrados por uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), criada na época, se mostraram assustadores em relação à prostituição e exploração sexual de menores naqueles anos (2004/2005), forçando o país a tomar medidas urgentes para resguardar a integridade desses indivíduos. Diante do contexto, Greco (2017, p. 64), escreve:

A situação era tão grave que foi criada no Congresso Nacional uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), por meio do Requerimento nº 02/2003, apresentado no mês de março daquele ano, assinado pela Deputada Maria do Rosário e pelas Senadoras Patrícia Saboya Gomes e Serys Marly Silhessarenko, que tinha por finalidade investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Essa CPMI encerrou oficialmente seus trabalhos em agosto de 2004, trazendo relatos assustadores sobre a exploração sexual em nosso país, culminando por produzir o Projeto de Lei nº 253/2004, que, após algumas alterações, veio a se converter na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009

A nova legislação trouxe mudanças significativas em relação ao crime de estupro e estupro de vulnerável. O Título V que antes se chamava Crimes contra o costume passou a se chamar Crimes contra a dignidade sexual, pois a nomenclatura anterior não traduzia a realidade que o nosso país vivia e ainda vive. Abordando de maneira brilhante, Greco (2017, p. 63, grifo do autor) menciona:

A expressão *crimes contra os costumes* já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas, sim, a tutela da sua dignidade sexual.

Seguindo uma mesma linha de pensamento, Bittencourt (2017, p. 48), diz que a nova nomenclatura não só transformou o texto legal do crime de estupro, mas passou a tratar a liberdade sexual como o principal bem juridicamente protegido:

A Lei n. 12.015/2009 alterou o Título VI do Código Penal, que passou a tutelar a dignidade sexual, diretamente vinculada à liberdade e ao direito de escolha de parceiros, suprime, de uma vez por todas, a superada terminologia “crimes contra os costumes”. Na realidade, reconhece que os crimes sexuais violentos ou fraudulentos atingem diretamente a dignidade, a liberdade e a personalidade do ser humano.

Outra mudança bastante importante foi a unificação dos tipos penais dos artigos 213 e 214. Portanto, o antigo estupro e o antigo atentado violento ao pudor agora são um só e está descrito no artigo 213 da nova redação do Código Penal que diz:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:  
 Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.  
 § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:  
 Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.  
 § 2º Se da conduta resulta morte:  
 Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 1940).

Nota-se que o sujeito passivo passou a ser “alguém”, diferente da antiga redação tão criticada pela doutrina por trazer somente a mulher como sujeito passivo e somente o homem como sujeito ativo, agora tanto o homem como a mulher podem sofrer o estupro, como também os dois podem ser agentes de tal crime.

A mudança que é o foco da nossa análise foi a criação do artigo 217-A, que trata do estupro de vulnerável, trazendo uma proteção aos menores de 14 anos, proteção essa que foi esquecida na legislação anterior. O artigo traz também proteção para os deficientes mentais e aqueles que não possuem o total discernimento para consentir uma relação sexual:

Art. 217-A Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:  
 Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.  
 § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.  
 § 2º (VETADO)  
 § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:  
 Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.  
 § 4º Se da conduta resulta morte:  
 Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL,1940).

Podemos dizer então, que a Lei 12.015/09 alterou o Título V do Código Penal de maneira significativa, porém o legislador acreditou ter sanado a dúvida acerca da violência presumida criando um novo tipo penal, o que não aconteceu. O que se viu foi a criação de um tipo totalmente desatualizado com a sociedade atual quando se trata da idade mínima para saber consentir uma relação sexual.

A maioria dos doutrinadores reconhece que a elaboração de um novo tipo penal não acabou com a discussão. É certo que agora não existe mais a figura da violência presumida no nosso ordenamento, pois o termo fere princípios como o da presunção de inocência, por exemplo. Usando agora o termo “Vulnerável” vem uma nova pergunta à tona: seria essa vulnerabilidade relativa ou absoluta? Essa é uma grande discussão que cerca a doutrina, mas o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu, em decisão recente, que a vulnerabilidade em razão dos menores de quatorze anos é absoluta, retroagindo no sentido de que o Direito não é uma ciência absoluta e que precisa se amoldar ao comportamento dos entes que compõem a sociedade. Discutiremos esse problema mais a fundo nos próximos capítulos para elucidar a linha de pensamento defendida aqui.

#### 2.4.5 Lei n. 13.718 de 25 de setembro de 2018

A Lei n 13.718/18 trouxe seis alterações importantes para o capítulo dos crimes contra a dignidade sexual, tipificando novos crimes e alterando alguns já existentes para atender às demandas da sociedade.

A primeira grande alteração foi a inclusão do crime de importunação sexual, tipificado no art. 215-A do CP, que consiste em o agente praticar ato libidinoso contra a vítima para satisfazer a sua própria lascívia ou a lascívia de outrem.

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:  
Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave (BRASIL, 2018).

Um exemplo lamentável é o que vem ocorrendo nos transportes públicos brasileiros, quando homens se masturbam e ejaculam em passageiras que estão próximas, ou até mesmo se aproveitam do pouco espaço que tem para ficar apalpando as mulheres.

Não haveria como enquadrar essa conduta no estupro por não ocorrer a violência ou grave ameaça e nem como violação sexual mediante fraude pelo fato de o ato libidinoso não

ser praticado contra a pessoa da vítima, então a melhor solução foi tipificar o crime com pena de reclusão de dois a seis anos.

A segunda alteração foi a criação do crime que pune aquelas pessoas que divulgam cenas de estupro ou de estupro de vulnerável, ou que pessoas divulguem conteúdo pornográfico sem o consentimento da pessoa que está participando do vídeo, podendo essa divulgação ser pela internet ou não. Essa conduta agora está tipificada no art. 218-C do CP.

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:  
Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave (BRASIL, 2018).

O crime em questão possui uma causa de aumento de pena no seu parágrafo primeiro, que diz que se o agente tinha algum relacionamento com a vítima e, por não aceitar o término da relação, ou por outro motivo, fez uso dessas publicações para, de alguma forma, se vingar ou humilhar a mesma, terá sua pena aumentada de um terço a dois terços. Antes dessa tipificação não havia como punir o agente, restando a vítima buscar somente uma reparação no meio cível.

A terceira alteração se refere ao crime que estamos analisando, ou seja, o estupro de vulnerável. A nova Lei acrescentou um § 5º em seu texto legal que diz:

Art. 217-A. [...] § 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (BRASIL, 2018)

O Superior Tribunal de Justiça já havia ditado o enunciado 593 com esse mesmo teor, mas o Congresso Nacional decidiu incorporar ao tipo penal essa decisão, demonstrando mais uma vez um retrocesso quanto à evolução da sociedade e dos seus membros.

A quarta alteração se deu no artigo 226 que trata das causas de aumento de pena. A Lei n. 13.718/18 acrescentou uma nova causa de aumento que pune com mais rigor o estupro coletivo (aquele praticado por duas ou mais pessoas), e o estupro corretivo que, segundo Rogério Sanches (2018), é aquele que consiste em um tipo de preconceito ou castigo para as

mulheres lésbicas, bissexuais e transexuais, no qual o agente quer, de certa forma, corrigir a orientação sexual ou gênero escolhido pela vítima. É uma espécie de “cura” por meio de um ato sexual forçado. Essa agressão é caracterizada pelo ódio e o preconceito que justificam a criação dessa nova causa de aumento de pena.

Infelizmente a intolerância e o preconceito vêm predominando no nosso país através de discursos de ódio e publicações com ataques contra aqueles que resolvem adotar uma sexualidade ou gênero diferente do que a sociedade acha que ele deveria ter.

A quinta alteração se deu no art. 234-A, em que a quantidade de pena a ser aplicada nas causas de aumento de pena modificada para metade a dois terços caso o estupro resulte gravidez, e de um terço a dois terços se do estupro ocorrer a transmissão de doença sexual que o agente sabe ser portador ou até mesmo deveria saber.

A sexta e última alteração foi em relação à ação penal nos crimes sexuais, que deixou de ser pública condicionada à representação da vítima e passou a ser pública incondicionada em todos os casos. Alterou-se, portanto, a redação do art. 215 e houve a revogação do seu parágrafo único. Vejamos como ficou a redação do artigo: “Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada”. (Redação dada pela Lei nº 13.718/2018).

Agora vamos adentrar no estudo do crime de estupro de vulnerável analisando o tipo penal e seus detalhes para entendermos melhor o pensamento do legislador quanto à vulnerabilidade etária, ou seja, aquela que envolve os indivíduos que são menores de 14 anos.

### 3 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O tipo penal autônomo do artigo 217-A do Código Penal de 1940, chamado de estupro de vulnerável, foi criado e introduzido no nosso ordenamento pela Lei n. 12.015 de 07 de agosto de 2009. O crime em destaque é o resultado da combinação dos artigos 213 (estupro), 214 (atentado violento ao pudor) com o artigo 224, todos da antiga redação do Código Penal de 1940.

#### 3.1 Conceito e tipicidade objetiva e subjetiva

Estuprar alguém vulnerável significa ter conjunção carnal (coito vaginal), ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos (*caput* do art. 217-A), 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 (§ 1º art. 217-A).

O tipo penal engloba tanto a conjunção carnal como o ato libidinoso praticado contra pessoa considerada pela lei como vulnerável (cópula pênis-vagina) como a prática de outros atos libidinosos, antes descritos pelo crime de atentado violento ao pudor.

De acordo com Prado (2014, p. 1047):

*Ato libidinoso*, também elemento normativo extrajurídico, é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência. Como exemplo de atos libidinosos podem ser citados: *fellatio* ou *irrumatio in ore*, *cunnilingus*, *pennilingus*, *annilingus* (caso de sexo oral ou lingual); coito anal, penetração *interfemora*; masturbação; toques e apalpadelas no corpo ou membros inferiores da vítima; contemplação lasciva; contatos voluptuosos, uso de instrumentos mecânicos ou artificiais, entre outros.

A conduta que é proibida pelo legislador é a de manter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos ou contra as outras pessoas consideradas vulneráveis. O núcleo do tipo é o verbo *ter*, cujo objeto pode ser a conjunção carnal ou a prática de atos libidinosos.

Segundo Prado (2018, p. 475, grifo do autor), conjunção carnal é: “*Conjunção carnal*, elemento normativo do tipo, consiste na cópula natural efetuada entre homem e mulher, ou seja, a cópula vaginica natural, com a “intromissão do pênis na cavidade vaginal”.

O ato libidinoso é qualquer outro ato que não seja a conjunção carnal, seja ele cometido contra homem ou mulher vulnerável. Como exemplo temos: coito anal, masturbação, contemplação lasciva, etc.

A vulnerabilidade, seja em razão da idade ou em razão de alguma condição pessoal, diz respeito à capacidade de agir do sujeito passivo quando estiver sob intervenção de terceiros ou prestes a sofrer algum tipo de violência.

Portanto, para que se configure a primeira parte do delito em tela, se faz necessário que ocorra a prática da conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso contra menor de 14 anos.

Vale destacar que o § 1º do art. 217-A, determina que sofra as mesmas sanções do *caput* quem pratica as mesmas ações contra as pessoas por ele elencadas, quais sejam, pessoas com enfermidade ou deficiência mental, que não possuam discernimento necessário para a prática de tal ato ou que não possam oferecer resistência para se defender naquele momento. São pessoas vulneráveis, de acordo com a lei, que são consideradas incapazes de compreender a realidade que se passa diante dos seus olhos, seja essa incapacidade temporária ou permanente.

O dolo ainda pode ser direto, quando o autor tem ciência de que a vítima é menor de idade; ou eventual, no qual ele, embora não tenha certeza da idade do sujeito passivo, cujas características físicas evidenciam sua pouca idade, assume o risco e pratica o ato sexual.

Exige-se também o elemento volitivo, ou seja, a intenção de satisfazer a própria libido. Nesse sentido, Bitencourt (2017, p. 117), descreve:

[...] a vontade deve abranger, igualmente, a ação (prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso), o resultado (execução efetiva da ação proibida), os meios (de forma livre ou algum meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima) e onexo causal (relação de causa e efeito). Por isso, quando o processo intelectual-volitivo não atinge um dos componentes da ação descrita na lei, o dolo não se aperfeiçoa, isto é, não se realiza. Na realidade, o dolo somente se completa com a presença simultânea da consciência e da vontade de todos os elementos constitutivos do tipo penal. Com efeito, quando o processo intelectual-volitivo não abrange qualquer dos requisitos da ação descrita na lei, não se pode falar em dolo, configurando-se o erro de tipo, e sem dolo não há crime, ante a ausência de previsão da modalidade culposa.

Segundo Bitencourt, o estupro de vulnerável é um crime de “elemento especial do injusto”, isto é, o autor tem um fim especial, qual seja a posse sexual da vítima, sabendo que ela é uma pessoa vulnerável, caso não seja essa intenção e o agente não saiba que se trata de vítima vulnerável, corre o risco de não ocorrer a adequação típica que é componente

indispensável do conceito analítico de crime. O autor ainda fala com maestria que o crime se enquadra na tipologia de Welzel (1987, apud Bitencourt, 2017, p. 118), que denominava “crimes de tendência”, nos quais:

[...] a ação encontra-se envolvida por determinado ânimo cuja ausência impossibilita a sua concepção. Em tais crimes não é a vontade do autor que determina o caráter lesivo do acontecer externo, mas outros extratos específicos, inclusive inconscientes [...]

Portanto, vemos que além da consumação, ou seja, além de ter realmente ocorrido o resultado, é preciso que o dolo direto do agente seja verificado no caso concreto. Se o agente queria praticar relação sexual ou ato libidinoso com pessoa considerada vulnerável vai incorrer na sanção que prevê o artigo 217-A.

### 3.2 Bem Juridicamente protegido e objeto material

Bem juridicamente protegido é um direito que a lei visa proteger, ou seja, ele vem antes da norma e serve como norte para que o legislador possa garantir a sua proteção de maneira eficaz e adequada, de acordo com as condições em que se encontra esse direito.

Greco (2017, p. 152) explica que o bem jurídico que o tipo penal visa proteger é a liberdade e a dignidade sexual das pessoas vulneráveis:

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. 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.

Em contrapartida, Bittencourt (2017, p. 100, grifo do autor), diz que não há o que se falar em liberdade sexual já que as pessoas vulneráveis normalmente não possuem capacidade para consentir, vejamos:

Na realidade, na hipótese de *crime sexual contra vulnerável*, não se pode falar em *liberdade sexual* como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua *vulnerabilidade*. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no

art. 217-A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.

Fazendo a junção dos pensamentos desses grandes doutrinadores, acreditamos que o bem que é juridicamente protegido pelo tipo penal é a liberdade e a dignidade sexual do vulnerável e levando em conta que essa vulnerabilidade é passiva de uma relativização, a norma acaba que restringindo a liberdade sexual dessas pessoas mais do que protegendo.

O objeto material do delito, ou seja, a pessoa a qual recai a conduta delituosa coincide com o sujeito passivo, qual seja a pessoa menor de 14 anos, bem como aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência.

### **3.3 Sujeito ativo e Sujeito passivo**

O Crime de estupro de vulnerável é considerado um crime comum, ou seja, qualquer pessoa maior de 18 anos, seja ela mulher ou homem, pode figurar como sujeito ativo do delito.

Porém, segundo Greco, quando a conduta se tratar do primeiro núcleo do tipo, qual seja, a conjunção carnal, a relação sexual deverá obrigatoriamente ser uma relação heterossexual, mas nas demais hipóteses que caracterizarem o ato libidinoso não importará o sexo de quem pratique a conduta, podendo até ser praticada contra pessoas do mesmo sexo.

O sujeito passivo do delito também pode ser qualquer pessoa, desde que ela se enquadre nos conceitos de vulnerabilidade expressos no art. 217-A, portanto, desde que ela seja menor de 14 anos, possua enfermidade ou deficiência mental ou que não possa exprimir sua vontade.

Greco (2017, p. 150), explica em sua obra, que por esse motivo o crime de estupro de vulnerável é um crime de próprio em relação ao sujeito passivo:

[...] Crime próprio com relação ao sujeito passivo, uma vez que a lei exige que seja a vítima menor de 14 (catorze) anos (*caput*), ou portadora de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência (§ 1º).

Sobre os vulneráveis do sexo masculino, Bitencourt (2017, p. 101) expressa em sua obra:

Aquí, no estupro de vulnerável, a vítima (vulnerável) do sexo masculino também, em qualquer circunstância, quando violentada, é sujeito passivo do crime de estupro, a exemplo do que ocorria com o antigo crime de atentado violento ao pudor. Em outros termos, o crime de estupro de vulnerável também pode ocorrer em relação hetero ou homossexual (homem com homem e mulher com mulher).

Em relação às vítimas que se encontram no caput do art. 217-A, ou seja, os vulneráveis menores de quatorze anos estão incluídos apenas aqueles que ainda não possuem os quatorze anos completos, portanto, se o crime ocorrer nas primeiras horas do dia em que a vítima completa quatorze anos será classificado como estupro simples, tipificado no art. 213, do mesmo diploma legal.

Apesar de nosso foco estar nos indivíduos menores de 14 anos (a vulnerabilidade etária), é preciso fazer algumas considerações acerca dos outros indivíduos também considerados vulneráveis, são elas as vítimas que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato e as vítimas que naquele momento não conseguem compreender a realidade.

Quando estivermos diante de uma vítima deficiente mental, ou que não tenha o necessário discernimento, como por exemplo, aqueles indivíduos elencados no art. 26 do CP, veremos que a simples alegação de deficiência não é o suficiente para que ocorra a caracterização do estupro de vulnerável, ou seja, quando a vítima for pessoa vulnerável nos termos da primeira parte do § 1º terá a sua condição e vulnerabilidade atestada por um laudo pericial para que, enfim, se caracterize o crime de estupro de vulnerável. Nota-se que neste caso é preciso analisar e concretizar a vulnerabilidade do indivíduo para que se possa caracterizar o crime de estupro de vulnerável.

Concordando com o raciocínio, Capez (2017, p. 67) escreve:

O art. 224, b, do CP, fazia menção à vítima alienada ou débil mental, e exigia que o agente devesse conhecer essa circunstância. O art. 217-A, §1o, do CP abrangeu a referida hipótese, mas também incluiu a vítima enferma, que, na realidade, já era tutelada pelo art. 224, c, do CP. Deve-se provar, no caso concreto, que, em virtude de tais condições, ela não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Cumpre, portanto, que sejam comprovadas mediante laudo pericial, sob pena de não restar atestada a materialidade do crime, por se tratar de elementar, a qual integra o fato típico. Vejam que pela própria redação do tipo penal, não há como não

se exigir uma análise concreta acerca da caracterização ou não da situação de vulnerabilidade da vítima.

É importante lembrar que não se pode impedir que a pessoa que tenha deficiência mental possua uma vida normal e conseqüentemente uma vida sexual.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi um grande marco em relação à ampliação dos direitos das pessoas com deficiência. Nesse sentido é o art. 4º da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com deficiência): “Art.4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação” (BRASIL, 2015).

Esse artigo traz a ideia de que a pessoa com deficiência pode fazer o que quiser, tendo inclusive liberdade sexual, conforme prevê expressamente o art. 6º, II, da Lei nº 13.146/2015: “Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: [...] II - exercer direitos sexuais e reprodutivos” (BRASIL, 2015).

O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoas que possuam deficiência mental ou alguma enfermidade que a impeça de possuir o discernimento necessário exigido para a prática de tal ato.

Greco (2017, p. 150), em suas sábias palavras escreve:

Existem pessoas que são portadoras de alguma enfermidade ou deficiência mental que não deixaram de constituir família. Assim, mulheres portadoras de enfermidades mentais, por exemplo, podem, tranquilamente, engravidar, serem mães, cuidarem de suas famílias, de seus afazeres domésticos, trabalharem, estudarem etc. Assim, não se pode confundir a proibição legal constante do § 2º do art. 217-A do Código Penal com uma punição ao enfermo ou deficiente mental.

Quanto às vítimas que por qualquer outro motivo não possam expressar a sua vontade, ou não possam oferecer resistência, a vulnerabilidade também é relativa. Portanto, quando a vítima não é menor de 14 anos e nem possui deficiência mental, mas estava numa condição de vulnerabilidade quando sofreu o ato sexual. Como exemplos temos aquelas pessoas que se encontram embriagadas por completo, drogadas excessivamente, etc.

Sobre essa categoria Bitencourt (2017, p. 102) escreve que essa última hipótese deveria ser um parágrafo do art. 213 com a seguinte justificativa:

Enfim, o legislador estende aqui as gravíssimas sanções a proteção desse “alguém” que, na nossa concepção, ficaria bem protegido se a sua sede fosse objeto de um parágrafo lá no art. 213 deste diploma legal. Em outras palavras, não vemos razoabilidade para incluí-lo neste dispositivo legal, pois a incapacidade, eventual, de oferecer resistência caracteriza exatamente a violência sexual do estupro previsto nesse art. 213, mas não o transforma em alguém vulnerável como os incapazes mencionados. E a previsão excepcional constante deste dispositivo legal destina-se especialmente para menor de quatorze anos e enfermo ou deficiente mental. Com efeito, o legislador abriu demasiadamente um tipo penal extremamente grave, punindo aqui, desproporcionalmente, se comparado à hipótese prevista no art. 213, onde a vítima sofre violência real e expressa. Enfim, na nossa concepção, essa incriminação analógica não se justifica do ponto de vista político, social, jurídico e dogmático, arranhando, por sua vez, os princípios da igualdade, da razoabilidade e, principalmente, da proporcionalidade. Mas a conduta está tipificada, e, como tal, deve ser enfrentada.

Concordando com o pensamento, acreditamos que o legislador de certa forma exagerou e que deveria simplesmente ter agregado um parágrafo a mais no art. 213, pois a violência contida na segunda parte do § 1º é a mesma contida no artigo supracitado.

### **3.4 Modalidade comissiva e omissiva**

Para que haja um crime comissivo é preciso que o agente pratique alguma ação para consumir a sua vontade inicial que é a de cometer determinado crime. Já a modalidade omissiva, exige-se que o agente não pratique nenhuma ação, ou seja, é preciso que o agente pratique uma omissão e que essa omissão dê causa ao resultado. Essa omissão é classificada em própria e imprópria. A omissão própria é aquela já citada, quando o agente deixa de agir, já na omissão imprópria, o agente tem o dever garantidor, ele tem a tutela de alguém que precisa de seus cuidados e mesmo sabendo que a pessoa tutelada está precisando de proteção o mesmo se omite.

O estupro de vulnerável, em regra, é um crime comissivo, pois o agente precisa apresentar um comportamento positivo para ter a conjunção carnal, pressupondo uma ação, qual seja a de ter conjunção carnal ou ato libidinoso com pessoa vulnerável.

O crime também pode ser cometido via omissão imprópria, quando o agente garantidor tem o dever de cuidado e na presença de uma violência nada o faz para impedir que o resultado aconteça.

Um caso que infelizmente é muito comum no país é quando mães permitem que seus companheiros mantenham relações sexuais com seus filhos menores e não fazem nada para impedir que ocorra o estupro. Nesse caso, a mãe responde pelo crime de estupro propriamente

dito, sendo aplicadas as penas constantes no preceito secundário do art. 217-A caracterizando o chamado crime comissivo por omissão.

### 3.5 Modalidades qualificadas e causas de aumento de pena

As qualificadoras do delito de estupro de vulnerável estão presentes nos §§ 3º e 4º do art. 217-A, e tratam do aumento da pena base do crime, ou seja, aumentam a pena que servirá como parâmetro para o juiz quando da sua aplicação. As qualificadoras consistem em aumentar a pena quando o ato resulta em lesão corporal ou até mesmo em morte, ambas com penas distintas, vejamos:

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:  
Pena – reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.  
§ 4º Se da conduta resulta morte:  
Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) (BRASIL, 1940).

O dolo do agente é simplesmente manter a conjunção carnal ou ato libidinoso com a vítima vulnerável, mas acaba causando a morte ou alguma lesão corporal de natureza grave de forma culposa.

Notemos que é um delito qualificado pelo resultado, em que há dolo na conduta antecedente e culpa na consequente, caso não haja culpa no resultado final em relação à segunda conduta, não será o crime qualificado de acordo com o art. 19 do Código Penal.

Quando acontece de o dolo estar presente também na segunda conduta, estaremos diante de um concurso de crimes. Bitencourt (2017, p. 119), explica essa hipótese e acrescenta como seria a aplicação da pena no caso concreto:

Com efeito, se o agente houver querido (dolo direto) ou assumido (dolo eventual) o risco da produção do resultado mais grave, as previsões destes parágrafos não deveriam, teoricamente, ser aplicadas. Haveria, nessa hipótese, concurso (material ou formal improprio) de crimes, dependendo das circunstâncias: o de natureza sexual (caput) e o resultante da violência (lesão grave ou morte). Curiosamente, no entanto, se houver esse concurso de crimes dolosos, a soma das penas poderá resultar menor do que as das figuras qualificadas, decorrente da desarmonia do sistema criada pelas reformas penais ad hoc. Por essas razões, isto é, para evitar esse provável paradoxo, sugerimos que as qualificadoras constantes dos §§ 3o e 4o devem ser aplicadas, mesmo que o resultado mais grave decorra de dolo do agente. Parece-nos que essa é a interpretação mais recomendada, nas circunstâncias, observando-se o princípio da razoabilidade.

Portanto, pouco importa se o resultado mais grave decorreu de dolo ou de culpa, deve-se sempre aplicar as qualificadoras, a não ser que o resultado tenha decorrido de caso fortuito ou força maior, neste caso o agente responderá apenas pelo estupro de vulnerável na forma simples. Caso resulte alguma lesão de natureza leve ou vias de fato, ambas serão absorvidas pelo tipo penal pelo fato de integrarem a violência contida no *caput* do artigo.

Já a causa de aumento de pena é utilizada para incrementar a punição e o momento da sua aplicação é na última fase da aplicação da pena, podendo ela aumentar os parâmetros estabelecidos pela pena base.

A primeira causa de aumento de pena diz que se o crime for praticado em concurso de pessoas a pena é aumentada em sua quarta parte. A segunda diz que se o sujeito ativo é ascendente, padrasto, madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância e cometa o crime de estupro, terá sua pena aumentada pela metade. A quarta e a quinta que são novidades no nosso ordenamento jurídico, mas que já foram explicadas em capítulo específico para tratar das alterações trazidas pela Lei n. 13.718/18, expressam:

**Art. 226.** A pena é aumentada:

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela;

IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado:

**Estupro coletivo**

a) mediante concurso de 2 (dois) ou mais agentes;

**Estupro corretivo**

b) para controlar o comportamento social ou sexual da vítima (BRASIL, 1940).

O art. 234 com sua nova redação dada pela Lei n. 13.718/2018 expressa:

**Art. 234-A.** Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I – (vetado);

II – (vetado);

III – de metade a 2/3 (dois terços), se do crime resulta gravidez;

IV – de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, ou se a vítima é idosa ou pessoa com deficiência (BRASIL, 2018).

Pesquisa do Ministério da Saúde mostra que, entre 2011 e 2016, 1.875 meninas entre 10 e 14 anos ficaram grávidas em decorrência de abuso sexual sofrido. E o pior de tudo é que muitas vezes os estupradores são os próprios pais, padrastos, familiares, amigos próximos da família, etc. o que dificulta bastante a menor chegar pra uma pessoa de confiança e falar o que aconteceu. Dessa forma, é totalmente justificável que pedófilos que engravidem suas vítimas sofram uma reprimenda maior por parte do Estado.

Na mesma sanção incorre quem sabe que é portador de doença sexualmente transmissível e transmite para a vítima vulnerável, sequela esta que a seguirá para o restante de sua vida.

É certo que pode ocorrer o concurso de causas de aumento de pena, pois como já citamos, o agente pode ser algum parente da vítima (art. 226) e ter como consequência da relação forçada uma gravidez ou a transmissão de uma doença sexual para a pessoa vulnerável (art. 234-A), nesse caso, a regra para ser observada é a que está contida no art. 68, parágrafo único do Código Penal, que diz: “No concurso de causas de aumento ou de diminuição, previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua” (BRASIL, 1940).

### **3.6 Erro de Tipo e Erro de Proibição**

O fenômeno denominado por erro de tipo configura na crença que o sujeito tem de estar agindo de acordo com a lei, baseando-se em realidade falsa ou equivocada. O erro aqui recai sobre as elementares do tipo. Muitos se confundem e afirmam que o erro de tipo é a mesma coisa que ignorância sobre o tipo penal, afirmação esta que é totalmente despida de verdade, pois naquele o agente induz uma falsa sapiência ou equívoco e nesse é alegado desconhecimento sobre determinado fato.

Um exemplo bem tradicional na doutrina é o do caçador que, pensando estar numa situação de perigo ao imaginar que atrás de um arbusto existe um animal feroz pronto para atacá-lo, no entanto, quando atira, percebe que atingiu seu companheiro de caça e não um animal.

O erro de tipo, como já mencionado, pode excluir o dolo ou quando houver previsão legal, classificar o crime como culposos.

No presente estudo o erro de tipo poderá ocorrer na hipótese de que o agente não saiba e não tinha como saber que a vítima era pessoa menor de catorze anos ou ignora que a vítima

tenha enfermidade ou deficiência mental, não possua o necessário discernimento para a prática de atos de natureza sexual.

Um exemplo de quando o agente não sabe ou não tem como saber a idade da vítima é quando as circunstâncias em que ela se encontra o induzem a acreditar ser ela maior de 14 anos ou até mesmo maior de idade. É o caso do adolescente que tem a estrutura corporal avantajada que não condiz com a sua idade real, circunstância essa que qualquer pessoa acreditaria ser ela maior de idade. Outra circunstância é a vítima estar em local que só é permitida a entrada de pessoas maiores de 18 anos, se aproveitando do seu condicionamento físico e utilizando documento falso.

Como para o crime de estupro de vulnerável não existe previsão de modalidade culposa, caso haja a comprovação do erro quanto ao elemento do tipo, exclui-se a tipicidade que conseqüentemente descaracteriza o conceito analítico de crime e resulta na absolvição do acusado.

Já o erro de proibição é o desconhecimento da ilicitude do fato por parte do agente e está descrito no art. 21 do mesmo diploma legal.

Para Greco (2017), não se pode alegar o erro de proibição quando se tratar de envolvimento sexual com menor de 14 anos, pois há grande informação tanto por parte da mídia, como por parte dos costumes da sociedade, envolvendo uma conscientização na sociedade sobre a pedofilia (adulto que se sente atraído sexualmente por crianças) e os riscos que esse crime traz para quem o pratica e para a sociedade.

Segundo Nucci (2014), o erro de proibição pode acontecer quando o agente pratica ato sexual com pessoa com enfermidade ou deficiência mental, sem saber que aquela conduta é proibida por lei. Se houver a relação sexual aqui exemplificada, deve-se analisar se o erro de proibição é escusável, se constatado, o caminho a ser seguido é o da absolvição.

Portanto, o renomado autor corrobora com Greco no sentido de que não se pode alegar o erro de proibição quanto aos menores de 14 anos, mas é plenamente possível alegar esse instituto quando se tratar das pessoas elencadas no § 1º do art. 217-A do CP, que acarreta na exclusão da culpabilidade, devendo ser analisado o tipo de enfermidade ou deficiência mental e o seu impacto na validade do consentimento da vítima no âmbito sexual.

### 3.7 Consumo e tentativa

Um crime é consumado quando o agente consegue atingir o seu objetivo inicial, no caso em questão, quando o agente consegue a cópula vaginal ou o ato libidinoso objetivado inicialmente.

Na conjunção carnal, o delito se consuma mesmo que não se tenha rompido o hímen da criança ou da adolescente, sendo também considerada desnecessária a ejaculação.

Sobre a consumação do ato libidinoso diferente da conjunção carnal, Bitencourt (2017, p. 120) menciona:

Na modalidade – praticar ou permitir a prática de outro ato libidinoso – consuma-se o crime com a efetiva realização ou execução de ato libidinoso diverso de conjunção carnal; o momento consumativo dessa modalidade coincide com a prática do ato libidinoso.

A doutrina brasileira considera que é possível que haja o crime de estupro de vulnerável na forma tentada, quando o agente não consegue atingir sua meta por circunstâncias alheias à sua vontade, ou seja, ele pode ser interrompido pela ação eficaz da vítima ou alguma intervenção de terceiros, mesmo que não tenha mantido nenhum contato íntimo com a vítima.

Como exemplo, temos a hipótese do agente que após obrigar a vítima mediante violência ou grave ameaça para ter conjunção carnal com ele, é surpreendido por terceira pessoa que consegue frustrar a ação e o fim delituoso do agente.

Se o agente, além da conjunção carnal, obrigar a vítima a manter coito anal com ele, responderá por um só crime, pois a segunda conduta integra a primeira e também faz parte do tipo penal.

Sobre a tentativa, Bitencourt (2017, p. 120) explica:

No estupro, ante sua natureza de crime complexo, a primeira ação (violência ou grave ameaça) constitui início de execução, porque está dentro do próprio tipo, como sua elementar. Assim, para a ocorrência da tentativa basta que o agente tenha empregado violência contra a vítima, com o fim inequívoco de constrangê-la à prática de relação sexual, em qualquer de suas modalidades.

Assim, para que haja a tentativa do crime de estupro de vulnerável é preciso que o agente somente inicie sua preparação, seja por meio de emprego de violência física ou psíquica, no entanto o agente precisa ter o fim de constranger a vítima a praticar relação sexual ou ato libidinoso de qualquer natureza.

### **3.8 Pena, ação penal e segredo de justiça**

A pena do *caput* do art. 217-A é de reclusão de oito a quinze anos. Se a conduta tiver como resultado lesão corporal de natureza grave a pena é de dez a vinte anos (§3º); se resulta em morte, a reclusão será de doze a trinta anos (§4º). Por último, temos as causas de aumento de pena, onde se aumenta a pena em sua quarta parte se for praticada mediante o concurso de pessoas e aumenta-se a metade se o agressor for parente da vítima.

Como se sabe, a ação penal é um direito subjetivo que a vítima tem de pedir socorro ao Estado para que o mesmo aplique o direito penal objetivo no caso concreto.

No sistema processual penal denominado de inquisitivo, o juiz era o detentor principal do direito de ação, direito este que poderia ser exercido de ofício ou por requisição, mas o mesmo exercia todas as funções do processo penal, quais sejam a de acusar, defender e condenar, prejudicando de maneira irreparável o contraditório e ampla defesa, a imparcialidade do magistrado e a liberdade do indivíduo. Com o surgimento do sistema acusatório, ocorreu uma grande reviravolta e sentiu-se a grande necessidade de haver a separação das funções estatais, surgindo assim a ação penal.

A ação penal no processo penal brasileiro pode ser incondicionada ou condicionada à representação do ofendido e esta subdivida em Ação Penal Privada exclusiva, personalíssima e subsidiária. Incondicionada é aquela que independe da vontade da vítima para propor a ação, agindo o Ministério Público como seu guardião; condicionada é aquela que é necessário o consentimento da vítima.

Na primeira redação do Código Penal de 1940 a ação penal cabível era a exclusivamente privada, ou seja, a vítima teria que exercer o seu direito de ação por meio de uma queixa crime, pois buscava ao máximo a preservação da imagem da mulher, para evitar escândalos e que isso afetasse a vida futura da vítima. Diante dessa regra, existia, contudo, quatro exceções:

a) procedia-se mediante ação pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não podiam bancar as custas processuais sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

b) procedia-se mediante ação pública incondicionada se o crime era cometido com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador;

c) procedia-se mediante ação pública incondicionada se da violência resultasse lesão grave ou morte;

d) a ação penal era pública incondicionada, de acordo com a Súmula 608 do STF, quando o crime de estupro era praticado mediante o emprego de violência real (aplicando-se o mesmo ao atentado violento ao pudor).

Com a vigência da Lei 12.015/09, a alteração que mais chama atenção no quesito das ações penais foi a abolição da ação penal privada nos crimes sexuais, alterando o art. 225 do CP, estabelecendo agora que a ação cabível é a pública condicionada à representação da vítima e para os vulneráveis a ação passa a ser incondicionada. Vejamos:

Art. 225 - Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável (BRASIL, 2009).

O art. 225 do CP teve sua redação completamente alterada recentemente pela Lei 13.718/18, estabelecendo que a ação penal para os crimes contra a dignidade sexual passaria a ser pública incondicionada, revogando o parágrafo único do mesmo artigo que ficou com a seguinte redação: “Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada” (Redação dada pela Lei nº 13.718/2018).

De acordo com art. 234-B do Código Penal de 1940, os processos que têm como lide os crimes contra a dignidade sexual correrão em segredo de justiça, com o fim de proteger a intimidade e imagem da vítima como também do acusado. O Código fala somente do processo, mas é entendimento majoritário que o sigilo também deve se estender ao inquérito policial instaurado para apurar todos os dados possíveis.

## **4 RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE**

Com o intuito de descobrir se a idade da vítima (menor de quatorze anos) é o suficiente para caracterizá-la como vulnerável, faremos uma análise crítica da vulnerabilidade no crime em destaque, apontando sua definição legal e jurídica.

Adiante, frente às mudanças introduzidas pelas Leis n. 12.015/2009 e 13.718/2018, se discutirá a possibilidade de relativização da vulnerabilidade diante da análise de cada caso, considerando-se o grau de maturidade sexual da vítima, o seu consentimento, o desenvolvimento da sociedade e a influência dos meios de comunicação na evolução sexual de crianças e adolescentes.

Seguindo adiante, será atestado o confronto existente entre o caráter absoluto da vulnerabilidade, ratificado pela Lei n. 13.718/18, e a ofensa aos princípios constitucionais expressos da dignidade da pessoa humana, do contraditório, da ampla defesa, entre outros.

### **4.1 Conceito de vulnerabilidade**

De acordo com o nosso dicionário online de português, o termo “vulnerável” significa “ferido, sujeito a ser atacado, derrotado: frágil, prejudicado ou ofendido” (DICIO, 2018); ou seja, vulnerável é algo ou alguém que está mais propenso a ser ferido em relação às outras coisas ou pessoas.

No Direito Penal, o termo “vulnerável” é usado para descrever pessoas que não possuem atribuições intelectuais para expressar sua vontade, como exemplo temos as crianças e os deficientes mentais, no contexto da norma aqui debatida expressa a incapacidade ou fragilidade de alguém, motivada por circunstâncias especiais.

Sobre o conceito do termo vulnerável, Capez (2017, p.60) explica:

[...] A vulnerabilidade é um conceito novo muito mais abrangente, que leva em conta a necessidade de proteção do Estado em relação a certas pessoas ou situações. Incluem-se no rol de vulnerabilidade casos de doença mental, embriaguez, hipnose, enfermidade, idade avançada, pouca ou nenhuma mobilidade de membros, perda momentânea de consciência, deficiência intelectual, má formação cultural, miserabilidade social, sujeição a situação de guarda, tutela ou curatela, temor reverencial, enfim, qualquer caso de evidente fragilidade.

No Direito Constitucional, esse termo é utilizado para descrever as crianças e adolescentes, uma vez que o art. 227 da Constituição Federal consagrou os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral para esses indivíduos no rol dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente também resguarda o direito das pessoas tidas como vulneráveis, estabelecendo em seus artigos 3º e 4º que é dever dos pais e familiares fazer com que esses direitos sejam efetivados, pois essas pessoas estão em peculiar condição de crescimento, sendo que é na infância que ocorre todo o processo de formação e construção do indivíduo, tanto física como psicologicamente.

Para o legislador, existem dois tipos de vulnerabilidade, o que está previsto no art. 217-A, isto é, o menor de 14 (quatorze) anos e toda pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual ou que por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. E aquele vulnerável que está descrito no art. 218-B que descreve a conduta de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, ou seja, o menor de 18 (dezoito) anos, ou alguém que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone.

Sobre o assunto, Bitencourt (2017, p. 103), escreve:

Na realidade, o legislador utiliza o conceito de vulnerabilidade para diversos enfoques, em condições distintas, sem qualquer justificativa razoável. Esses aspectos autorizam-nos a concluir que há concepções distintas de vulnerabilidade. Na ótica do legislador, devem existir duas espécies ou modalidades de vulnerabilidade, ou seja, uma vulnerabilidade absoluta e outra relativa; aquela se refere ao menor de quatorze anos, configuradora da hipótese de estupro de vulnerável (art. 217-A); esta se refere ao menor de dezoito anos, empregada ao contemplar a figura do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 218-B).

Sendo assim, estamos diante de dois tipos de vulnerabilidade, real e equiparada, em que os dois dispositivos legais (217-A e 218-B) usam do mesmo critério para resguardar as menoridades (quatorze e dezoito anos), “ou a quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato”.

Diante da segunda parte do § 1º do art. 217-A, que fala dos indivíduos que por alguma circunstancia não possam oferecer resistência, o legislador optou por um terceiro tipo de vulnerabilidade, qual seja aquela que é aplicada por analogia, que segundo Bitencourt, é um exagero.

Diante disso, podemos concluir que a vulnerabilidade emerge da incapacidade de compreensão por parte da vítima, que está totalmente despida de razão, seja por causa permanente, temporária ou acidental.

#### **4.2. A antiga presunção de violência e a vulnerabilidade criada pela lei n. 12.015/2009**

Como dito anteriormente, o art. 224 da antiga redação do Código Penal de 1940 trazia uma figura chamada “presunção de violência”. Com a vigência da Lei 12.015/2009 essa presunção de violência deu lugar a uma nova figura, a chamada vulnerabilidade.

A antiga “violência presumida” se baseava em uma ficção legal, ou seja, era atribuída ao agente uma conduta característica de violência que na realidade do caso concreto não existiu.

Nucci (2014, p.92), explica:

Por isso, sob a ótica da lei anterior, criou-se a fórmula da presunção de violência, destacada no antigo art. 224, envolvendo os menores de 14 anos, os alienados ou débeis mentais e aqueles que, por outra causa, não pudessem oferecer resistência. A tipificação do crime de estupro ou atentado violento ao pudor era feita por extensão: art. 213 combinado com o art. 224 ou art. 214 2 combinado com o art. 224. Com isso, considerava-se violenta a relação sexual do agente com pessoa menor de 14 anos ou contando com outra espécie de deficiência de consentimento.

Diante dessa definição, surgiu a discussão acerca de ser essa presunção de violência absoluta (se não cabe prova em contrário), ou relativa (admite prova em contrário). Tal desentendimento se deu por conta do critério etário que o legislador escolheu, já que nos outros casos a dúvida se acaba com a realização da prova pericial.

Com a intenção de acabar com essa discussão, o legislador criou o tipo penal do art. 217-A, tratando como vulneráveis aquelas pessoas que não possuem a capacidade de consentir um ato sexual.

O termo polêmico presunção de violência é a mesma coisa do novo termo vulnerabilidade. Segundo Bitencourt (2017, p. 104), o legislador agiu com a intenção de ludibriar o intérprete da norma, intenção esta que se tornou ineficaz:

Trata-se, inequivocamente, de uma tentativa dissimulada de estancar a orientação jurisprudencial que ganhava corpo no Supremo Tribunal Federal sobre a relatividade da presunção de violência contida no dispositivo revogado (art. 224). Nessa linha,

merece destaque parte do antológico acórdão do Ministro Marco Aurélio, que pontificou: “A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público” (STF, HC 73.662/MG, 2a T., rel. Min. Marco Aurélio de Mello, j. em 21-5-2005).

O legislador pegou a antiga redação do art. 224 e simplesmente modificou tirando a expressão presunção de violência e acrescentou o termo vulnerabilidade.

Essa proteção aos menores de 14 (quatorze) anos continua gerando debates na doutrina, na jurisprudência e no meio social, pois a simples tipificação de um crime novo não torna o problema resolvido. Essa vulnerabilidade é relativa ou absoluta?

Em nossa opinião, é válido e sensato atribuir o caráter de vulnerável para aqueles menores de 12 (doze) anos, pois o grau de consentimento dessas pessoas é insignificante para caracterizar uma relação sexual consentida ou não.

No entanto, aos maiores de 12 (doze) anos, acreditamos ser essa vulnerabilidade de caráter relativo, ou seja, do Poder Judiciário analisar o caso em concreto, concluindo se o menor tem ou não a capacidade de consentir e praticar um ato sexual.

Guilherme Nucci (2014, p. 93-94), concordando com a posição acima, escreve:

Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade no tocante ao adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual.

Novamente, o legislador querendo acabar de uma vez por todas com essa discussão, por meio da Lei 13.718/2018, acrescentou o § 5º no art. 217-A. Em poucas palavras, esse novo paragrafo diz que a pena do artigo será aplicada independente do consentimento da vítima ou se ela tinha ou não uma vida sexual ativa antes do ocorrido, estabelecendo assim o caráter absoluto à vulnerabilidade.

Mais uma vez o legislador retrocedeu, nadando contra a corrente da evolução social e prejudicando o nosso ordenamento jurídico que se encontra no meio de um conflito de normas que se enroscam e atrapalham a aplicação correta do direito.

Veremos alguns desses conflitos em conjunto do esclarecimento do porquê a vulnerabilidade contida no *caput* do art. 217-A deve ser considerada relativa.

#### **4.3. Diretrizes da Lei nº 12.594/2012 e o estupro de vulnerável**

A lei 12.594 de 2012 foi promulgada pela então Presidente da República Dilma Rousseff, lei esta que assegura o direito de visita íntima para os menores infratores internados. É certo que nos estabelecimentos de ressocialização de jovens já era comum a prática de permitir que o menor pudesse ter visita íntima, mas a lei resolveu o problema da tipificação e garantiu esse direito por norma legal. A regra está presente no art. 68 da lei 12.594 que diz: “é assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima” (BRASIL, 2012).

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente a internação do jovem pode acontecer a partir do momento que ele completa os seus doze anos e comete algum ato infracional grave.

A lei que concede este benefício é a mesma que criou o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), ditando o procedimento correto para o devido atendimento a jovens infratores em todo o país.

O benefício é concedido para aqueles adolescentes que são casados ou que vivam em uma união estável. A autorização para essas visitas será do juiz responsável pelo acompanhamento do caso.

É certo que para o indivíduo se casar ele precisa ter a idade mínima de 16 (dezesseis) anos, exceto nos casos de gravidez comprovada que a idade mínima cai para 15 (quinze), mas para a união estável não existe idade mínima, podendo facilmente, na realidade atual, um adolescente de 12 ou 13 anos ter uma vida sexual ativa e ainda sustentar união estável com outra pessoa.

Há a hipótese desse mesmo adolescente já constituir uma família com filhos, pois muitos adolescentes, antes mesmo de completar quatorze anos, já iniciam sua vida sexual e consequentemente se tornam pais ou mães de forma precoce.

Não podemos fechar os olhos para a realidade atual, vivemos em uma época que encontrar pessoa menor de 14 (quatorze) anos mantendo união estável ou até mesmo constituindo família é algo considerado normal pela sociedade que está em constante evolução em relação aos atos sexuais e à idade para a prática destes.

Se a Lei 12.594 de 2012 diz que é assegurado ao adolescente o direito à visita íntima e a Lei 13.718 de 2018 com o acréscimo do § 5º na redação do art. 217-A - CP, diz que é considerado estupro de vulnerável todo e qualquer ato sexual praticado contra menor de 14 (quatorze) anos, independentemente do seu consentimento, estaremos diante de um estupro de vulnerável permitido pela legislação? Deveria o responsável pelo estabelecimento responder pelo crime de estupro de vulnerável por ser ele o responsável pela segurança do menor? E o companheiro deveria ser condenado pelo crime de estupro de vulnerável, se maior, ou responder por ato infracional correspondente ao estupro elencado no 217-A, caso seja menor de idade, mesmo com a autorização do juiz responsável?

A resposta para tais perguntas é evidente que não, pois acreditamos que está implícita em nosso ordenamento jurídico a figura da vulnerabilidade relativa, onde é atestado de acordo com o caso concreto, a capacidade que o adolescente tem de consentir um ato sexual, vulnerabilidade esta que está em concordância com vários dispositivos legais, um deles é o Estatuto da Criança e do Adolescente.

#### **4.4. O Estatuto da Criança e do Adolescente**

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi introduzido no nosso ordenamento jurídico através da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. É o principal diploma que guia os aplicadores do direito quando se deparam com uma ofensa de um direito desses indivíduos tidos como em desenvolvimento, objetivando que tenham um crescimento saudável em seus diversos aspectos.

O art. 2º deste diploma traz o conceito de criança e adolescente nos seguintes termos: “considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre **doze e dezoito anos** de idade” (BRASIL, 1990, grifo nosso). No art. 5º o ECA descreve condutas que repudia e que busca combater: “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos” (BRASIL, 1990).

Já no âmbito penal o conceito de criança e adolescente trazido pela lei 12.015 que ao criminalizar a conduta de praticar qualquer ato sexual com menor de quatorze anos, ultrapassa o caráter temporal do conceito de criança e estende seus efeitos aos adolescentes. Essa atitude do legislador, em primeiro momento, é digna de aplausos, pois além de proteger as nossas crianças, também estendeu essa proteção para uma parte dos adolescentes.

Mas em contrapartida o legislador estaria generalizando toda e qualquer conduta sexual praticada contra menor de quatorze anos, tratando dessa vulnerabilidade como sendo absoluta determinando a adequação típica e conseqüentemente a aplicação de suas penas. O art. 217-A depois da alteração trazida pela Lei 13.718 de 2018 tem a seguinte redação:

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime (Inserido pela Lei nº 13.718/2018).

Pela simples leitura do artigo e pelo acréscimo do § 5º, concluímos que mesmo aqueles com mais de 12 anos, com pleno entendimento do que sejam os atos sexuais e com maturidade (precoce) para consentir um ato sexual, são privados de exercer o seu direito à uma vida sexual digna, correndo o risco de colocar seus parceiros dentro de um sistema prisional onde a punição mínima que sofreria seria a humilhação diante dos demais detentos.

Prosseguindo com a análise do diploma em destaque, no art. 103 descreve o ato infracional como sendo um tipo de contravenção penal; no art. 104 diz que os menores de dezoito anos são inimputáveis. Dessa forma, no art. 106 expressa a possibilidade de privação da liberdade do menor (indivíduo com doze anos ou mais e menor de dezoito anos) através de internação em estabelecimento adequado e no art. 112 descreve quais as medidas socioeducativas que podem ser aplicadas dependendo do caso concreto.

Nota-se que a lei concede capacidade para o adolescente compreender que determinado ato é ilícito, inclusive autorizando a privação da sua liberdade como medida

socioeducativa e ao mesmo tempo proíbe que o mesmo adolescente possa decidir sobre sua vida sexual com um parceiro que lhe agrada.

Nos moldes da sociedade atual sabemos que o acesso à informação por parte das pessoas é gigantesco, principalmente para os indivíduos que estão descobrindo o mundo e são repletos de curiosidade, seja por meio escrito, televisivos e principalmente pela internet, pois é o meio abrangente de comunicação.

Diante do acesso à informação, entendemos ser perfeitamente possível que um indivíduo com seus doze anos completos ou mais tenha o conhecimento necessário para saber identificar o que seja uma conjunção carnal e um ato libidinoso, conhecer o seu corpo a ponto de manter uma conjunção carnal com outra pessoa que tenha total confiança.

As crianças e adolescentes da nossa sociedade estão sendo preparadas para as práticas sociais, pois a educação sexual está presente nos currículos escolares do nosso país, seja pelo viés da reprodução humana, ou mesmo pela satisfação dos seus desejos sexuais.

#### **4.5 Da responsabilidade objetiva e do princípio da culpabilidade**

O princípio da culpabilidade deriva da expressão latina *nullum crimen sine culpa*, cujo significado é “não há crime sem culpa”. Esse princípio proíbe que o agente seja condenado pela simples prática da conduta, sem observar se houve dolo ou culpa, ou seja, este princípio proíbe a chamada responsabilidade penal objetiva.

O Código Penal adotou a teoria da responsabilidade subjetiva partindo da premissa de que o agente só poderá ser condenado depois de verificar se praticou a conduta com dolo ou ao menos com culpa.

A vulnerabilidade absoluta descrita no § 5º do art. 217-A, configura claramente a responsabilidade penal objetiva, pois o agente deve responder na medida da sua culpabilidade e nesse caso se o agente praticar conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menor de quatorze anos vai incorrer no crime de estupro de vulnerável mesmo que o ato sexual fosse consentido ou se o agente não souber a idade da vítima.

Assim, se um adolescente maior de doze anos e menor de quatorze mantiver relação sexual com outro adolescente ou com pessoa adulta, mas de forma livre e consentida, sem qualquer violência, ameaça, ou exploração sexual em razão da condição do adolescente, não há o que se falar em crime de estupro de vulnerável. Situação diferente daquelas crianças e

adolescentes que sofrem o abuso, a grave ameaça e são vítimas de exploração sexual, nesse caso está configurado o crime em questão.

O agente do crime tem o direito de poder constituir prova em contrário garantido pelo princípio do contraditório e o da ampla defesa, para indicar que não forçou a vítima nem a constrangeu, seja mediante violência ou grave ameaça ou não se aproveitou da vulnerabilidade do adolescente para praticar algum ato sexual com o mesmo, caso contrário, o prejuízo na defesa daquele seria de uma proporção gigantesca com a redução das suas teses defensivas em razão da vulnerabilidade ser defensiva.

O legislador brasileiro adotou a teoria tripartida do conceito de crime, ou seja, para ser considerado crime a conduta tem que ser típica, ilícita e culpável. Assim, a culpabilidade do agente é um dos três elementos do crime, onde sua ausência causa a atipicidade do fato. Em relação à configuração de um delito, o princípio da culpabilidade exerce duas funções: a primeira é a função de analisar a tipicidade, pois nesse caso só haveria uma conduta típica se o agente praticasse a conduta ao menos a título de culpa; na segunda, trata-se do elemento da culpabilidade, defendendo que a conduta do agente somente pode ter a sua tipicidade declarada quando dor devidamente reprovável pela sociedade, caso contrário não se configura o conceito de crime pela falta de seu terceiro elemento.

A responsabilidade penal objetiva vai de encontro com um direito penal democrático cuja dignidade da pessoa humana, princípio basilar de todo nosso ordenamento jurídico (art. 1º, III da CF), tem a função de limitar o direito que o Estado tem de punir aqueles que desobedecem a suas regras. Nota-se que a responsabilidade objetiva ignora totalmente a palavra do acusado, tratando o mesmo como apenas um objeto processual para que o Estado aplique suas punições sem ao menos dar a chance de provar sua inocência.

É grande a gama de autores que defendem a não aplicação da vulnerabilidade absoluta, sendo necessária a análise do caso concreto. Noronha (1995) assevera que reconhecer a presunção de violência absoluta é o mesmo que reconhecer a responsabilidade objetiva, instrumento este que é repudiado pelo direito brasileiro.

No mesmo pensamento Mirabete (2006, p.478), elenca condições necessárias à vítima menor de catorze anos, que se observadas, afastaria a culpabilidade do agente, e portando, vai de encontro à responsabilidade objetiva penal:

Não se caracteriza o crime, quando a menor de 14 anos se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despudorada e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento. Por

outro lado persiste o crime ainda quando menor não é mais virgem, é leviana, é fácil e namoradeira ou apresenta liberdade de costumes [...]

O Supremo Tribunal Federal entende que: “O sistema jurídico penal brasileiro não admite imputação por responsabilidade penal objetiva”. (STF. Inq. 1.578-4-SP, 18.12.03).

Sobre a responsabilidade objetiva, discorrem Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 470-471):

A imputação da produção de um resultado, fundada na causação dele, é o que se chama responsabilidade objetiva. A ‘responsabilidade objetiva’ é a forma de violar o princípio de que não há delito sem culpa, isto é, diz respeito a uma terceira forma de tipicidade, que se configuraria com a proibição de uma conduta pela mera causação de um resultado, sem exigir-se que esta causação tenha ocorrido dolosa ou culposamente. (...) Estas formas de responsabilidade objetiva estão quase erradicadas no direito penal contemporâneo, sobrevivendo no direito anglo-saxão com o nome de *strictliability*, e que é criticada por quase toda a doutrina desses países.

Ademais, conforme preleciona Prado (2014, p. 111): “De relação direta com a legalidade penal, esse princípio reafirma o caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano. É postulado garantista essencial ao Estado democrático de Direito.”.

Sendo assim, a adequada interpretação do art. 217-A é a de relativizar o conceito de vulnerabilidade do adolescente maior de doze anos, para que se possa analisar o caso concreto e entender se o mesmo tem capacidade para consentir um ato sexual ou não, afastando assim a responsabilidade objetiva do agente, prevenindo punições injustas e exageradas para inocentes.

#### **4.6 A sexualidade no contexto da sociedade atual**

Diante do desenvolvimento histórico, exposto na parte inicial desse trabalho, nota-se que a sociedade está em constante mutação, onde os seus costumes e princípios passam a se adaptar às evoluções e não correr o risco de se perder ou prejudicar a sociedade.

Sabendo que a justiça é o único meio com autoridade e capacidade para resolver os conflitos sociais, o campo jurídico não pode ficar parado no tempo enquanto a sociedade se renova. A sexualidade não é uma coisa nova debatida dentro do Direito, e o que se busca debater desde sempre é justamente o que a sociedade considera como moral ou não para o convívio harmônico, e então, positivar esse entendimento social.

Essa moral adotada pela sociedade também mudou e independentemente do ponto de vista o nosso Direito está atrasado, pois vemos diariamente comportamentos que nos confirmam tal ideia, como no jeito das vestimentas, comportamentos, gestos e gírias, e até mesmo apoio da mídia ao apelo sexual.

Nos dias atuais é muito difícil dizer que um adolescente é totalmente abstraído do assunto sexual, pois a mídia e as escolas oferecem aulas de conscientização para ensinar como se proteger de doenças sexuais transmissíveis, o que afasta a alegação de inocência total nos casos em que jovens, e especialmente os maiores de doze e menores que catorze, se envolvem em uma relação sexual. O antigo código estabelecia essa proteção para resguardar as crianças e adolescentes daquela época, mas com a evolução da sociedade e das mentes desses indivíduos, essa proteção se mostra desnecessária.

Invocamos o julgado do Habeas Corpus nº. 73.662-9, de 1996, do Rel. Min. Marco Aurélio já mencionado nesse capítulo, para ilustrar nosso pensamento:

Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já cona com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possua escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria. (Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 73662-9-MG- j. 21.05.1996, 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 20.09.1996)

Diante do exposto, nota-se que outro fator inerente à sociedade atual é o acesso à informação, seja por meio de televisão ou mesmo através de redes sociais. No tempo do julgado já eram observadas essas mudanças e hoje se nota em maior evidência o acesso que possibilita ingresso fácil, rápido e amplo a todos os tipos de informações, inclusive as de cunho sexual, sendo que na maioria das vezes não há restrição de acesso a esse conteúdo pelos jovens (crianças e adolescentes).

Existem inúmeros meios de informações que possibilitam aos jovens, ainda que menores de catorze anos, reconhecer as propostas e agressões que eventualmente possam sofrer, bem como construir uma consciência, autossuficiente, quanto à disponibilidade de seu próprio corpo.

#### 4.7 O consentimento da vítima e a sua liberdade sexual

O consentimento do ofendido é uma das excludentes de tipicidade do crime de estupro admitidas pelo direito penal, em contrapartida, a falta dele é fundamental para a caracterização do delito em estudo.

É de grande proporção a discussão estabelecida acerca da relevância penal do consentimento do menor de quatorze anos, pois o legislador com o intuito de protegê-lo presumiu sua incapacidade absoluta para praticar atos sexuais consensuais, devido a sua incapacidade de conhecer tais fatos.

Vimos que considerar um adolescente de treze anos imune a todo e qualquer conhecimento da área sexual é no mínimo duvidoso, diante ao acesso a informação que esses indivíduos têm que já foi bem exemplificado no tópico anterior.

O consentimento é a capacidade que alguém tem de exteriorizar a sua vontade, ou seja, é a capacidade que a pessoa tem de compreender a realidade. “A doutrina penal considera como vícios do consentimento a fraude, a violência física e a ameaça” (ROXIN *apud* RASSI, 2011, p. 82). Assim, quando se mostrar evidente a capacidade da vítima de consentir um ato sexual e ficar evidenciado que sua manifestação de vontade está totalmente livre de vícios, deve-se reconhecer que não está presente o crime de estupro.

Discordando da posição elucidada acima, Prado (2011, p. 832), escreve que o delito deve ser considerado consumado mesmo com o consentimento da vítima, pois a mesma não possui a capacidade de exprimir sua vontade:

[...] a lei ao adotar o critério cronológico acaba por presumir *iuris et de iure*, pela razão biológica da idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual. Daí negar-se existência válida a seu consentimento, não tendo ele nenhuma relevância jurídica para fins de tipificação do delito. (destaque no original).

Todos têm o direito de exercer a liberdade sexual garantida pela Constituição e pelo Código Penal, tendo direito de escolher um parceiro livre de qualquer pressão e vício na vontade. Logo, a não observância dessa liberdade sexual, seja por meio de violência, grave ameaça ou outro meio que demonstre ser essa vontade viciada, causará repugnância por parte da sociedade e uma punição adequada por parte do Estado.

Se a todos é garantido o direito de dispor livremente do seu próprio corpo e de consentir ou não a prática de uma relação sexual, qual é o método usado pelo legislador para

tutelar a liberdade sexual do menor se a sua manifestação de vontade é simplesmente desconsiderada para a tipificação de um crime?

Nesse sentido, Sanchez Thomaz (*apud* GRECO e RASSI, 2011, p. 73) indica a dupla opção doutrinária que se apresenta:

(a) entender que os menores e doentes mentais gozam de liberdade sexual, mas a lei presume de modo *iure et de iure* que não está facultado a exercê-la, o que vale dizer, só se pode ofender a liberdade sexual através de uma ficção normativa; (b) entender que ditos sujeitos não gozam de liberdade sexual, na medida em que é pressuposto da mesma uma certa capacidade de conhecimento e vontade, características que eles não têm pela situação objetiva que se encontram e, portanto, não será este o bem jurídico protegido, senão a intangibilidade sexual.

É de grande importância que não haja o consentimento da vítima no crime de estupro, pois caso note-se que houve a volição desta para a prática carnal ou ato libidinoso diverso, mesmo que tenha havido a violência ou grave ameaça por parte do sujeito ativo, descaracterizado estaria o estupro, podendo somente ser tipificado como agressão ou lesão corporal.

Observamos então, que o consentimento da vítima deve ser levado em consideração para a descaracterização do crime, deixamos claro também que a incapacidade absoluta dos menores de doze anos é inquestionável. Nos demais casos, é preciso que haja a relativização da vulnerabilidade, fazendo-a por meio da análise do caso concreto, se houve ou não o consentimento da vítima e pela ausência comprovada de algum tipo de abuso ou exploração por parte do autor.

#### **4.8 Da união estável da vítima com o agressor**

Mesmo após o tipo penal autônomo do artigo 217-A, estupro de vulnerável, persistiu e, ainda aumentou a discussão quanto à aplicação objetiva da responsabilidade penal do agente, que como vimos, é majoritariamente repudiada no ordenamento jurídico pátrio.

É bem provável que na sociedade atual um homem de dezoito anos se apaixone por uma adolescente de treze ou ao contrário, pois tem se tornado cada vez mais comum a união estável entre uma pessoa adolescente e uma adulta ou até mesmo entre duas pessoas adolescentes.

No entanto, a lei deixa claro que é proibido o envolvimento sexual com pessoas menores de quatorze anos, considerando assim o estupro de vulnerável. Mas e se realmente eles estiverem envolvidos emocionalmente e sexualmente falando, como fica a questão do amor? Há a possibilidade de se falar em relativização da vulnerabilidade? Alguns

doutrinadores entendem que sim, mas para que isso ocorra o indivíduo menor de quatorze anos tem de demonstrar expressamente um desenvolvimento físico e mental aptos para consentirem uma relação sexual. Sendo assim, Fernando Capez (2017, p 63), fala no seguinte trecho:

[...] rapaz de 18 anos, que namorasse uma menina de 12 anos há pelo menos um ano, e com ela mantivesse conjunção carnal consentida. Se a garota tivesse um desenvolvimento bem mais adiantado do que sugerisse sua idade, e se ficasse demonstrado seu alto nível de discernimento, incomum para sua fase de vida, para essa corrente não haveria por que considerar o autor responsável por estupro, já que a presunção teria sido quebrada por circunstâncias específicas do caso.

Podemos observar em uma notícia da 10<sup>a</sup> vara criminal do Tribunal de Justiça de Goiânia (2014, s.p.), em uma decisão não muito antiga, na qual uma juíza absolveu um rapaz de vinte e dois anos de idade que manteve relações sexuais com sua namorada de treze anos de idade. Segue um trecho da notícia: “A juíza Placidina Pires, da 10<sup>a</sup> Vara Criminal de Goiânia, determinou o arquivamento do inquérito policial que foi instaurado a fim de apurar a suposta prática de estupro vulnerável de D.V.C contra sua namorada menor.”

Com o término do relacionamento a mãe, que sabia das relações sexuais, inconformada porque o ex-namorado da filha não quis casar com a mesma, comunicou ao Ministério Público acusando-o de ter praticado o estupro de vulnerável contra sua filha. Em vez de oferecer a denúncia, o MP requereu o arquivamento dos autos por atipicidade da conduta.

A Magistrada explicou na época que ficou comprovado o consentimento da vítima com o ato sexual, decorrente de uma relação afetiva que inclusive era autorizada pela mãe, observando ainda que a vítima possuía discernimento para consentir um ato sexual.

Em decisão mais recente, a 6<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que o critério cronológico adotado pelo legislador não é o suficiente para a caracterização do estupro, fazendo-se necessária a análise do caso em concreto para se verificar a vulnerabilidade do menor.

A denúncia do MP-RS relatava que o rapaz praticava sexo com a garota com o consentimento de seus pais e dos pais da menor. Foi imputado aos pais da adolescente o crime de estupro de vulnerável por omissão imprópria, onde os mesmos tinham o dever de cuidado, proteção e vigilância sobre a filha. O mesmo aconteceu com os pais do autor, com a justificativa de terem acolhido a menor em sua casa, permitindo o convívio dos dois.

O Juízo competente considerou a conduta como sendo atípica, rejeitando assim a denúncia. Para o julgador, não basta simplesmente que ocorra a tipicidade formal, mas que também seja analisada a conduta e o comportamento da vítima de acordo com a evolução da sociedade. Hoje em dia o número de adolescentes de treze anos que não conhece alguma prática sexual é muito baixo, pois os jovens se desenvolvem intelectual e cognitivamente de forma cada vez mais precoce.

Veja-se a decisão:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE. ATO SEXUAL CONSENTIDO ENTRE A VÍTIMA DE 13 ANOS E O RÉU, SEU SUPOSTO NAMORADO, DE 18 ANOS. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. A prova carreada aos autos revela a prática livre e consentida de relação sexual entre o acusado e a ofendida, ambos jovens e com pouca diferença de idade. Destarte, viável a relativização da presunção de vulnerabilidade, mormente em não se verificando que a jovem tenha sofrido qualquer constrangimento físico ou psíquico para a prática de conjunção carnal com o réu, fato ocorrido na casa deste, onde se encontrava toda a sua família e onde a vítima pernoitava. E dos relatos desta última se extrai que a menina cedeu aos apelos do recorrente, seu namorado, em virtude de seu próprio desejo libidinoso e curiosidade sexual, inerente à produção hormonal própria da puberdade, não podendo ser considerada ingênua ou absolutamente incapaz de entender as circunstâncias do fato. APELO PROVIDO PARA ABSOLVER O ACUSADO. (Apelação Crime Nº 70069219004, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 22/06/2016).

Pode-se concluir que, mesmo a lei tratando como absoluta a presunção de vulnerabilidade dos menores de quatorze anos, podemos, se analisados os casos concretos, aplicar a relativização da vulnerabilidade. Absolvendo assim, o agente que não queria praticar nenhum ato forçado, apenas satisfazer o amor que sentia pela suposta vítima. Diferente seria se aquela vítima estivesse sofrendo abuso sexual ou sendo obrigada a se prostituir, tema este que será tratado no próximo tópico.

#### **4.9 Vítima já prostituída**

Durante anos e anos de discussão, sustentou-se uma tese defensiva bastante questionável e repugnada pela maioria, defesa esta que diz ser inocente aquele que mantiver conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de quatorze anos pelo fato da vítima já ter ingressado no mundo da prostituição, sendo notória a sua vulnerabilidade social e econômica, como também a sua exposição maior a danos físicos e morais.

Não se pode desconsiderar que é a vulnerabilidade que criminaliza o ato sexual com o menor, vulnerabilidade esta que se mostra muito mais presente nos jovens que estão em meio à prostituição. Muitas vezes o adolescente não tem noção da consequência da sua conduta, e acaba cedendo a uma coisa que nem ele mesmo sabe que é crime. Ocorre também, que se tornou muito corriqueiro no início do século XXI, nas regiões mais pobres do Brasil, o sequestro de crianças e adolescentes para casas de prostituição e lá eram exploradas e forçadas a satisfazer homens e mulheres que nunca viram na vida. Essas crianças não queriam aquela relação sexual e muito menos entendiam o porquê de estarem submetidas a tal situação.

Queiroz (2013, p. 549), sobre o argumento da vítima prostituída, expõe que:

Não cabe afastá-la, porém, relativamente à criança ou incapazes que exerçam a prostituição, uma vez que, em geral, são crianças e adolescentes que estão numa situação de maior vulnerabilidade social/material, e por vezes com histórico de abuso sexual, a justificar, plenamente, o reconhecimento do crime de estupro por parte de quem, aproveitando-se dessa condição, pratica conjunção carnal ou ato libidinoso com tais pessoas.

Outro grande argumento na defesa de que não se pode ser relativizada a vulnerabilidade desses jovens é que nestes tempos atuais a sociedade em peso tem acesso à informação, seja pela televisão, internet, telefones celulares, etc., sabendo que é proibido manter relações sexuais com pessoas menores de quatorze anos. Sobre o assunto, Greco (2017, p. 159), explica:

Assim, por mais que o fato de estar a vítima, menor de 14 anos, comercializando seu próprio corpo, a população em geral tem conhecimento de que praticar com ela algum tipo de ato libidinoso, aqui incluída, obviamente, a conjunção carnal, é um comportamento ilícito, razão pela qual o agente deverá ser condenado pelo delito em estudo.

Entra aqui também a figura do erro de tipo, quando as circunstâncias do caso guiarem o agente a um inexorável erro sobre a idade da vítima, assim devem ser aplicadas as responsabilidades inerentes ao erro de tipo (vide item 2.7).

No dia 16 de junho de 2014, a 1ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo resolveu absolver um fazendeiro da acusação de estupro de uma menina

de 13 anos, sob os argumentos a seguir transcritos do site Migalhas (2014, s.p. grifo do original):

*Não se pode perder de vista que em determinadas ocasiões podemos encontrar menores de 14 anos que aparentam ter mais idade, mormente nos casos em que eles se dedicam à prostituição, usam substâncias entorpecentes e ingerem bebidas alcoólicas, pois em tais casos é evidente que não só a aparência física como também a mental desses menores se destoará do comumente notado em pessoas de tenra idade.*

*[...] justamente pelo meio de vida da vítima e da sua compleição física é que não se pode afirmar, categoricamente, que o réu teve o dolo adequado à espécie.*

Com inúmeras manifestações em sentido contrário, essa decisão se tornou alvo de muita polêmica e o principal argumento daqueles que se posicionaram contra era no sentido de que o órgão julgador estaria incentivando a exploração sexual tão combatida pelo Brasil e os direitos fundamentais exigidos pelo ECA.

Outra decisão que se tornou bastante famosa foram os Embargos no Recurso Especial nº 1.021.634/SP, decisão proferida pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pela relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que diante dos fatos que lhes foram apresentados, inocentou um homem que estava sendo acusado de ter estuprado três meninas menores de quatorze anos, mas maiores de doze. A decisão foi pautada no fato de que não se pode caracterizar como crime a conduta que não viola a liberdade e a dignidade sexual do menor, já que as supostas vítimas eram prostitutas havia tempos quando o suposto crime aconteceu.

Por mais que ambos os órgãos jurisdicionais tenham absolvido os seus acusados, é importante frisar que os fundamentos utilizados como critérios para os julgamentos foram diferentes.

O primeiro utiliza-se do erro de tipo no tocante à idade da vítima que causa a absolvição por atipicidade da conduta do agente. Em outro rumo, o STJ justifica que as menores possuíam vontade para a prática de atos sexuais e que por esta razão não precisavam da tutela do Estado referente ao delito do art. 217-A.

Perante o exposto, é verossímil a absolvição em decorrência do erro de tipo escusável. Contudo, o critério para a verificação da vulnerabilidade não pode se pautar simplesmente no fato da vítima ser ou não prostituída, pois muitas crianças e adolescentes têm vivido a comercialização do seu corpo de forma não consentida.

#### 4.10. Da possibilidade de exclusão da tipicidade

Com a atual legislação (Lei 12.015/2009), não se discute mais se a presunção de violência é absoluta ou relativa, pois passou a existir um tipo penal autônomo denominado estupro de vulnerável que substituiu o termo presunção de violência pela vulnerabilidade. Com a alteração mais recente ao Código Penal (Lei 13.718/18) que acrescentou o § 5º no art. 217-A, passou-se a acreditar que a vulnerabilidade do menor de quatorze anos é absoluta independentemente do consentimento da vítima.

A Jurisprudência e a doutrina vinham optando por aplicar a vulnerabilidade relativa, como é o caso do julgado do Rio Grande do Sul já citado no nosso trabalho e de doutrinadores como Nucci, Bitencourt, dentre outros de grande renome já citados nesse trabalho.

Defendendo corrente tida como minoritária, Greco (2017) diz que a vulnerabilidade da vítima deve ser considerada absoluta, pois o seu consentimento não tem valor jurídico, sendo o adolescente incapaz de consentir uma relação sexual, mesmo já tendo praticado outras inúmeras vezes, como é o caso da prostituta.

Caminhando em sentido contrário, o Estatuto da Criança e do Adolescente atribui responsabilidade pela prática de ato infracional com a aplicação de medida socioeducativa ao adolescente (maior de doze anos), entendendo que o mesmo é capaz de conhecer a ilicitude de sua conduta. Então, o legislador do Código Penal ao instituir a vulnerabilidade absoluta, agiu em sentido contrário ao que determina o ECA, pois quem tem a capacidade de entender que sua conduta é ilícita pode perfeitamente ter a capacidade de consentir e praticar atos sexuais.

De acordo com a lei, as vítimas do crime são aquelas pessoas com grau alteroso de vulnerabilidade que não permite que elas pratiquem atos de natureza sexual, mesmo que seja constatado o consentimento, pois diante da redação do art. 217-A em seu § 5º, esse ato é inválido. Dessa forma, quem pratica conjunção carnal ou ato libidinoso com vulnerável vai responder pelo crime, mesmo quando houver consentimento, pois esse nada vale para afastar o crime.

A lei penal presume que o menor de quatorze anos não tem maturidade suficiente para manter uma vida sexual, agindo o art. 217-A muitas vezes contra vontade do menor. Verifica-se que a idade do ofendido é elementar do tipo, suficiente para caracterizar a tipicidade formal e material, não exigindo a grave ameaça ou a violência, pois caso ocorra, estaremos diante da conduta prevista no § 3º do artigo supracitado (se resultar lesão corporal).

Em sentido oposto, o TJRS (Apelação Criminal nº. 70044569705) sem adentrar no mérito do julgado, nega a possibilidade de presunção absoluta de vulnerabilidade sendo necessário que se interprete o art. 217-A sistematicamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente pelo fato de ser inconcebível o mesmo poder sofrer medida socioeducativa e ao mesmo tempo não possuir discernimento para praticar um ato sexual voluntário.

Quando o menor tiver menos de doze anos não há nenhuma dúvida sobre sua vulnerabilidade, pois a mesma é absoluta pelo motivo da vítima ser criança, nos termos elencados pelo ECA , legitimando a intervenção estatal para resguardar seus direitos. No entanto, se o menor já possui doze anos ou ainda é menor de quatorze, pode ter a sua vulnerabilidade discutida.

Em suma, defende-se aqui a relativização da vulnerabilidade do maior de doze anos e menor que quatorze, pois se há maturidade para sofrer medida socioeducativa, e responder por ato infracional com a privação da sua liberdade em estabelecimento adequado, deve ser permitida a produção de prova que contrarie a vulnerabilidade absoluta, permitindo que o acusado prove que o ofendido, entre doze e quatorze anos, tenha capacidade de consentir atos de natureza sexual. Tornando esse consentimento como sendo válido tornaria o fato materialmente atípico, sendo que a tipicidade material é uma potencial lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a dignidade sexual do menor.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objetivo do presente trabalho foi de elucidar as alterações trazidas ao ordenamento jurídico por meio da Lei 12.015/2009 e depois incrementado pela Lei 13.717/2108. Foi analisado o histórico do delito de estupro bem como o surgimento da vítima vulnerável.

Diante dos avanços da sociedade contemporânea, onde o acesso à informação possibilita a propagação da sexualidade para os públicos de todas as idades, não se pode fixar as decisões na Lei simplesmente pura, o juiz deve analisar o caso concreto. Cabe ao mesmo usar da razoabilidade e da proporcionalidade para aplicar uma decisão justa através da interpretação da norma.

Procurou-se demonstrar que o Direito é uma ciência humana e não exata, devendo se adaptar aos casos sociais, de forma a atuar em convergência com os seus diversos ramos e outras possíveis ciências.

Vislumbra-se que ao adotar a teoria da vulnerabilidade absoluta, a norma passa a tutelar a moralidade sexual, fugindo do objeto e bem juridicamente protegido pelo legislador que é a liberdade e a dignidade sexual. Isso acontece porque ao presumir que todo adolescente menor de quatorze anos não tem o discernimento para praticar atos de natureza sexual, a norma está impedindo o livre exercício da sua liberdade sexual quando deveria protegê-la.

Corroboramos com a ideia de que seria impossível ignorar os avanços da sociedade e suas mudanças quanto ao que seria considerado imoral. Se continuar sendo adotada a

vulnerabilidade absoluta, estaremos diante da temerária responsabilidade objetiva, a qual é incompatível com o princípio da culpabilidade estabelecido no Código Penal e na nossa Constituição Federal.

Por fim, predispomos a acompanhar a teoria da vulnerabilidade relativa, admitindo prova em contrário e analisando o caso concreto, pois defendemos o pensamento que o adolescente maior de doze anos e menor que quatorze está na faixa de idade que merece ter voz ativa e manifestar consentimento válido para a prática de atos sexuais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao)>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Código Penal (1940)**. Decreto-Lei nº 2848, de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Manda executar o código criminal. D. Pedro por Graça de Deus, e Unânime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpétuo do Brazil**: Fazemos saber a todos os Nossos súbditos, que a Assembleia geral Decretou, e Nós queremos a lei seguinte. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 12 de set. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei de 25 de março de 1824. **Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 12 de set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**: decreto-lei nº 847 de 11 de outubro de 1890. Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 de set. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.718 de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13718-24-setembro-2018-787192-publicacaooriginal-156472-pl.html>>. Acesso em: 10 de novembro de 2018

Lei n. 12.015 de 07 de agosto de 2009. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm)>. Acesso em: 10 de novembro de 2018

\_\_\_\_\_. Lei 12.594 de 18 de janeiro de 2012. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm)>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015. Disponível em:  
<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13146-6-julho-2015-781174-publicacaooriginal-147468-pl.html>>. Acesso em 12 de out. de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.069., **de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União**, 27 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm). Acesso em: 03 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Inq: 1578 SP**, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 18/12/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-04-2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14743283/inquerito-inq-1578-sp>>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Estado de Goiás**. Disponível em:  
<<http://www.tjgo.jus.br/index.php/component/finder/search?q=10%C2%AA%20vara%20criminal&start=60>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 73662-9-MG-** j. 21.05.1996, 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 20.09.1996. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 01 out. 2018.

\_\_\_\_\_. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 70046185104**. j. 08.03.2012. 7ª Turma. Rel. Des. Sylvio Baptista Neto. DJU 03.04.2012. Disponível em: <<http://profeanaclaudialucas.blogspot.com/p/secao-jurisprudencia.html>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70069219004**. Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/355942784/apelacao-crime-acr-70069219004-rs>>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, v. 4, 11ª ed. Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca].

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, v. 3, 15ª edição., 15th edição. Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca].

CAPEZ, Fernando; PRADO, Estela. **Código Penal Comentado**, 7th edição. Saraiva Educação, 2016. [Minha Biblioteca].

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para concursos**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. Lei 13.718/18: Introduce modificações nos crimes contra a dignidade sexual. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2018/09/25/lei-13-71818-introduz-modificacoes-nos-crimes-contra-dignidade-sexual/>>. Acesso em: 11 de out. 2018.

[VULNERÁVEL]. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2018. Disponível em:< <https://www.dicio.com.br/vulneravel/>>. Acesso em: 13/11/2018.

GECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III / Rogério Greco. – 14a ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, out/2014.

MIGALHAS. **Homem acusado de estuprar menor apontada como prostituta é absolvido**. 7 jul. 2014. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI203934,91041-Homem+acusado+de+estuprar+menor+apontada+como+prostituta+e+absolvido>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2006, v.2.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 2, parte especial: arts. 121 a 249/ Luiz Régis Prado. – 7 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito penal brasileiro**, v. II/ Luiz Regis Prado. – 16 ed. ver. , atual. e ampl. (a partir da 11ª edição). – São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Paulo *et al.* **Curso de Direito Penal**: parte especial. Salvador: Jus Podivm, 2013.

RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 61-96, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.