

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

KATIUSKA ROCHA DE SANTANA BUONO

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL:  
A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14  
ANOS**

RECIFE

2017

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

KATIUSKA ROCHA DE SANTANA BUONO

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL:  
A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14  
ANOS**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Leonardo Siqueira

RECIFE

2017

Catálogo na fonte  
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Buono, Katuska Rocha de Santana.  
B944e Estupro de vulnerável: a relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos / Katuska Rocha de Santana Bueno. - Recife, 2017.  
70 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.  
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2017.  
Inclui bibliografia

1. Direito penal. 2. Vulnerabilidade. 3. Menor de 14 anos. 4. Presunção de violência. I. Siqueira, Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

343.2 CDU (22. ed.)

FADIC (2017-027)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO

CURSO DIREITO

KATIUSKA ROCHA DE SANTANA BUONO

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO  
MENOR DE 14 ANOS.

Defesa Pública em Recife, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

---

Examinador(a)

---

Examinador(a)

---

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo a análise sobre a vulnerabilidade, bem como a possibilidade de relativizá-la, em relação ao menor de 14 anos, no crime de estupro de vulnerável, uma vez que este tema é bastante atual e polêmico. Ademais, tendo em vista que a sociedade vive em um constante processo de mutação, a pesquisa visa destacar que é necessário que o Direito e em especial o Direito Penal, as leis, conforme o princípio da Adequação Social, estejam em conformidade com as transformações sociais, visando, assim, exaurir determinadas lacunas que ainda estão presentes em nosso ordenamento jurídico, mesmo com o advento da Lei n.º 12.015/09, que provocou uma revolução penal ao extinguir a expressão presunção de violência, prevista no antigo artigo 224 do Código Penal, dando lugar ao seguinte termo: vulnerabilidade, presente no artigo 217- A. Logo, para se chegar a essa conclusão, a pesquisa procurou analisar do ponto de vista cronológico, os bens jurídicos tutelados, com a finalidade de que o leitor possa adquirir o conhecimento de como que o legislador adotou o entendimento atual, ao considerar absoluta a vulnerabilidade do menor de 14 anos, ou seja, de que todos, com a referida idade, independentemente se consentiu ou não, se mantinha uma relação amorosa, um namoro, por exemplo, com um rapaz de mais idade, se já tivera tido alguma experiência sexual, ou até mesmo, se ainda possui discernimento e entendimento plenos para entender o que é um ato de natureza sexual. Além disso, neste trabalho atentou ao fato de poder analisar o trajeto que essa vulnerabilidade transitou, ou seja, busca explicar que, antes desta ser considerada como de forma absoluta, antes da Lei n.º 12.015/09 entrar em vigor, no início de 1940, estabeleceu que a presunção de violência era de forma absoluta e depois passou a ser considerada de forma relativa, conforme a decisão do STF, pelo Ministro Marco Aurélio. Diante disso, não se deve ser omissos quanto ao fato de que os jovens de hoje em dia, principalmente, nos tempos atuais, não são como antigamente, pois estão cada vez mais frequentes e de ampla liberdade, assuntos que envolvam sexo, não sendo mais um tabu. Portanto, por haver essas mudanças de paradigmas sociais, que acabaram por mudar o pensamento e principalmente as atitudes desses jovens, em razão de um amadurecimento precoce, não se deve considerar que todos eles, sem exceção, têm a falta de vontade e de entendimento para consentir o ato sexual.

**Palavras-chave:** Vulnerabilidade. Menor de 14 anos. Presunção de violência.

## ABSTRACT

This work has the objective of analyzing the vulnerability, as well as the possibility of relativizing it, in relation to the minor of 14 years, in the crime of rape of vulnerable, since this topic is quite current and controversial. In addition, since society is constantly changing, the research aims to highlight that it is necessary that Law, and especially Criminal Law, laws, according to the principle of Social Adequacy, are in conformity with the social transformations, in order to extinguish certain gaps that are still present in our legal system, even with the advent of Law n.º 12.015/09, which provoked a criminal revolution by extinguishing the expression presumption of violence, foreseen in former Article 224 of the Code Criminal law, giving rise to the following term: vulnerability, present in article 217-A. Thus, in order to reach this conclusion, the research sought to analyze from a chronological point of view, the protected legal assets, in order that the reader can acquire the knowledge of how the legislator adopted the current understanding, considering the absolute vulnerability of the under 14 years, that is, that all, with the said age, and whether he consented or not, whether he had a love affair, a relationship, for example, with an older boy, if he had had some sexual experience, or even if he still possesses full discernment and understanding to understand what a act of a sexual nature. In addition, in this work, we looked at the fact that we can analyze the path that this vulnerability has undergone, that is, it seeks to explain that, before it is considered as absolute, before Law n.º 12.015/09 comes into force, at the beginning of 1940, established that the presumption of violence was absolute and then came to be considered in a relative way, according to the decision of the STF, by Minister Marco Aurélio. In view of this, it should not be overlooked that the young people of today, especially in the present times, are not the same as in the past, because they are more and more frequent and of ample freedom, subjects that involve sex, being no longer a taboo. Therefore, because these changes in social paradigms, which eventually change the thinking and especially the attitudes of these young people, due to an early maturation, it should not be considered that all of them, without exception, have the lack of will and understanding for consent to sexual intercourse.

**Keywords:** Vulnerability. Presumption of violence. Under 14 years.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>2</b>	<b>O DELITO DE ESTUPRO ANTES DA INTRODUÇÃO DA LEI 12.015/09 E SUAS CONSEQUÊNCIAS À LUZ DO SEU BEM JURÍDICO TUTELADO, A LIBERDADE SEXUAL</b> .....	<b>9</b>
<b>2.1</b>	O bem jurídico no antigo crime de estupro e suas influências no exame doutrinário e sobre o delito em comento.....	9
<b>2.2</b>	A presunção de violência do antigo artigo 224 e o estupro de menor de 14 anos.....	24
<b>3</b>	<b>O ADVENTO DA LEI 12.015/09: ANÁLISE DO NOVO DELITO DE ESTUPRO EM ESPECIAL DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL</b> .....	<b>30</b>
<b>3.1</b>	O novo delito de estupro: análise a respeito do seu conceito e do seu bem jurídico tutelado.....	30
<b>3.2</b>	A definição do delito de estupro de vulnerável e como está sendo tratado pela legislação jurídico-penal.....	38
<b>4</b>	<b>DISCUSSÃO ACERCA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA DO MENOR DE 14 ANOS: É POSSÍVEL RELATIVIZARMOS?</b> .....	<b>45</b>
<b>4.1</b>	A análise da presunção de violência do menor de 14 anos e da natureza de sua vulnerabilidade.....	45
<b>4.2</b>	O estudo sobre a natureza da vulnerabilidade e como esta é tratada na legislação jurídico-penal.....	59
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>66</b>
<b>6</b>	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>69</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A vulnerabilidade está compreendida nas imposições de “discernimento para a prática de ato libidinoso” e “possibilidade de resistir”, portanto, vulnerável é aquela pessoa que não tem o discernimento ou não pode resistir, isto é, quem não tem a liberalidade de escolha, pois não possui uma vontade livre. Sendo assim, o indivíduo que não possui discernimento, conseqüentemente, não possuirá a capacidade de entendimento, não podendo escolher entre fazer ou não. Ademais, será vulnerável também aquele que, mesmo tendo a capacidade de entender o ato, não pode, por qualquer razão, resistir, já que não há a possibilidade ou a liberalidade para agir.

Este trabalho visa analisar a respeito de um tema atual e de suma importância, pois, com o advento da Lei n.º 12.015/2009, houve uma revolução penal quando surgiu a mudança do artigo 217 do Código Penal, que tipificou o crime de estupro de vulnerável do menor de 14 anos. Sendo assim, a introdução dessa lei deu origem às discussões acerca da definição sobre essa vulnerabilidade, ou seja, em outras palavras, se sua presunção seria absoluta ou relativa.

Ademais, a ênfase da análise se dá por meio do fator cronológico, pois a sociedade atual difere bastante daquela quando foi criado o Código Penal, pois mesmo com a introdução da Lei n.º 12.015/2009, que inovou, trazendo alterações ao adotar o critério da vulnerabilidade no lugar da Violência Presumida ou Ficta ao ser revogado o artigo 224 do Código Penal. Conforme o exposto, salientamos que, mesmo com essa mudança, ainda permanece certa vagueza a respeito do que seria essa vulnerabilidade, bem como qual o critério adotado para considerar que determinada pessoa seja ou não vulnerável, o que dará início às discussões e controvérsias nos Tribunais.

Na década de 1980, os tribunais brasileiros começaram a se questionar sobre a presunção da violência, presente no artigo 224 do Código Penal. Sendo assim, doutrina e jurisprudência se desentendiam ao referir se a presunção seria de natureza relativa ou absoluta. Com o advento da Lei n.º 12.015/2009, passou-se a adotar o critério de vulnerabilidade. Baseado nisso, o Código no artigo 217-A estabelece, em relação à idade, que será vulnerável o indivíduo menor de 14 anos, pois apenas o fato de o indivíduo ser menor de 14 anos, isso por si só já configuraria o delito. Sendo assim, é de imensa importância jurídica a discussão acerca da problemática sobre o tema supracitado. Portanto, diante desse contexto, surge o seguinte dilema: Todos os estupros praticados contra o menor de 14 anos deverão ser considerados como um delito ou se deve fazer uma relativização sobre essa vulnerabilidade



mediante uma análise concreta na criança e no adolescente para verificar se eles têm capacidade de entendimento do ato, como um ato sexual?

O Judiciário busca resolver as controvérsias, cujo objetivo é pacificar o entendimento, principalmente no tocante a essa possibilidade de relativizar, em caso de estupro de vulnerável, do menor de 14 anos. Conforme o que foi referido, é sabido que muitos juízes adotam os princípios para solucionar certos conflitos e lacunas que surgem no ramo jurídico, pois, a partir do momento em que os juízes julgam e decidem de acordo com o caso concreto, garantindo, assim, que a norma para ser considerada válida e eficaz precisa estar relacionada com o fator cronológico, ou seja, à proporção que a sociedade vai mudando ao longo do tempo, conseqüentemente isso refletirá em alterações da lei.

No tocante aos objetivos, o objetivo geral consiste em: estudar a relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos. Em relação aos objetivos específicos, dizem respeito ao capítulo 2: estudar o delito de estupro, e ao capítulo 3: demonstrar as generalidades do estupro de vulnerável.

Quanto à metodologia, o tipo de pesquisa deste trabalho diz respeito à pesquisa exploratória, que estabelece critérios, métodos e técnicas para a elaboração de uma pesquisa e visa oferecer informações sobre o seu objeto e orientar a formulação de hipóteses. O método hipotético-dedutivo é um dos mais utilizados atualmente, sua utilização normalmente aparece ligada à experimentação. A investigação científica visa construir e testar uma possível resposta ou solução para um problema.

A discussão sobre a capacidade de compreensão da vítima é essencial, pois o consentimento válido ilide o caráter criminoso da conduta. Portanto, a possibilidade de relativização da vulnerabilidade deverá ser apreciada em conjunto com o caso concreto, não podendo tratar-se de mera utilização da norma jurídica sem nenhum estado de desenvolvimento da vítima. Diante dessa questão, a pesquisa tem como finalidade, por meio de busca em artigos, na doutrina, jurisprudência e pesquisas acadêmicas, propor uma solução para esse tipo de questão, beneficiando tanto socialmente, ao absolver o acusado, quanto juridicamente, analisando concretamente esse jovem, estabelecendo, assim, que o menor de 14 anos possui maturidade suficiente para entender e discernir a prática de um ato sexual.

No capítulo 2, abordamos a respeito do delito de estupro, referindo-me ao histórico do presente delito. Ante esse diapasão, salientamos que foram feitas algumas modificações na lei, pois, diferentemente da antiga redação, poderá ser sujeito ativo do delito de estupro qualquer

pessoa, tanto homem quanto mulher, inclusive, até mesmo entre marido e mulher ou vice-versa, devido à extinção da obrigação conjugal da prática de atos sexuais.

No capítulo 3, discorreremos sobre as generalidades do estupro de vulnerável ao visar a mudança da antiga redação, com o surgimento de um tipo autônomo, havendo assim uma presunção de lesão ao bem jurídico pela especial posição de vulnerabilidade. Diante disso, não há mais a violência presumida, mas uma presunção de lesão ao bem jurídico, liberdade sexual pela condição especialmente vulnerável que a vítima possui.

No capítulo 4, tratamos sobre a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade do menor de 14 anos. Diante disso, é necessário fazer uma distinção entre a presunção absoluta, que afirma, indiscutivelmente, que a vítima é vulnerável e ponto final. Enquanto a presunção relativa afirma que a vítima pode ou não ser considerada vulnerável, devendo-se constatar essa vulnerabilidade casuisticamente.

## **2 O DELITO DE ESTUPRO ANTES DA INTRODUÇÃO DA LEI 12.015/09 E SUAS CONSEQUÊNCIAS À LUZ DO SEU BEM JURÍDICO TUTELADO, A LIBERDADE SEXUAL**

O estupro era configurado em nossa legislação como o ato de constranger (compelir, forçar, obrigar) mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.

Ante esse diapasão, o delito de estupro tem uma característica peculiar e atemporal, pois tem como seu fruto as relações de poder construídas de um valor social, cujas relações são concentradas em um forte poder hierárquico – patriarcal.

Antigamente, antes da introdução da Lei n.º 12.015/09, de 7 de agosto de 2009,<sup>1</sup> tínhamos os crimes contra os costumes, tais como o delito de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal (CP), sobre o qual este trabalho tratará com maior precisão, e o antigo delito de atentado violento ao pudor, trazido anteriormente como o artigo 214 do CP.<sup>2</sup> Logo, a partir do momento em que a sociedade muda ao longo do tempo, isso acaba por acarretar também a mudança do Direito Penal, como um todo, em que se deixa de proteger a dignidade sexual da mulher para tutelar a sua liberdade sexual, ou seja, conforme os princípios da igualdade, previstos no artigo 5.º da Constituição 1988, há o entendimento de que todos, qualquer um, independentemente de seu gênero, deve ter sua liberdade sexual tutelada como bem jurídico protegido pelo Direito Penal.<sup>3</sup>

### **2.1 O bem jurídico no antigo crime de estupro e suas influências no exame doutrinário e sobre o delito em comento**

Este trabalho visa analisar este delito conforme seu bem jurídico a ser tutelado, bem como sua importância doutrinária ao longo do tempo; como isso acaba por influenciar no âmbito jurídico, uma vez que se é tutelado como objeto no delito de estupro a liberdade, mas não de forma ampla e genérica, e sim de forma restrita, pois se trata da liberdade em relações sexuais.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei n.º 12.015/09, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei n.º 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 ago. 2009, p. 1. (Publicação original).

<sup>2</sup> \_\_\_\_\_. Código penal. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Entrada em vigor no dia 1.º de janeiro de 1942. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

<sup>3</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: parte especial. 10. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

Ademais, será analisado, também, o bem jurídico a ser tutelado, tendo por base as transformações sociais que implicarão a evolução moral da sociedade. Por isso, faz que haja alterações na lei, principalmente no Direito Penal, a partir do momento em que há uma nova redação para o delito de estupro com a introdução da Lei n.º 12.015/09, de 7 de agosto de 2009, que revoga o antigo delito de atentado violento ao pudor, previsto no artigo 214 do CP, o que leva o novo delito de estupro a ser muito mais amplo e completo, haja vista que abrange também o delito de atentado violento ao pudor.

De acordo com o referido acima, ressaltamos que, na sociedade de antes, os homens possuíam maior liberdade sexual, já que cabia a eles uma posição de superioridade e de independência, ou seja, deveriam ser rígidos e dominadores. Todavia, o que restava ao papel da mulher era totalmente diferente daquele desempenhado pelo homem, pois elas deveriam ser recatadas, em seus diálogos e sua vestimenta havia certa cautela e, acima de tudo, deveriam resguardar sua moral sexual para conseguir o respeito no seio social.

Conforme o entendimento, a mulher é uma parte “desempoderada” das relações sociais, sem domínio, na maioria das vezes, do próprio corpo, já que ele era na realidade parte do escopo dessa sociedade controladora, ou seja, a ordem sociocultural é que determinava e decidia sobre as questões ligadas à sexualidade e à reprodução; ou seja, existia certa desigualdade, a sociedade opressora permitia que o homem gozasse de plena liberdade, já a mulher, não, pois ela deveria ter essa liberdade restringida, para que pudesse obter o respeito de todos, caso contrário, seria considerada e taxada socialmente como uma “mulher vulgar”.<sup>4</sup>

Logo, por haver essa desigualdade sexual, é que aumenta o cometimento de vários crimes ligados a esse aspecto cultural. Por exemplo, os motivos do delito de estupro relacionam-se com o comportamento da vítima na sociedade. Logo, a conduta violenta e de natureza delituosa do estuprador seria relativizada, pois se encontrava justificada por fundamentos patriarcais, uma vez que a vítima (a mulher) não apresentava os preceitos considerados “ideais”, isto é, não era reconhecida como uma mulher digna e honesta.

O sistema patriarcal oriundo da dominação do sexo masculino sobre o sexo feminino, com base na história, ainda hoje tem adeptos.

Ademais: “A hierarquização das relações entre homens e mulheres [...] foi ‘constante universal em todos os sistemas políticos e econômicos’.”<sup>5</sup> O que configura a desigualdade de

---

<sup>4</sup> MUÑOZ CONDE, 1999.

<sup>5</sup> DIOTTO, N.; SOUTO, R. B. Aspectos históricos e legais sobre a cultura do estupro no Brasil. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 13., 2016, Santa Cruz do Sul, RS. *Anais...* Santa Cruz do Sul: Unisc, 2016. p. 4.

direitos quanto ao gênero masculino e feminino. Sendo assim, ressaltamos que a diferença de tratamento com base no gênero acarreta a discriminação em diversas formas, marcada pela violência. Além disso, a mulher foi objetificada, ou seja, o homem, durante toda a história, viu a mulher como um objeto de desejo, alguém que estaria a seu dispor para satisfazer todos os seus desejos e suas vontades, na hora que ele quisesse, especialmente no que diz respeito às relações sexuais. Sua finalidade era apenas satisfazer o prazer, o prazer masculino, uma relação em que o consentimento da mulher em nada importava, era irrelevante, pois ela, que assumia uma posição de inferioridade, devendo sempre acatar as ordens do seu senhor, obedecer, mostrando-se à sua inteira disposição.

Evidencia-se uma ínfima relação existente entre o valor de uma mulher e sua conduta sexual com a forma de vestir-se e o modo de agir. As mulheres consideradas como “recatadas” e “do lar” seriam respeitadas pelas pessoas e por toda a sociedade; e aquelas que viviam em prostíbulo, que se vestiam e comportavam-se de maneira vulgar, portanto, inadequada, ficavam à margem da sociedade, pois não mereciam a consideração das pessoas e muito menos de toda a sociedade da época, já que eram pagas para oferecer prazer; muitas eram dominadas e possuídas mediante violência. Os valores de sua conduta eram contrários àqueles que foram estabelecidos perante a sociedade. Sendo assim, essas mulheres não mereciam ser tratadas com respeito, pois não possuíam o recato essencial que lhes garantia o seu valor.

Desse modo, por muito tempo, o domínio de uma visão patriarcalista fez-se presente na sociedade. Todavia, a chegada de uma sociedade contemporânea e mais moderna implicou certas mudanças de valores socioculturais, pois a mulher tornou-se mais independente do homem, lutando, assim, por seus direitos e deveres, notadamente por sua liberdade intelectual e individual.

A discriminação contra a mulher posiciona o homem como sujeito ativo e a mulher como sujeito passivo, já que o homem sempre assumia uma posição de forte e livre enquanto a mulher era considerada como um ser frágil e recatado. Essa relação desigual passou a gerar insatisfação, principalmente contra aqueles que se mostravam contrários a esse sistema opressor e patriarcal. Diante disso, de acordo com os aspectos históricos referentes a esse patriarcalismo, faz-se necessário afirmar que fora ele o responsável por coisificar e objetivar a mulher. Logo, conforme esse entendimento, afirmamos que, ainda assim, essa sociedade tem valores advindos dessa arcaica hierarquização e posição do homem sempre acima da mulher. Certas condutas tidas como discriminadoras ainda se fazem presentes atualmente, e por ter

sido muito forte esse patriarcalismo, não será de uma hora para outra que isso será “apagado” e esquecido da sociedade.<sup>6</sup>

Com a mudança da sociedade, isso vai mudando ao longo do tempo, o que, conseqüentemente, influenciará tanto social quanto juridicamente, visto que, com essa evolução, a sociedade “deixa de lado” os costumes e passa a tutelar agora sua liberdade sexual.

Desde a elaboração do Código Penal de 1940, o presente bem jurídico envolve muitos tabus, considerando o tempo da feitura do digesto penal. Diante disso, por se tratar de um crime tão grave, pois há uma forte lesão à autenticidade e à liberdade sexual da mulher, foi preciso a legislação procurar tomar certo cuidado de forma mais “especial” possível.

Conforme o referido código, o bem jurídico é a liberdade e a autodeterminação da mulher, observando o seu direito de dispor do uso de seu corpo no exercício pleno de sua sexualidade. Sendo assim, tal direito se resume à proteção e à tutela da esfera individual, pois o bem tutelado não é a honra ou a formação moral da vítima, mas o seu direito de dispor livremente de sua sexualidade.

Segundo Nelson Hungria, Lacerda e Fragoso,<sup>7</sup> o vocábulo estupro antigamente não significava conjunção carnal mediante violência. Sendo assim, no Direito Romano, em sentido lato, compreendia até mesmo o adultério e a pederastia, enquanto no sentido estrito, compreendia o simples concúbito, com mulher honesta.

Antes do advento da Lei n.º 12.015/09, o Código Penal se referia aos crimes contra os costumes em que assim eram incluídos tais tipos penais: estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, assédio sexual, sedução, corrupção e o atentado ao pudor mediante fraude. Todavia, com a nova redação, trazida pela lei supracitada, trata-se agora de crimes contra a dignidade sexual, sendo incluídos apenas três tipos penais: delito de estupro, violação sexual mediante fraude, assédio sexual e, depois dos crimes contra os vulneráveis, o estupro de vulnerável, favorecimento da prostituição ou qualquer que seja a exploração sexual de vulnerável.

O estupro, antes era assim definido: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violação ou grave ameaça.”<sup>8</sup> Sendo necessário para configurar o crime, a prática da conjunção carnal, ficando de lado os atos atrelados à libido, ou seja, aos desejos provenientes

---

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, 1999.

<sup>7</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 8.

<sup>8</sup> BRASIL, 1940, art. 213.

do sexo, que eram tipificados em crimes diversos, cuja figura delitiva era de forma autônoma, tipificada no artigo 214 do Código Penal, definindo, assim, o antigo delito de atentado violento ao pudor. Este previa a possibilidade da prática de atos libidinosos, inclusive contra homens.

Nesse contexto, vale atentar ao fato de que somente a mulher poderia ser a vítima desse crime, ou seja, como sujeito passivo, e o homem, assumindo a autoria do delito, sendo, portanto, configurado o delito quando o homem, por meio do uso de violência ou grave ameaça, sem o consentimento da vítima, praticava a conjunção carnal contra a mulher.

No tocante ao comportamento sexual, em especial no Brasil, vai modificando-se ao longo do tempo, pois, por volta dos anos 1960, com a valorização dos aspectos positivos da sexualidade e a sua privatização, surgiu, então, a necessidade de se adequar a essa mudança de paradigma social. Desse modo, no momento em que a sexualidade passa a adquirir uma autonomia individual e subjetiva surge, a preocupação do Estado em proteger a mulher, bem como reprimir todas as condutas lesivas que a violem.

Diante disso, Greco e Rassi afirmam: “Essa repressão sexual, ocorre porque o comportamento sexual é uma conduta tão relevante na vida em sociedade que o seu exercício apresenta reflexos diretos nas instituições sociais do próprio estado.”<sup>9</sup>

Desse modo, como forma de controle sexual, o direito surge quanto a seu valor normativo para reprimir essas condutas contrárias e de repugnância, conforme os dogmas sociais estabelecidos pela sociedade, e essa sexualidade é garantida pelo Estado como liberdade sexual, como bem jurídico a ser tutelado por ele.

Ademais, no que se refere ao Direito Penal, cujo papel está relacionado com a intervenção sobre o comportamento sexual da sociedade, sempre foi uma questão polêmica, cuja origem é polêmica, pois está voltada para a distinção entre o direito e os interesses morais de um povo ou ainda aquela que esteja relacionada com algo danoso, que é de grande merecimento de tutela jurisdicional. Quanto ao delito de estupro antes da nova legislação, estava tipificado e definido no título VI, “Dos crimes contra os costumes”. Logo, faz-se atentar ao fato de que:

---

<sup>9</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23.

trazia a ideia de bons costumes, tutelando, assim, a moral sob o ponto de vista sexual sem interferir nas relações normais do indivíduo, reprimindo as condutas consideradas graves perante a moral média da sociedade, deixando muito a critério da vítima ou do meio social ao qual pertencia classificar o que seria contra os costumes.<sup>10</sup>

Sendo assim, o objeto a que se tutela, na época, seria a liberdade sexual da mulher, ou seja, estaria fundado na faculdade e vontade “que a mulher tem de escolher livremente o seu parceiro, resguardando o direito dispor do seu próprio corpo” sem ser forçada, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal com outra pessoa sem que ela consinta.<sup>11</sup>

Diante desse contexto fático, o núcleo do tipo penal relaciona-se com “constranger” a mulher à conjunção carnal com o uso de violência ou grave ameaça. Logo, ela teria de ser forçada a manter relação sexual, não consensual, com o executor para que se caracterize o delito de estupro.

No tocante ao bem jurídico tutelado, está galgado na liberdade sexual da mulher, ou seja, no direito que ela tem de dispor do próprio corpo, escolhendo livremente seu parceiro, sem que haja a necessidade de violência ou grave ameaça, já que a mulher, ao manifestar livremente sua vontade, terá consentido para o ato sexual, e não forçada a ele. Sendo assim, ao proteger e tutelar essa liberdade sexual, mais do que se objetiva a capacidade de autodeterminação sexual, mas sim o comportamento sexual que deverá ser exercido pela sociedade com fulcro nessa liberdade, ao assegurar às pessoas a total liberdade do exercício da atividade sexual das pessoas.

No que se refere à ação nuclear, consubstancia-se no verbo “constranger” mulher à conjunção carnal por violência ou grave ameaça, ou seja, constranger refere-se a forçar a mulher a praticar com o executor a conjunção carnal.

Ademais, ressaltamos que o mal que pretendemos reprimir deve ser direto (voltado contra a própria vítima) ou indireto (atingindo terceiros), devendo ainda analisar as condições da vítima, isto é, em conformidade com suas condições físico-psíquicas.

Se a prática do ato sexual ocorrer de maneira livre, sem nenhuma coação, exclui o tipo, logo se exclui o crime de estupro, tendo de haver a discordância da vítima, que ela se recuse ao ato sexual, e só venha a ceder diante de violência ou grave ameaça.

---

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maria. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2011. n. p. Grifo das autoras. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9553](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553)>. Acesso em: 26 ago. 2017.

<sup>11</sup> HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981.



Em se tratando do sujeito ativo, há possibilidade de o marido ser esse sujeito ativo do crime de estupro. Todavia, há a opinião de doutrinadores mais antigos como Hungria e Lacerda, e Noronha,<sup>12</sup> que afirmavam a inexistência da possibilidade de o sujeito ativo ser o próprio marido, pois, segundo eles, a configuração do delito precisava ser ilícita, ou seja, fora do casamento.

Em face do exposto, a cópula no casamento é lícita, pois se refere ao exercício regular do direito, sendo um dever recíproco dos cônjuges. Pode haver recusa da mulher só se o marido tiver contraído doença venérea.

O posicionamento defendido não teve, com o passar dos anos, muito sentido, pois até mesmo antes da Lei n.º 12.015/09, a partir do momento em que a mulher adquiriu maior autonomia sexual, passou a ter o direito à inviolabilidade de seu corpo, de forma que os meios adquiridos pelo agente são utilizados de forma ilícita; independentemente de ser marido ou não, estará configurado o delito em comento. Sendo assim, conforme esse entendimento, por mais que houvesse o dever recíproco dos cônjuges, o constrangimento ilegal é resultante da prática forçada da conjunção carnal.

Conforme o entendimento de Bitencourt:<sup>13</sup> “O chamado débito conjugal, não assegura ao marido o direito de estuprar a sua mulher, garantindo-lhe, tão somente, o direito de postular o término da sociedade conjugal. Os direitos e as obrigações de homens e mulheres são, constitucionalmente, iguais.”

Todavia, caso a mulher recuse continuamente o marido, ele poderá entrar com a separação judicial em virtude de violação dos deveres do casamento, que torne insuportável a vida em comum, mas nunca poderá obrigá-la a nada.

Quanto à análise da postura da vítima, o artigo 213 do CP tipifica a conjunção carnal praticada mediante violência ou grave ameaça. Diante disso, não se é necessário. Logo, é irrelevante para a configuração do delito a virgindade da vítima ou se ela era solteira, casada ou prostituta, pois se leva em consideração a capacidade que a vítima tem de se opor ao ato sexual.

Convém ressaltar dois princípios, como os da razoabilidade e o da proporcionalidade, que são de extrema importância para o delito de estupro, pois esse delito visa analisar a relação de forças, especialmente a força superior do agente. Não é necessário, portanto, que se

---

<sup>12</sup> HUNGRIA, N.; LACERDA, R. C. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. v. VIII, p. 124-125. NORONHA, E. M. **Direito penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 3.

<sup>13</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte especial. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

esgote toda a capacidade de resistência da vítima, seja em relação à violência, seja em relação à grave ameaça.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, estava consubstanciado na vontade de constranger a mulher mediante violência ou grave ameaça à prática da conjunção carnal. Todavia, para configurar esse delito, o agente deverá destinar a esse fim, que é o elemento específico do crime de estupro (constranger a vítima para a prática da conjunção carnal), diferenciá-lo do delito de atentado violento ao pudor. Sendo assim, não é bastante diferenciá-lo do dolo, como elemento subjetivo geral, mas também do elemento subjetivo específico (dolo específico), que é esse fim.

O estupro é um crime difícil de deixar rastro, por exemplo, na hipótese de tentativa. Esse crime é de difícil comprovação, ainda assim, quando há vestígios suficientes por ser um delito que depende necessariamente da vítima, por ela estar sentindo-se extremamente violada e envergonhada, já que se trata de um delito cujo efeito psicológico causa um trauma muito forte à vítima; principalmente como era antes, quando muitas vezes a vítima não se sentia confortável ao afirmar que teria sido violentada brutalmente; e muitas delas, ao ficarem caladas, deixavam o delito de estupro oculto perante a sociedade, pois não se trata de um delito de irrelevante torpeza, fácil de ser “digerido” e rapidamente apagado da memória da vítima.

O estupro é um crime comum, ou seja, não impõe nenhuma característica necessária ao sujeito ativo, sendo apenas o sujeito ativo, o homem, do sexo masculino. Além disso, trata-se de um crime material, cuja modificação deverá ser exteriorizada no mundo real, instantâneo, pois sua consumação não se protraí no tempo, unissubjetivo, o delito é praticado por um único sujeito ativo e plurissubsistente, e a conduta desdobra-se em vários atos.

Tendo por base o entendimento referido anteriormente, o antigo delito de estupro, antes da devida mudança ocorrida pela lei acima supracitada, interpretava-se que era apenas a prática da conjunção carnal, além disso, exigia como vítima, que fosse apenas uma mulher, sendo considerada como aquela que fosse virgem e honesta aos olhos da sociedade. Logo, o bem jurídico tutelado antes seria a liberdade sexual da mulher, cujo direito pleno estaria inferido pela inviolabilidade carnal, ainda assim, que fosse em relação a seu marido.

O bem jurídico que o artigo 213 tutela seria o da liberdade sexual da mulher, ou seja, o seu direito de dispor do próprio corpo, pois é um direito dela, que não desaparece, dando-lhe, assim, o direito de poder aceitar ou de recusar seu parceiro; sendo assim, o objeto a ser

protegido pela sociedade já que esta ainda se infere em certos conceitos opressores e conservadores, principalmente naquela época.

No que concerne ao antigo delito de estupro, está relacionado com a figura delitiva de atentado violento ao pudor previsto no artigo 214 do CP. Todavia, tal delito não consistia na prática de conjunção carnal, apenas de atos tidos como libidinosos, ou seja, dotados de libidinosidade, e não apenas qualquer ato inconveniente, mas aquele que seja obsceno e de certa repulsa, capaz de causar certo pavor na vítima; por exemplo, uma ameaça de natureza grave que leve o sujeito ativo a poder satisfazer sua paixão lascívia. Sendo assim, são exemplos de atos libidinosos, a *fellatio in ore*, *cannilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus* (espécie de sexo oral e bucal), o coito anal, o coito *inter femora*; a masturbação, os toques e apalpadelas com significação sexual e, ainda, o beijo tido como lascivo, tão discutido doutrinariamente.

Diante das circunstâncias fáticas trazidas anteriormente, vale frisar que o antigo delito de atentado violento ao pudor trazia como bem jurídico tutelado “a liberdade sexual em sentido amplo”, inclusive sua autonomia e integridade sexual garantida, pois não se permitia que ninguém sofresse o constrangimento de se despir sem que fosse de acordo com a própria vontade.

Ademais, precipuamente, a lei procurava proteger no crime de atentado violento ao pudor o interesse jurídico da liberdade sexual, ou seja, no direito de tutelar a inviolabilidade carnal, já que seria passível de violação toda vez que a vítima, contrária à sua vontade, fosse compelida e coagida a dispor do próprio corpo para ser objeto de satisfação do agente.

É válido frisar que a liberdade sexual deverá ser assegurada, já que é o integrante do livre exercício da própria sexualidade. Sendo assim, busca-se garantir a qualquer pessoa que tenha a capacidade de autodeterminação que possa exercê-la em conformidade com sua vontade e sua escolha. Diante disso, ao ter a liberdade sexual como bem jurídico de direito, ela não deve sofrer nenhuma restrição. Sendo assim, qualquer um, cônjuge, relação de parentesco, noivado, namoro, prostituição, homossexualismo, hermafroditismo, entre outros, necessita de proteção independentemente de qualquer circunstância.

No que se refere à nova redação, o novo delito de estupro, diferentemente daquele de antigamente, tutela como bem jurídico a liberdade sexual, assegurada a todos, independentemente de qualquer condição, seja ela física, seja moral. Diante disso, enfatizamos que a nova redação do artigo 213 trouxe como tipo incriminador “constranger alguém a ter conjunção carnal ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Enquanto o antigo delito de estupro já restringia, pois no que concerne à tipicidade objetiva e subjetiva, consistia em “constranger mulher a ter conjunção carnal”. Logo, antigamente, só se poderia configurar a modalidade de delito se houvesse a prática da conjunção carnal, ou seja, a cópula vagínica, denominada por Luiz Regis Prado: “Na cópula natural efetuada entre homem e mulher, ou seja, a cópula vagínica.”<sup>14</sup>

É válido ressaltar, tendo por base a redação anterior, que tínhamos dois crimes sexuais em artigos diferentes; um seria o crime de estupro no artigo 213 do CP, e o segundo seria o de atentado violento ao pudor no artigo 214. Conforme referido acima, quanto ao tipo objetivo, há uma linha muito tênue entre esses dois delitos, a qual consiste na sua diferenciação, pois o primeiro consiste na prática da conjunção carnal com alguém por meio violento, seja físico, seja psicológico. O segundo crime é aquele cuja prática do ato sexual deve ser diverso da conjunção carnal, por meio de execução violenta para que a vítima não tenha sequer a capacidade de oferecer resistência cabível. Portanto, cede à prática do ato e da vontade do agente. Sendo assim, é passível de conclusão que é pelo fim do agente que se distingue o delito de estupro para com o delito de atentado violento ao pudor.

No que se refere ao tipo subjetivo, a tipicidade subjetiva é constituída pelo dolo. Logo, para se configurar o delito de estupro, é necessário que se tenha contato com o corpo da vítima ou que ao menos a ação feita pelo agente seja em torno de seu corpo. Sendo assim, faz-se necessário o não consentimento da vítima. Só que tal dissenso será vencido pela violência e grave ameaça do agente. Todavia, ressaltamos que não basta uma platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, passiva ou inerte; é necessário que haja uma vontade incisivamente contrária que só e unicamente a violência ou a grave ameaça sejam capazes de vencer.

Quanto à liberdade, em sentido amplo, consiste em um bem jurídico de grande importância para a sociedade, quanto bens como a vida ou a saúde. Diante disso, ao se restringir a liberdade sexual, ela deve ser respeitada de igual forma, pois, no que se refere aos crimes sexuais, o ataque a essa liberdade, cuja relevância, insere-se, conforme Muñoz Conde:

---

<sup>14</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v. 2, p. 601.

A liberdade sexual, entendida como aquela parte da liberdade referida ao exercício da própria sexualidade. É um meio comissivo que se valoriza dentro de outro crime, configurando um delito complexo, perdendo sua autonomia típica, embora não perca sua independência substancial como bem jurídico necessitado e capaz de receber a proteção que lhe dá o Direito Penal.<sup>15</sup>

Diante do que foi referido acima, não há dúvida de que a liberdade sexual constitui em um bem jurídico autônomo, que é distinto do da liberdade genérica, no qual há um contexto valorativo de imensa importância, pois é capaz de estabelecer certas regras e parâmetros de conduta, tendo como respaldo, alguns resquícios dos valores sociais de antigamente. Sendo assim, tutela-se essa liberdade, pois é dever do Estado a preocupação com isso, já que, em suma, essa liberdade tem por base a vontade do sujeito em optar ou não por dispor de seu corpo para quem quer que seja. Logo, o entendimento trazido por Muñoz Conde é este:

A liberdade sexual tem efetivamente autonomia própria e, embora os ataques violentos ou intimidatórios à mesma sejam igualmente ataques à liberdade que também poderiam ser punidos como tais, sua referência ao exercício da sexualidade dá a sua proteção penal conotações próprias.<sup>16</sup>

O estupro, segundo Nelson Hungria, Lacerda e Fragoso,<sup>17</sup> consiste na obtenção da posse sexual da mulher por meio de violência física ou moral, ou para nos aperfeiçoarmos ao texto legal, o constrangimento de mulher à conjunção carnal (*cópula secundum naturam*, que é a intromissão do pênis na cavidade vaginal), mediante violência ou grave ameaça.

A relação direta de meio e fim entre a violência (*vis corporalis* ou *vis compulsiva*) e a conjunção carnal é que caracteriza, objetiva e subjetivamente, o estupro, o qual, sem dúvida, é o mais grave entre todos os demais atentados contra a liberdade sexual.

No tocante aos elementos essenciais desse delito, é válido afirmar que a conjunção carnal, segundo o código, é a cópula *secundum naturam* (intromissão do pênis na cavidade vaginal), que seja com mulher, desprovida de seu consentimento, mediante o emprego da violência, seja por grave ameaça, cujo dolo do agente é específico.

Ressaltamos que não se compreende, segundo a expressão legal, o coito anal e a *fellatio in ore*, pois o ânus e a boca não são considerados órgãos sexuais. Também, o medo supersticioso e o *timor reverentiae* não podem ser levados em consideração a título de ameaça.

---

<sup>15</sup> MUÑOZ CONDE, 1999.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981.

A ameaça pode ser direta (mal prometido à própria vítima) ou indireta (mal contra terceiro, que esteja ligado à vítima por algum grau de parentesco). Além disso, se uma mulher adulta (ou desenvolvida) e normal for coagida por um único homem à conjunção carnal, tendo ele como único recurso usar a própria força a fim de possuí-la sexualmente, mesmo assim, estará configurado o delito.

Ademais, a ameaça deve ser séria e realizável (futuro próximo e de duração imediata). Todavia, o que se decide de sua gravidade é a quantidade do mal em perspectiva. A importância do medo (*mentis trepidatio*), mais que qualquer outra causa, é o que condiciona, levando, assim, à anulação da liberdade de volição.

No tocante ao dissenso, deverá ser sincero e positivo, pois deverá existir uma inequívoca resistência, à qual é necessária uma vontade decidida e contrária que só e exclusivamente a violência física ou moral seja capaz de vencer. É pertinente ressaltar, conforme as palavras de Hungria, Lacerda e Fragoso: “Sem duas vontades embatendo-se em conflito, não há estupro”, pois é “preciso que a vítima não adira, [...] em momento algum, à lascívia do sujeito agressor.”<sup>18</sup>

No que diz respeito à violência ou à grave ameaça, a primeira consiste na *necessitas imposita contraria voluntati*, e se exerce pelo emprego de força física, ameaça, intimidação ou “incutindo o medo”. Além disso, ela deverá ser de força material, aplicada sobre a pessoa da vítima, conforme o artigo 213 do CP. Todavia, no tocante a essa ameaça, a lei deixa bem claro que não deve ser qualquer tipo para poder constituir o delito de estupro, pois é preciso que seja, ao menos, de natureza grave.

A violência (*vis corpori illata, vis absoluta*), conforme o artigo 213 do CP, deverá ser a força material, aplicada sobre a pessoa da vítima, impedindo sua capacidade de agir, ou até mesmo aquela que é exercida mediante intimidação (*vis animo illata, vis conditionalis metus*), a qual consiste na violência moral, pela manifestação de palavras, atos ou de sinais.

Conforme Nelson Hungria, Lacerda e Fragoso, o coito *per anum* ou *per os* exercido, coercitivamente, sobre pessoa de qualquer sexo constitui-se em crime de atentado violento ao pudor, conforme o artigo 214 do CP.

---

<sup>18</sup> HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981. v. 8, p. 107-108.

O valor social do homem é muito menos prejudicado pela violência carnal do que o da mulher, de modo que em princípio, não se justifica para o tratamento penal, a equiparação dos dois casos. Quando tal violência contra mulher resulta na cópula vagínica, e ainda que não se trate de *virgo intacta*, pode acarretar o engravidamento consequência tão grave, no caso, que a lei autoriza a prática do aborto. (art. 128, II, do CP).<sup>19</sup>

No delito de estupro, o dolo específico consiste na vontade consciente do agente em obter a conjunção carnal e, para obter isso, o próprio agente utiliza a violência ou grave ameaça a fim de atingir tal finalidade. Segundo Hungria, Lacerda e Fragoso, como a conjunção carnal é o escopo da vontade do agente, é nela que reside a diferença entre os dois delitos, o delito de estupro e o de atentado violento ao pudor.

Ressaltamos que, caso houvesse a constatação da boa-fé no dolo do agente, ele poderia ser exaurido do presente delito. Por exemplo: se o agente houvesse entendido que a mulher tinha consentido para a prática da conjunção carnal, ou seja, nos “avanços do agente”, e depois ela se esquivara, mostrando-se contrária à prática do ato sexual, como houve a presença da boa-fé por parte do sujeito ativo, já que ele entendera, equivocadamente, o consentimento da vítima, poderia ser excluído do presente delito se não tivesse usado a prática de violência ou grave ameaça para obter o que deseja. Todavia, como tal critério utilizado do autor, fora muito antigo, em meados da década de 1960, isso já não seria mais adequado, pois não há como aferir se houve, de fato, a boa-fé do agente, já que na prática só é passível de presunção.

Segundo o artigo 214 do Código Penal, o crime de ato libidinoso consiste em: “Constranger alguém [homem ou mulher], mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou a permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.” Diante disso, faz-se necessário para tal configuração do presente delito que haja: um ato libidinoso, contrário ao da conjunção carnal ou que, pelo menos, não haja uma tendência para esta; sujeito passivo (vítima) de qualquer sexo; o emprego da violência (física ou moral) do agente e, por fim, um dolo específico (saciar paixão lasciva).

Segundo Nelson Hungria, Lacerda e Fragoso, ato libidinoso para existir é necessário que haja libidinosidade perante duas formas: externa (*factun externum*) e interna (*factun internum*). Além disso, para que se configure o delito, é preciso haver o “contato físico ou corpóreo com a vítima”, ou seja, “que o seu corpo entre em jogo, para o fim de libidinagem”, caso contrário, seria apenas um ato de libidinagem, que será impune, já que esse ato, para ser

---

<sup>19</sup> HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981. v. 8, p. 107.

punível deverá “ser praticado pela, com ou sobre a vítima coagida”.<sup>20</sup> Além disso, o ato libidinoso não pode ser considerado como apenas aquele que seja inconveniente, mas sim aquele que, além de ser de cunho sexual, seja obsceno ou ocasione algum tipo de lesão.

No tocante ao elemento subjetivo do injusto (dolo específico), ressaltamos que existe uma linha tênue entre o delito de estupro e o de atentado violento ao pudor. Todavia, o que distingue um delito de outro se relaciona com o fim do agente, a sua finalidade, pois se um ato libidinoso tende à conjunção carnal, mesmo que não a realize, estaria configurado o delito de estupro na sua modalidade tentada já que o dolo em espécie foi contrário, deixando, assim, de existir o presente delito de atentado violento ao pudor.

Segundo Franz Von Liszt, o fato de a mulher ser casada não quer dizer que ela deve ser obrigada a atender aos prazeres sexuais do marido, pois todo o direito deve ser protegido e amparado. Vale ressaltar que: “A expressão ‘actos impudicos’ do art. 176 deve ser tomada em sentido amplo (§ 102), e a expressão ‘violência’ refere-se à que é feita à pessoa mesmo da mulher ofendida (§ 97, IV).”<sup>21</sup> Além disso, tanto a violência como a ameaça, devem ser os meios executivos utilizados pelo agente para obter o que deseja superar e vencer a resistência.

Ademais, no antigo delito de estupro, uma mulher jamais poderia ser o sujeito ativo, já que antes o delito era crime próprio, em que só e unicamente a mulher (sexo feminino) poderia ser o sujeito passivo, bem como o sujeito ativo só deveria ser homem (sexo masculino).

No tocante à torpeza involuntária, consiste no abuso da cópula fora do casamento de pessoa do sexo feminino, que esteja alienada ou com certo grau de consciência debilitada. É sabido que falta um elemento muito importante que configura o delito de estupro, o vencimento da resistência alheia, só que o agente tanto pode superar isso como também apenas se aproveitar, ou seja, não sendo necessário que o sujeito ativo vença-a.

No tocante ao presente delito, segundo Liszt:

O consentimento da vítima é juridicamente indiferente, ainda quando o agente o pudesse pressupor (o agente, por exemplo, consumou o coito em sua amasia adormecida). Cumpre notar que a lei refere-se tão somente ao coito fora do casamento e não a outros actos impudicos.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, v. 8.

<sup>21</sup> LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido e commentado por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899. t. 2, p. 125.

<sup>22</sup> LISZT, 1899. t. 2., p. 128.



Diante das circunstâncias fáticas, de nada será relevante para o Direito Penal se a vítima consentiu ou não, pois o que configuraria o crime seria a presença do núcleo do tipo (constranger mediante violência ou grave ameaça mulher à conjunção carnal).

Segundo o entendimento de Sebastián Soler, cuja análise comparativa com o antigo delito de estupro no Brasil, também deveria haver a prática da conjunção carnal.<sup>23</sup> Todavia, diferentemente do Brasil, na Argentina, ainda se estipulava que era preciso que fosse praticada a conjunção carnal com mulher maior de 12 e menor de 15 anos sem que houvesse a prática de violência.

Em suma, antigamente nós tínhamos o delito de atentado violento ao pudor como foi referido. De acordo com a legislação argentina, antes se tinha a figura delitiva, do abuso desonesto, que é tipicamente protetor do bem legal da liberdade sexual, em que, de acordo com as palavras de Soler: “Não se refere diretamente ao próprio ato sexual, mas a outros atos de natureza sexual que não o mesmo acesso carnal.”<sup>24</sup> Logo, a conduta na legislação argentina equipara-se ao antigo atentado violento ao pudor, pois o abuso desonesto, assim como o de atentado violento ao pudor, devem constituir-se na prática de atos obscenos que seja diverso do da conjunção carnal, cujo objetivo e fim do agente consiste apenas na satisfação de seus desejos à prática do ato lascivo.

De acordo com esse entendimento, vale ressaltar, também, que, como antigamente, no Brasil, em seu código, o antigo delito de estupro ao referir a conjunção carnal com mulher, devendo ser feito um parâmetro social, em que a mulher, para ser respeitada socialmente, deveria ser considerada como uma mulher íntegra. Todavia, com a nova redação, isso muda, sendo, portanto, protegida qualquer pessoa. Tendo por base isso, na legislação argentina, em meados do século XIX, ainda que uma mulher honesta, de 15 anos, pudesse prostituir-se, tendo por base os artifícios de seu sedutor, seria protegida pela lei, não levando em consideração que ela fora prostituta, apenas foi levada a isso por ter cedido aos galanteios do agente. Logo, conclui-se que, mesmo sendo uma legislação antiga, na Argentina, a mulher, mesmo que tivesse sido prostituta, ainda assim, encontrava-se amparada pela lei.

Ademais, assim como no antigo delito de estupro e o de atentado violento ao pudor, na legislação argentina, no que tange ao conceito de acesso carnal, o relacionamento era vaginal, ou seja, sendo compatível com o delito de estupro na Argentina. Logo, o acesso carnal não

---

<sup>23</sup> SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1992. v. 3.

<sup>24</sup> *Ibid.*, v. 3.

poderia ser configurado se fosse via anal, pois, caso contrário, incorreria no delito de abuso desonesto, que se refere a atos obscenos, tais como a penetração por via oral.

A liberdade sexual, entendida como a liberdade de dispor do próprio corpo para os fins sexuais, pode ser objeto de ofensa pela conjunção carnal ou atos libidinosos, violentos e abusivos.

Ademais, vale frisar que, a respeito da legislação argentina, bem como o antigo delito de estupro, a prática de atos impudicos com um menor (sexo feminino ou masculino) de 14 anos não poderia ser realizada por um sujeito ativo de mesma idade ou ser cúmplice, um mero partícipe do delito, pois se afirmava que ele não possuía tal entendimento e muito menos consciência acerca do ato como um ato impudico. Conforme o entendimento trazido por Liszt, a sociedade transforma-se ao longo do tempo, e tais mudanças sociais acabam por influenciar no direito, ao passo que, com a introdução da nova redação, no que tange ao delito de estupro, este tem como nova espécie o estupro de vulnerável, em que é possível a possibilidade de relativizar essa vulnerabilidade. Logo, é válido ressaltar que não deveria ser apenas considerado o fator idade como aquele que delimitará ou não essa vulnerabilidade; sendo assim, embora seja de maneira rara ocorrer a possibilidade de presumir que até mesmo menores de 14 anos possam ser sujeito ativo no presente delito.

## **2.2 A presunção de violência do antigo artigo 224 e o estupro de menor de 14 anos**

Este trabalho busca analisar acerca dessa presunção de violência em sentido amplo, visando à evolução da legislação, ou seja, primeiramente como era essa presunção de violência no antigo artigo 224 do Código Penal, bem como a sua causa e sua consequência, principalmente no tocante ao delito de estupro contra o menor de 14 anos.

Ademais, deve-se atentar quanto a essa presunção de violência que, antes do advento da Lei n.º 12.015/09, seu artigo 224 do CP era considerado de maneira relativa. Desse modo, devemos demonstrar por meio do processo de modificações dessa presunção, ora relativa, ora absoluta, com o intuito de aumentar gradativamente a proteção, principalmente para o menor de 14 anos. Importante passo que implicará, futuramente, a contextualização da análise sobre a natureza da vulnerabilidade do delito em comento.

No que se refere aos crimes contra os costumes, o legislador criou uma responsabilidade objetiva ao tachar as hipóteses de violência presumida. Logo, presume-se a violência, conforme o artigo 224 do CP, quando a vítima: não é maior de 14 anos, é alienada

ou débil mental, e se o agente tinha conhecimento dessa circunstância, ou, ainda, se a vítima não tem, por qualquer outra causa, condições de oferecer resistência. Sendo assim, visa analisar em relação à posição doutrinária e jurisprudencial quanto à violência presumida, tendo como critério fundamental o etário nos crimes contra os costumes.

Com fulcro nesse entendimento, quanto à idade da vítima, não havia uma decisão pacífica tanto nos Tribunais quanto na Doutrina. Sendo assim, com base no artigo 224 do CP, ao se tratar de estupro de menor de 14 anos, havia um ponto em questão de grande polêmica, implicando uma forte discussão se essa violência deveria ser considerada relativa ou absoluta.

Nesse sentido, ao se afirmar que a presunção deveria ser de caráter absoluto, tendo por base o consentimento do menor, este deveria ser totalmente inválido, pois ele não teria um desenvolvimento físico e psíquico superior à sua idade, já que sua idade era a razão para ser a elementar do tipo. Todavia, a maioria dos doutrinadores, por exemplo, Damásio de Jesus, inclinava-se para a presunção de violência como se fosse de forma relativa, porque, ao tutelar a liberdade sexual da vítima, havia como elemento influenciador e determinativo os costumes e valores sociais da época. Ante o contexto, nas palavras de Damásio de Jesus: “A presunção de violência, no caso de a vítima não ser maior de catorze anos, é relativa, cedendo na hipótese de o agente incidir em erro quanto à idade desta, erro este plenamente justificável pelas circunstâncias.”<sup>25</sup> Desse modo, caso haja dúvida, já que poderia haver circunstâncias, por exemplo: aparência de maior idade, pelo aspecto físico ou apresentação de carteira falsa que incorreria o agente em erro, sendo, portanto, plenamente cabível a aplicação do artigo 224 do CP.

Como antes se tipificavam os delitos contra os costumes, ressaltamos que se levavam em consideração as características pessoais da vítima, que, no caso, é o menor de 14 anos; levar em consideração a conduta e o comportamento desse menor; por exemplo, se era prostituta ou se já havia tido alguma experiência sexual ou aparentava ter a idade maior do que tem. Nesse sentido, parte-se do ponto de vista de uma sociedade culturalmente de ínfima relação com um forte sistema opressor e patriarcal, e isso mostrará que a visão de muitos doutrinadores na época era de que se deveria presumir a violência de forma relativa.

---

<sup>25</sup> JESUS, D. E. **Direito penal**: parte especial. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3, p. 141.

Nas palavras de Mirabete:

Não se caracteriza o crime, quando o 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 a menor não é mais virgem, é leviana, é fácil e namoradeira ou apresenta liberdade de costumes.<sup>26</sup>

Nesse ínterim, não era admitida uma posição absoluta quanto a essa presunção a partir do momento em que se atém a uma interpretação sociológica e sistemática da época.

Diante de todo o exposto, vale ressaltar o entendimento de como antes os tribunais, ao acompanhar a maioria dos doutrinadores, têm-se decidido pela relatividade da presunção de violência, conforme o artigo 224, alínea a do CP, que serve como pressuposto legal a fim de analisar essa contextualização acerca do estupro de menor de 14 anos, em um fato ocorrido entre os anos 1994 e 1995, que traz uma decisão de Habeas Corpus n.º 73.662-MG, Diário de Justiça de 20 de setembro de 1996.

O *habeas corpus* impetrado pelo ministro Marco Aurélio trata-se do delito do artigo 213, consubstanciado no artigo 224 do CP. Sendo assim, por ser o crime de estupro, este encontra seu fundamento no inegável depoimento da vítima.

Com base nos autos, ao ser ouvida em juízo, a vítima esclarecera que, ao sair de motocicleta com o agente, tinha o intuito de sempre ir a lugares desertos, cuja finalidade era obter a troca de beijos e carícias. Além disso, ela ainda afirma que já fizera isso com outros rapazes, e um deles era amigo do sujeito com quem atualmente estava saindo.

Convém ressaltar, ainda em seu depoimento, que o sujeito havia pedido gentilmente para que ambos praticassem a conjunção carnal. Todavia, ela, de início, havia-se recusado, cedera quanto à troca de carícias. Quando estava no caminho de volta à sua casa, pediu que o indivíduo a deixasse longe de casa para que seu genitor não pudesse vê-la, mas, por falta de sorte, ela foi pega no “flagra”, seu pai a tinha visto descer da motocicleta.

O pai, ao ver a filha descendo da motocicleta, percebeu que ela está tendo um caso com o agente e inicia uma ação penal contra o suposto réu.

A vítima, em seu relatório, ao responder às perguntas estipuladas pelo Estado – acusador –, foi incisiva ao afirmar:

---

<sup>26</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2, p. 478.

Já ficou com outro rapaz de nome Valdir; que se relacionou sexualmente com o réu por três vezes e que na última foi que seu pai pegou; que a depoente manteve relações sexuais com o réu na primeira vez que o conheceu; que tal relação sexual não foi forçada em hipótese alguma; que assim agiu porque pintou vontade; que o relacionamento da depoente com o pai não é muito bom e que o pai a pressionou para comparecer perante a autoridade; que teve relações sexuais com Valdir num sítio abandonado perto de uma fábrica. (Jurisprudência/7440;07/habeas corpus- HC- 73662-mg/amp).

[...]

Tinha muito medo do pai saber que ela estivesse se encontrando com o réu sexualmente; que não houve violência em momento algum; que a depoente não tem medo de pegar AIDS , nem de engravidar porque se tivesse um filho o criaria sem problemas. (Jurisprudência/7440;07/habeas corpus- HC- 73662-mg/amp).<sup>27</sup>

Na sequência, o depoimento da testemunha, Henrique Ambrósio de Souza, conhecido do suposto acusado:

Tinha conhecimento de que Márcio saía junto à menor M. A. N. que igualmente ficou sabendo pelo próprio acusado que ambos mantiveram relações sexuais; que a vítima aparentava ter uns 15 ou 16 anos e que era do conhecimento do declarante que ela saía com outros e ainda mais que já chegou a ver a menor sair à noite com outras pessoas de moto, pois ela sai muito de noite, ficando até de madrugada fora de casa, sendo considerada como uma prostitutazinha.<sup>28</sup>

Diante disso, no contexto fático, não há a incidência do artigo 213 do CP, já que parte do pressuposto de que deve haver a prática da conjunção carnal com mulher mediante violência ou grave ameaça, ou seja, do uso da agressão, seja ela física ou psicológica. Sendo assim, mostra-se esclarecedor que a menor, contando apenas com 12 anos de idade, levava uma vida promíscua, sendo considerado, em consonância com a defesa, que ela aparentava ter idade superior à que tinha (não haverá a incidência de estupro, pois diante do contexto fático, a menor possui a capacidade de discernimento).

Com base na presunção de violência do artigo 224 do CP, esta cede à realidade. Não há como deixar de lado o reconhecimento da modificação dos costumes, principalmente aqueles havidos na época. No que se refere aos meios de comunicação, ressaltamos que, de modo geral e em especial a televisão, eles são responsáveis por uma divulgação maciça de informações, atendendo a um público no geral, não se preocupando, dessa forma, em restringir o conteúdo conforme o critério etário do indivíduo. Sendo assim, por ser irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar que as crianças de hoje atingem uma

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1.<sup>a</sup> Turma. Habeas corpus n.º 73.662-MG. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Julgado em: 21 de maio de 1996. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, 20 set. 1996, p. 34.535.

<sup>28</sup> Ibid.

maturidade precoce, lidando com assuntos relacionados com a sexualidade sem nenhum embaraço, de forma espontânea e quase natural.

Na década de 1940, considerava-se criança aquele que tivesse até 12 anos de idade, pois era considerado como alguém indefeso e despreparado para a vida de modo geral. Todavia, passado algum tempo, nas palavras do ministro Marco Aurélio:<sup>29</sup>

Hoje em dia, meninas com 12 anos, não pode mais ser vista como uma criança e sim como uma moça, já que se tornam precocemente amadurecidas, por haver uma rapidez quanto a essa precocidade, tornam-se capazes para discernir quanto aos eventuais assuntos, principalmente aqueles de natureza sexual.

Diante disso, não é cabível que se sigam as regras impostas a um código penal que não seguiu a evolução comportamental da sociedade, mostrando-se, assim, incabível a consideração de que uma pessoa, ainda com 12 anos, fosse considerada como uma criança. Assim, a sociedade, ao acompanhar a evolução comportamental, ao atentar para os costumes sociais da época, “envelhecendo”, isso implicará o “envelhecimento” também das leis, uma vez que elas devem estar em consonância com a sociedade, ou seja, com seus valores sociais.

A partir do momento em que se tem como núcleo do tipo o constrangimento. A vítima, ao afirmar que deixou, espontaneamente, de livre vontade, manter relações sexuais com o agente, deixa claro que, tendo em vista a potencialidade da idade, não se pode concluir que houve a sua caracterização.

A presunção de violência não pode ser de forma absoluta, pois seria uma negação quanto ao bem jurídico tutelado, os costumes sociais (comportamento da menor), já que a vítima aparentava ter idade superior aos 12 anos, saía muito à noite, ficando até de madrugada na rua, principalmente por já ter tido experiências sexuais com outros rapazes. Com base nisso, afirma Heleno Cláudio Fragoso: “A presunção em comento não é absoluta, pois o erro plenamente justificado sobre a idade da vítima exclui a aplicação de tal presunção.”<sup>30</sup>

É com base nesse entendimento que o ministro Marco Aurélio assenta que a presunção de violência prevista no artigo 224 do CP não é absoluta, sendo legal e cedente às circunstâncias do caso, devendo, portanto, ser relativizada conforme o caso em concreto. Logo, não restou configurado o tipo, absolvendo assim o agente, pois com base no exame de prova, sustenta-se que não houve o delito de estupro em si, já que a vítima se passou por pessoa com idade superior à que tem, quer sob o aspecto físico, quer sob o aspecto mental, ao

<sup>29</sup> BRASIL, 1996, p. 34.535.

<sup>30</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. São Paulo: Bushatsky, 1958. v. 2, p. 439.

confessar em juízo que tivera relação sexual com o rapaz, na época com 24 anos, de acordo com a própria vontade.

Por tudo já exposto, nota-se que presumir de maneira absoluta a existência de violência em fatos onde ela não concorre, faz surgir, dessa forma, certas injustiças, pois é de vital importância ressaltar que não se deve punir o indivíduo que estupra uma criança com 10 anos ou até mesmo aquele que usa de violência ou grave ameaça para obter a conjunção carnal contra a mulher da mesma forma que se pune um jovem, com seus 18, 20 ou 24 anos, que manteve relações sexuais com a namorada de 12 ou 13 anos, já experiente, aparentando ter maior idade e principalmente ter consentido o ato sexual, ou seja, esse íntimo relacionamento.

### **3 O ADVENTO DA LEI 12.015/09: ANÁLISE DO NOVO DELITO DE ESTUPRO EM ESPECIAL DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

#### **3.1 O novo delito de estupro: análise a respeito do seu conceito e do seu bem jurídico tutelado**

A evolução do Direito não ocorre de maneira contemporânea conforme as mudanças da sociedade haja vista que busca a solução de conflitos. Diante disso, ao passo que se vai adquirindo gradativamente uma mudança de paradigma social, conclui-se que não existe sociedade sem Direito e muito menos Direito sem sociedade. Em vista dessa íntima correlação, ao surgirem certos avanços e modificações em um, conseqüentemente refletirá em alterações no outro.

Nesse ínterim, a sociedade como um todo influenciou o Direito, principalmente o Direito Penal a partir do momento em que se reflete nas legislações. Portanto, o bem jurídico tutelado, que antes era a liberdade sexual, passa a ser o da dignidade sexual, pela importância, conforme a Constituição 1988, do princípio da dignidade humana como aquele de maior supremacia no sistema jurídico.

A Lei n.º 12.015/09 promoveu importantes modificações no Código Penal brasileiro, datado de 1940, a começar pela própria nomenclatura desse delito, pois, com o seu advento, há uma mudança, já que se tutela a dignidade sexual. Logo, passa a configurar uma nova figura delitiva de estupro, ou seja, há um novo crime de estupro, pois é somado ao artigo 213 do CP o crime de atentado violento ao pudor, presente no artigo 214 do CP. Sendo assim, o crime de estupro, consiste em: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.”<sup>31</sup> Logo, o tipo se torna mais amplo e mais complexo, não se restringindo a mulheres e à prática da conjunção carnal.

Com base nisso, ressaltamos a opinião de certos doutrinadores que deram um importante passo para que se iniciasse essa nova terminologia, por exemplo: Cezar Roberto Bitencourt,<sup>32</sup> (que divergiu ao se referir que o antigo título (crimes contra os costumes) era impróprio, não tutelando o que se pretendia tutelar; já Julio Fabbrini Mirabete,<sup>33</sup> frisa que o

---

<sup>31</sup> BRASIL, 2009, art. 213.

<sup>32</sup> BITENCOURT, 2016.

<sup>33</sup> MIRABETE, 2006, v. 2.



legislador de 2009 procurou eliminar os “anacronismos”, de natureza preconceituosa e datados de forte moralismo que existia no meio social na época do Código Penal vigente. Rogério Greco<sup>34</sup> afirma que, com a modificação legislativa, houve uma reforma na legislação, pois se tornou irrisório e de extrema insignificância proteger o comportamento sexual do ser humano perante a sociedade, passando então a ser o foco de proteção a ser tutelado, a dignidade sexual do indivíduo.

A influência do direito positivo brasileiro põe como posição de destaque essa dignidade. Sendo assim, a Constituição de 1998 aponta a dignidade do ser humano como fundamento próprio do Estado democrático de direito, conforme o inciso III do artigo 1.º da Constituição, que visa assegurar o exercício dos direitos sociais, fundamentais e individuais, por exemplo: liberdade, segurança, bem-estar, igualdade, justiça e essa dignidade como valores supremos. Portanto, essa dignidade, ao assumir o papel de direito fundamental do ser humano, deve ser garantida pelo Estado, visto que se encontra no mesmo nível hierárquico que os demais, ou seja, será o “valor dos valores”.

Diante disso, surge como controvérsia a respeito da espécie de ato libidinoso que pode ou deve ser compreendido no âmbito do tipo penal do delito de estupro, já que a Lei n.º 12.015/09 alargou as condutas inerentes do presente delito com a finalidade de equipará-lo à conjunção carnal. Além disso, poderia, também, este último delito ser de reprovabilidade social inferior ao da conjunção carnal, violando, assim, o princípio da legalidade, bem como o da proporcionalidade. Sendo assim, o legislador, ao reformar, perdeu a oportunidade de solucionar, ou até mesmo amenizar, o delito em comento.

O delito em questão, convém frisar, após a reforma legislativa, deixa incluído na sua tipicidade elementos normativos em aberto, tornando-o, assim, de forma imprecisa, afastando, dessa forma, toda e qualquer segurança jurídica, pois o Código Penal brasileiro, quanto à construção do referido tipo penal, remete ao Judiciário que somente poderá definir aquilo que pode e deve ser entendido como “outro ato libidinoso”.

Diante disso, como houve a presente alteração do *nomen iuris* (crimes contra os costumes), vindo de encontro ao fundamento estatal, por outro lado, faz-se presente identificar de forma ampla que, quanto ao objeto a ser tutelado, dignidade sexual, há maior aproximação

---

<sup>34</sup> GRECO, R. **Curso de direito penal**: parte especial. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. 3, p. 449.

da tutela jurídica penal pretendida, ou seja, o desenvolvimento da personalidade sob o ponto de vista sexual, respeitando, assim, a autodeterminação e a autodisciplina humana, pois, ao torná-la mais abrangente, estariam tutelando também os “costumes” a partir do momento em que se punem certos hábitos inaceitáveis socialmente.

Outra importante alteração, promovida pela Lei n.º 12.015/09, diz respeito à supressão do artigo 224 do Código Penal, que consistia na presunção de violência, conforme os elementos necessários para a sua subsunção ao tipo penal do delito de estupro, tendo em vista certas circunstâncias em que se encontrava o sujeito passivo quando da prática libidinoso, ou seja, quando a vítima não possuía idade acima dos 14 anos.

Ante esse entendimento, o delito de estupro em sua modalidade básica, antes do advento da Lei n.º 12.015/09, tinha respectiva e necessariamente o homem e a mulher como sujeitos, ativo e passivo, e somente era preciso que houvesse a conjunção carnal ao constranger a mulher mediante violência ou grave ameaça, configurando, desse modo, o delito de estupro.

Já na segunda parte, tínhamos o delito de atentado violento ao pudor que, diferentemente do estupro, se configuraria apenas com a prática de um ato de natureza sexual, diverso do da conjunção carnal ao constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou seja, havia essa diferença na tipificação dos delitos, pois antes restringia o delito em comento quanto ao aspecto do sujeito passivo, que tão somente poderia ser a mulher. Todavia, com a nova redação, não há mais esse diferencial, pois isso se converte em um só delito, ou seja, tudo isso, tanto a conjunção carnal quanto o ato libidinoso, envolverá o novo delito de estupro. Além disso, o estupro torna-se um crime não somente complexo, mas também se transforma em um delito comum, podendo ser qualquer pessoa, homem ou mulher, vítima do delito em questão.

Dessa forma, por essa lei tornar o tipo mais abrangente ao introduzir como delito de estupro o ato sexual para satisfação da libido, faz com que haja na doutrina certa “vagueza” quanto à magnitude que pode atingir esse ato libidinoso, como aquele que traz como consequência a satisfação da vontade do agente. Logo, discute-se o seguinte: Até que ponto um ato sexual é capaz de trazer essa satisfação e ser considerado de natureza libidinoso? Por ser o ato libidinoso, de forma mais ampla e abrangente, qual o limite necessário para considerar como um ato libidinoso ou não?

A partir do momento em que a lei deixa de considerar o crime de atentado violento ao pudor, extinguindo-o do ordenamento jurídico, ocorre, assim, a extinção da punibilidade de

quem o praticou, conforme o inciso III do artigo 107 do CP. Sendo assim, como a lei n.º 12.015/09 revogou o crime de atentado violento ao pudor, há, desde então, a *abolitio criminis*? A resposta é não, pois a conduta prevista no extinto artigo 214 fora transferida para o artigo 213 do CP que trata do estupro. Logo, forçar alguém a prática de ato libidinoso, diverso do da conjunção carnal, continua sendo crime, só que o crime de estupro.

O bem jurídico tutelado passa a ser o da dignidade sexual da pessoa, independentemente de seu gênero, se é masculino ou feminino. Sendo assim, em nenhuma hipótese alguém poderá ser forçado e submetido a praticar a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso contra a sua vontade. Temos o seguinte exemplo: se a prostituta, mesmo após o pagamento do “programa”, recusar-se a fazer sexo com seu cliente, a sua vontade deverá ser respeitada. Outro exemplo é o dos casados. Ainda que a mulher seja casada, ela não poderá ser obrigada a ter relações sexuais com o marido. Portanto, se seu cônjuge obrigar a esposa a praticar conjunção carnal ou algum ato sexual diverso desta, mediante violência ou grave ameaça, pratica, então, o crime de estupro. Dessa forma, o consentimento das pessoas envolvidas deverá ser a condição para que o ato seja considerado como aquele galgado de licitude, ou seja, é essa condição o elemento-chave, caso contrário, implicará um ato oposto ao direito, sendo cabível ao sujeito a punição devida por ter praticado o presente delito.

O novo tipo de crime de estupro prevê condutas alternativas, de modo que, havendo a prática da conjunção carnal ou de atos libidinosos diversos desta, em um mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, implicará a configuração de um único delito; servindo de motivação apenas para a dosimetria da pena, a quantidade de comportamentos típicos.

Diante disso, em 2009, houve uma forte discussão sobre os artigos 213 e 214 do CP, bem como de outras mudanças que ocorreram nos crimes contra os costumes. Conforme Luiz Regis Prado afirma:<sup>35</sup>

O legislador de 2009 soube inovar em alguns aspectos no tratamento desses crimes, com intuito de afastar qualquer ranço arcaico e inapropriado referente à ideia de moral e bons costumes presente na versão original do Código Penal, afastando assim, conceitos em desuso ou em contradição com o atual momento histórico – social e cultural, como, aliás, tem feito outras legislações. Todavia, convém frisar que a reforma deixou também a desejar em vários pontos, inclusive na própria redefinição do bem jurídico protegido – nem sempre muito claro; na manutenção de certos tipos de necessidade duvidosa ou mesmo no emprego de técnica legislativa deficiente. [...]. No que tange especificamente ao delito de estupro, fez-se uma junção de conteúdos, com equiparação terminológica entre as figuras típicas do

<sup>35</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v. 2, p. 598.

estupro e o do atentado violento ao pudor, que acabaram fusionadas sob o *nomen jûris* de estupro.

Com o advento da evolução doutrinária legal, o novo tipo do delito de estupro vem sendo definido de forma mais abarcante e completa, buscando diferenciar em relação a outros atos libidinosos de menor gravidade, conforme o Princípio da Proporcionalidade. Diante disso, o beijo lascivo ou lingual, obtido mediante violência, contra a vontade da vítima, ainda que tenha menor gravidade se comparado com outros como o coito anal, por exemplo, ainda assim se configuraria o delito de estupro.

O bem jurídico tutelado é a liberdade sexual do indivíduo, em sentido amplo, ou seja, o sujeito possui a vontade livre de dispor do próprio corpo à prática sexual, quanto na capacidade de escolher o parceiro, como também de poder negar a execução do próprio ato ou de alguns atos que serão realizados por parte de seu parceiro. Sendo assim, essa liberdade nada mais é que uma liberdade pessoal, devendo ser tutelada de modo autônomo, em razão dos seguintes fatores conforme Luiz Regis Prado:<sup>36</sup> “a especial vinculação com a autorrealização pessoal; a diferenciação de suas formas comissivas, tanto no que se refere às diversas condutas sexuais realizadas como no tocante às diversas modalidades de atentado à liberdade.” Diante disso, por se tratar de um delito comum, o estupro se configura, independentemente do sexo, quando o sujeito constrange alguém, mediante a violência ou grave ameaça, a praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

Sendo assim, tem-se de partir do momento em que se modifica ao se introduzir a Lei n.º 12.015/09; no que se refere ao crime de estupro e de atentado violento ao pudor, deve levar em consideração que não houve uma revogação do crime de atentado violento ao pudor, artigo 214 do CP ao extinguir o delito (*abolitio criminis*), mas há sim uma *novatio legis*, ao promover a integração de dois crimes em um só delito. Portanto, hoje, o estupro, no artigo 213, congrega todos os atos libidinosos, e a conjunção carnal é apenas a sua espécie.

No que tange à nova redação, o novo delito de estupro, diferentemente daquele de antigamente, tutela como bem jurídico a liberdade sexual, assegurada a todos, independentemente de qualquer condição, seja ela física, seja moral. Diante disso, frisamos que a nova redação do artigo 213 trouxe como tipo incriminador, “constranger alguém a ter conjunção carnal ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Enquanto o antigo delito de estupro já restringia, pois no que concerne à tipicidade objetiva e subjetiva, consistia em “constranger mulher a ter conjunção carnal”. Logo, antigamente só se poderia configurar

---

<sup>36</sup> PRADO, 2010, p. 599.

na modalidade de delito apenas se houvesse a prática da conjunção carnal, conforme denomina Luiz Regis Prado, “na cópula natural efetuada entre homem e mulher, ou seja, a cópula vagínica”.<sup>37</sup>

Ademais, é de suma importância duas questões dispostas no artigo 217-A que consiste em saber primeiro se o elemento normativo “outro ato libidinoso” engloba toda e qualquer prática do ato de natureza sexual com o propósito de atingir a satisfação da libido do agente e segundo se a idade da vítima deveria ser analisada de forma objetiva sem questionar quanto ao seu comportamento sexual.

Ante esse diapasão, com base na análise do artigo 217-A – ao se ter a conjunção carnal com a vítima ou praticar em conjunto com ela o ato libidinoso, desde que a vítima tenha idade inferior aos 14 anos, implica necessariamente a ocorrência de estupro de vulnerável, independentemente de seu consentimento ou não, pois tal anuência é insignificante para a tipificação do delito em comento, tendo em vista que ele não possui a capacidade de entendimento e compreensão do ato, como aquele de natureza sexual.

Enfatizamos que o artigo 227 da Carta Magna afirma que se deve estabelecer, ou seja, é legítimo e legal que se indique um limite mínimo de idade, principalmente no tocante ao adolescente, tendo em vista a sua relativa capacidade de compreensão para a prática do ato sexual. Portanto, é cabível ao legislador estipular essa idade mínima, cujo jovem é capaz de entender e de querer que seja praticado em conjunto com ele o ato sexual.

Em contrapartida, em 2009, com o advento da Lei n.º 12.015/09, em que se exclui o título de “crimes contra os costumes” para dar lugar aos “crimes contra a dignidade sexual”, houve uma mudança de paradigma, passando o objeto a ser tutelado, a dignidade sexual, e não a sua liberdade sexual. Sendo assim, ao reorganizar a tipificação de condutas no título VI, que os antigos artigos 213 e 214 do CP passam a ser fundidos em um único tipo, o novo tipo de estupro, o artigo 213 do CP.

Conforme o entendimento acima supracitado, essa lei, que inovou no Direito Penal, ainda faz com que se extinga a presunção de violência nos crimes contra a liberdade sexual (art. 224 do CP), uma vez que a Constituição 1988, ao introduzir o princípio pilar, o princípio da dignidade sexual faz com que haja a proteção da dignidade sexual, como objeto a ser tutelado e protegido pelo direito, principalmente a proteção da dignidade sexual da vítima

---

<sup>37</sup> PRADO, 2010, v. 2, p. 601.

menor de 14 anos, criando, então, um novo tipo, o estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do CP.

Tal mudança trazida pela Lei n.º 12.015/09 não foi tão fácil e simples, não se restringindo em criminalizar ou revogar as condutas ou, ainda assim, em implicar importantes modificações quanto aos tipos penais já existentes. Com relação a isso, faz-se necessário destacar que o fato de o legislador ter agregado o delito de atentado violento ao pudor ao crime de estupro, fazendo com que haja somente a figura delitiva desse devido crime, é notório afirmar que se optou pela escolha do delito de estupro pelo fato de que ele ganhou maior repercussão na mídia, tornando-o um crime mais “popular”, ou seja, galgado de uma relação mais ínfima com o seio social.

Com base na nova redação, ressaltamos que, no artigo 213 do Código Penal brasileiro, é cabível destacar que, ao constranger a vítima a praticar ou permitir que se pratique com ela, por meio do uso de violência ou grave ameaça, faz-se necessário destacar que o núcleo do tipo se refere ao verbo “constranger”, ou seja, ao compelir, forçar ou coagir o sujeito passivo, já que é no presente verbo que se encontra a finalidade do agente. Logo, será através disso que se configura a tipicidade da conduta do sujeito ativo, perfazendo na configuração do delito de estupro.

No tocante a essa violência, referente anteriormente, tem o sentido de força física, ou seja, o agente se utiliza de meios violentos para conseguir atingir a sua vontade e finalidade, ou então se utiliza da ameaça (violência psíquica) ao intimidar psicologicamente a vítima que poderá tanto ser de forma direta ao atingir imediatamente a vítima ou indireta ao galgar a vítima por intermédio de terceiros. Logo, essa ameaça deverá ser séria, causando um temor tão forte à vítima, que, por se encontrar intimidado pelo sujeito, possa ter sua capacidade de resistir vencida pelo medo.

Ressaltamos, ainda, que o novo delito de estupro se refere à conjunção carnal, como um ato datado de libidinosidade, ou seja, como um ato libidinoso, razão pela qual se utiliza no fim da redação do artigo 213 do CP a expressão “outro ato libidinoso”, aquele que será qualquer ato, desde que seja contrário ao da conjunção carnal. Diante disso, estarão contidos todos os atos de natureza sexual, exceto a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente.

Diante desse ínterim, são considerados como atos libidinosos: *Fellatio in ore* (sexo oral); coito anal; coito *inter femora*; masturbação; toques e apalpadinhas com significado sexual ou que atinjam a região pudica (genitália, seios ou membros inferiores) da vítima. Além disso,

serão considerados também a contemplação lasciva, contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), quer sejam eles mecânicos, quer artificiais através da cavidade vaginal, anal ou bucal. Sendo assim, esses atos, para serem considerados libidinosos, devem ter relevância, do contrário, isso feriria o princípio da proporcionalidade, sendo o agente punido de forma desproporcional com o que fora praticado tendo em vista seu comportamento.

No tocante ao sujeito ativo e passivo, pode ser tanto homem quanto mulher, pois se trata de crime comum, não sendo necessário nenhum tipo de qualidade especial. Conforme Greco:<sup>38</sup> “A expressão conjunção carnal tem o significado de união, de encontro do pênis do homem com a vagina da mulher, ou vice versa.” Diante desse contexto fático, sujeito ativo no delito de estupro, quando a finalidade for a conjunção carnal, poderá ser tanto a pessoa do sexo feminino quanto a do sexo masculino. Todavia, nesse caso, o sujeito passivo, obrigatoriamente, deverá ser do sexo oposto, ou seja, advindo de uma relação heterossexual.

Há uma forte discussão doutrinária acerca da possibilidade de haver a configuração do presente delito em se tratando de uma relação homossexual. Todavia, como já referido, caso haja a finalidade de obter a conjunção carnal, seria impossível tratando-se de casais do mesmo sexo, em virtude de que se faz necessário que haja o acoplamento do órgão masculino (pênis) com o órgão feminino (a vagina). Porém, é admissível a possibilidade se somente houver a prática de atos libidinosos, ou seja, o ato diverso da conjunção carnal que sirva para satisfazer a libido do agente. Diante disso, salientamos que, ao se referir à prática de atos libidinosos, estes podem ser praticados por qualquer pessoa, tratando-se, assim, de um delito comum.

A polêmica ainda é pior no caso dos transexuais, pois aqui enseja não só uma problemática no âmbito jurídico-penal, mas também em um problema que envolve outros aspectos, como o fator moral, religioso e social. Sendo assim, esse dilema trata-se, sem dúvida, de bastante relevância na atualidade.

Com fulcro no que foi referido, muitos doutrinadores discutem a respeito da possibilidade de haver a prática do delito de estupro em se tratando da vítima ser transexual, ou seja, depois que o indivíduo se submete a uma cirurgia de reversão genital, havendo, assim, a penetração na cavidade criada cirurgicamente, sendo similar à vagina feminina. Diante disso, após o advento da Lei n.º 12.015/09, de que é absolutamente possível a prática do delito de estupro nesses casos, mesmo que ainda não haja a modificação do registro, pois

---

<sup>38</sup> GRECO, 2011, p. 460.

já estaria configurado o núcleo do tipo “constranger alguém” mediante violência ou grave ameaça. Sendo assim, se houver o constrangimento da vítima, estará presente a configuração do delito de estupro.

### **3.2 A definição do delito de estupro de vulnerável e como está sendo tratado pela legislação jurídico-penal**

Este trabalho visa analisar a questão da presunção da violência e como isso está relacionado com o menor de 14 anos, bem como a importância dessa vulnerabilidade. A Lei n.º 12.015/09, ao trazer esse conceito, provocou a revogação do antigo artigo 224 do CP, que tratava a presunção de violência de forma absoluta. Houve certa mudança com a referida lei ao introduzir o artigo 217-A, que trata do conceito de vulnerável.

Ademais, o trabalho busca a analisar a vulnerabilidade do menor de 14 anos, a partir do momento em que traz o conceito de vulnerável e como esse entendimento é tratado pela doutrina e jurisprudência, tendo por base a modernidade e a evolução da sociedade, visto que há maior informação a respeito da liberdade sexual e como isso influenciará casuisticamente o Judiciário na tomada de suas decisões.

No caso dos vulneráveis, há ocorrências diariamente no mundo, principalmente no Brasil, nas regiões Norte e Nordeste, onde as crianças, em grande maioria, são expostas a situações desagradáveis e degradantes, sobretudo no tocante a crimes sexuais, como o delito de estupro e em especial do estupro de vulnerável.

Houve uma evolução diante da sociedade que acaba por implicar o Direito Penal. Diante disso, no que diz respeito ao delito de estupro, passou por profundas transformações, principalmente ao modificar o bem jurídico tutelado, passando a ser a dignidade da pessoa humana até modificar com relação aos vulneráveis, ao extinguir o artigo 224 do CP, ficando no lugar deste o artigo 217-A, que regula a respeito das pessoas em condição de vulnerabilidade, que merecem melhor e especial proteção.

A Lei n.º 12.015/09, conforme referido, em relação aos vulneráveis, extinguiu o artigo 224 do CP, que fala sobre a antiga presunção de violência. Com base nisso, há a introdução do artigo 217-A, que define as pessoas vulneráveis pelo critério etário (idade inferior aos 14 anos), pois o legislador estipulou essa faixa etária dado que eles não têm maturidade suficiente para o entendimento do ato como aquele que seja galgado de uma sexualidade; pessoas acometidas por alguma enfermidade ou ainda aquelas, que, por algum motivo, não



são capazes de oferecer resistência. Sendo assim, este trabalho visa analisar a respeito do estupro de vulnerável apenas na modalidade etária, cujo objeto de estudo centralizado encontra-se na figura do menor de 14 anos.

Com a promulgação da Lei n.º 12.015/09 e a definição do estupro de vulnerável, sendo este um crime hediondo, ficou defasada a ideia, muitas vezes sustentada pela maioria da jurisprudência, de que só era cabível nesses casos praticados apenas a aplicação de uma causa de aumento, como era feito antes no artigo 224 do CP.

Ademais, foi o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que definiu o delito de estupro e o de estupro de vulnerável como crimes de natureza hedionda, ou seja, o agente, independentemente de causar ou não a morte da vítima, terá de cumprir inicialmente sua pena em regime fechado.

Os Tribunais Superiores, desde a década de 1980, passaram a se questionar sobre a presunção de violência, aludida no extinto artigo 224 do CP, cuja maioria da doutrina e jurisprudência entendia como uma presunção relativa ao alegar que a sociedade, no fim do século XX para o século XXI, havia-se modificado plenamente e, por isso, os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção que aqueles que viviam em meados da década de 1940.

Nesse entretempo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, desentendiam-se a respeito da natureza da presunção de violência e, primeiramente, a entenderam como uma presunção relativa, como fora explanada no capítulo anterior. Todavia, a partir do momento em que a sociedade mudou ao longo do tempo e se tutelou outro bem jurídico, o da dignidade sexual, isso acabou por repercutir em relação aos vulneráveis, uma vez que a Lei n.º 12.015/09 passou essa presunção a ser de forma absoluta, pois, para a doutrina, não há dado mais objetivo do que o critério etário, pois não é de se estranhar que o Código Penal sempre considerou a idade como um fator determinante, seja para aumentar a pena, tendo em vista a idade da vítima ou do agente, ou até mesmo para levar a efeito algum cálculo diferenciado, por exemplo, a prescrição do crime, cujo prazo poderá ser reduzido pela metade, caso o agente ao tempo do crime fosse menor de 21 anos ou maior de 70 anos.

Diante disso, os tribunais, pela influência da Constituição 1988, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente, que procuram dar maior ênfase ao protegê-los, defendem a ideia de que, mesmo que um menor levasse uma vida desregrada sexualmente, ainda assim, ele não teria a capacidade suficiente de decidir quanto à prática de seus atos sexuais, pois apresentavam uma personalidade em desenvolvimento e em constante formação. Sendo assim, a Lei n.º 12.015/09, que vigora no ordenamento jurídico vigente, ao tipificar o delito de

estupro de vulnerável, teve como finalidade justificar a vulnerabilidade que se encontra um menor de 14 anos.

De acordo com o artigo 217-A, do CP, tendo por base o critério etário, será tipificado o crime quando se tratar de ter conjunção carnal ou praticar e ainda permitir que com ele se pratique qualquer ato de origem libidinoso. Diante disso, diferentemente do delito de estupro do artigo 213 do CP, não há o verbo “constranger “mas o “ter”, ou seja, não é necessário que se pratique o delito de estupro de vulnerável, mediante violência ou grave ameaça. Sendo assim, basta, para ensejar tal configuração, que o agente pratique a conjunção carnal ou até mesmo o ato libidinoso com o consentimento da vítima.

Ademais, além do delito de estupro de vulnerável ter um núcleo do tipo diferente do delito de estupro, não exigindo, assim, a presença da violência ou grave ameaça para configurar a figura delitiva, esse delito exige uma especialidade da vítima, ou seja, ela deverá necessariamente ter idade inferior a 14 anos, caso contrário, ensejaria na prática do delito de estupro, conforme o artigo 213 do CP.

Nesse ínterim, é necessário que, para a ocorrência do delito de estupro de vulnerável, o agente precisa ter o conhecimento da idade da vítima, caso contrário poderá ser alegado o erro de tipo que, a depender do caso concreto, poderá conduzir a atipicidade da conduta, desclassificando, assim, o delito em comento.

Em face do exposto, a nova redação trouxe maior disposição ao Estado e ao Judiciário ao proteger aqueles que ainda não possuem uma formação psicológica e física já construídas para discernir o que pode fazer ou não de sua vida sexual; mesmo que tenham sua sexualidade ativa, ainda assim, eles não têm maturidade suficiente para o entender o ato como aquele de origem sexual.

Diante do ponto de vista educacional, no tocante ao assunto sobre a sexualidade, este deverá ser tratado com o maior cuidado pelos pais e pelos educadores, pois não é cabível para o desenvolvimento sadio dessa criança ou adolescente “antecipar etapas”, pois cada etapa ou fase da vida deverá ser aproveitada conforme cada momento, fazendo com que o indivíduo, ao longo do tempo, torne-se alguém saudável e sem nenhum problema ou trauma, já que muitos deles partem de sua infância ou adolescência. Logo, devem-se restringir certos assuntos para que esse menor não adquira a maturidade precocemente, principalmente que se tenha maior preocupação com a mídia, em especial, com a internet, cujo papel está relacionado, acima de tudo, com esse fator; por ser um meio de comunicação de fácil acesso,

acaba por tornar-se um facilitador da curiosidade desse menor, fazendo-o atingir antecipadamente essa maturidade.

Com fulcro no que foi referido acima, destacamos que a norma também veio para resguardar a liberdade sexual dos menores de 14 anos, já que, ao abarcar a dignidade sexual desses menores, acaba por proteger essa dignidade, evitando que essas crianças e adolescentes sejam postos em situação de risco, por exemplo, nos casos de abuso sexual, podendo até mesmo ser sujeitos à prostituição, ou até mesmo casos de pedofilia, já que estes usam a curiosidade e ingenuidade delas, notadamente pela internet, por ser esse um instrumento de massa e de grande acesso em especial para os jovens.

Em vista das circunstâncias presentes no delito de estupro, no seu artigo 213 do CP, é que urge fazer uma análise jurídica voltada ao crime de estupro de vulnerável, conforme o artigo 217-A da Lei n.º 12.015/09.

No que toca ao delito de estupro de vulnerável, este abarca, como o delito de estupro, a conjunção carnal (introdução do pênis na vagina da mulher). No entanto, essa conjunção carnal poderá ocorrer sem o consentimento da vítima ou então com a sua anuência, em se tratando de vítima não maior de 14 anos. Além disso, também abrange o ato sexual diverso do da conjunção carnal, ou seja, tipifica-se a conduta do agente quando este pratica outro ato libidinoso contra a vítima. Sendo assim, exige-se nesse caso, que o sujeito ativo tenha o conhecimento de que ela não apresenta, na data do fato, idade inferior aos 14 anos.

A partir do momento em que é válido destacar que, com o advento da Lei n.º 12.015/09, o legislador optou por tutelar, já que se faz presente um tipo penal autônomo, as pessoas cujo consentimento para a prática do ato sexual pudesse ser expresso de forma válida, afastando, assim, o delito do artigo 213 do CP. Diante disso, a expressão vulnerável no lugar da presunção de violência, visou proteger aqueles que, em tese, não tinham a capacidade de consentir de forma válida, tendo em vista que não possuem maturidade suficiente e precisa para saberem e decidirem quanto à sua vida, em especial sua vida sexual. Sendo assim, houve a necessidade de o Código Penal definir aqueles que deveriam ser considerados como indivíduos dotados dessa vulnerabilidade e, por serem considerados dessa forma, mereciam um tratamento e uma proteção especial pelo Estado de direito, sobretudo à luz do Direito Penal.

Com fulcro no entendimento acima, o Código Penal tutela em seu artigo 217-A aqueles que são considerados como indivíduos vulneráveis e merecem maior atenção tanto

pela sociedade quanto pela legislação. É novamente a sociedade e o direito influenciando um ao outro.

Nesse ínterim, a antiga discussão acerca da presunção de violência, se absoluta ou relativa, sobretudo no aspecto da idade, não fora totalmente afastada. Sendo assim, a interpretação do artigo 217-A tem levado a conclusões meio precipitadas, pois tal discussão mencionada anteriormente quanto à natureza dessa presunção houvera desaparecido dando lugar, então, a outro tema a ser discutido, o da vulnerabilidade. Diante disso, deverá ser analisado, à luz do novo dispositivo, o sujeito que será considerado como aquele que é vulnerável.

Antes do advento da Lei n.º 12.015/09, havia a presunção de violência quando a vítima não fosse maior de 14 anos, conforme a alínea a do antigo artigo 224 do CP. Diante desse fato, tanto a doutrina quanto a jurisprudência afirmavam que essa presunção não era de forma absoluta, e sim relativa em razão de que a vítima menor de 14 anos poderia conscientemente consentir e concordar ao decidir manter relações sexuais, por exemplo, escolher ter relações sexuais com o réu devido à ausência da *incentia consilii*, sendo, portanto, relativizada essa presunção de violência. Além disso, há outro fator que poderá relativizá-la, trata-se de ela poder ser analisada conforme cada caso concreto, cedendo, assim, espaço à situação de vida das pessoas. Todavia, com base no entendimento de outros tribunais, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, este atribuiu a essa presunção de violência um caráter absoluto.

Com a Lei n.º 12.015/09, tal hipótese passou a ser contemplada, e conforme o artigo 217-A, ele estabeleceu, com base no critério etário, que é crime de estupro de vulnerável se: “O agente tiver praticado a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Pena – reclusão, de 8(oito) a 15(quinze) anos.” Diante disso, a lei considera pela nova idade que tais indivíduos ainda não possuem maturidade sexual ou desenvolvimento mental completo para consentir com a prática de ato sexual, sendo, portanto, considerados como vulneráveis.

Enfatizamos que a idade escolhida (14 anos) não teve nenhum critério justificativo utilizado pelo legislador, sendo apenas escolhida essa idade, tendo por base um marco divisor que divide os menores que se encontram cheios de vício de vontade, sendo, portanto, considerados como vulneráveis, diferenciando-se daqueles que possam vivenciar suas práticas sexuais sem nenhum entendimento que seja. Diante disso, a definição do patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é nada mais nada menos baseado em uma “ficção jurídica” que nem sempre está relacionada com a realidade, quando se leva em consideração que há

uma elevada acentuação quanto aos desenvolvimentos dos meios de comunicação, bem como da propagação de informações que acaba por acelerar o desenvolvimento intelectual e a capacidade cognitiva dessas crianças e adolescentes.

Com fulcro no entendimento acima, ressaltamos que o legislador, ao integrar o artigo 217-A na legislação, passa novamente a se afastar da realidade social, pois ignorou a velocidade com que ultimamente as pessoas, principalmente esses jovens, têm acesso mais rápido às informações. Também adotou um critério etário sem nenhuma justificativa, mas apenas para defender aqueles que, por qualquer motivo, não podem, em hipótese alguma, manter relações sexuais.

Ante esse diapasão, com base no advento da nova redação, e na sua interpretação, pode-se chegar à conclusão de que poderá ser autor do delito de estupro de vulnerável um indivíduo de 18 anos que queira, por meio do casamento, constituir família com uma menor de 14 anos que possa ter engravidado, ainda que haja o consentimento desta. Além disso, o Código Civil permite o matrimônio ainda quando um dos cônjuges não tenha alcançado a idade núbil para casar-se, como é o caso de gravidez.

Destarte, com base nos princípios reguladores do Direito Penal, não basta apenas a comprovação da idade para tipificar o crime de estupro de vulnerável, uma vez que o critério etário não é absoluto. Diante desse fato, a melhor forma está inerente a uma solução que reside na aferição casuística do grau de maturidade sexual bem como do seu desenvolvimento sexual, tendo como finalidade, a garantia de uma vida sexual para esse indivíduo de uma forma sadia, ou seja, que esse indivíduo não se torne um adulto frustrado e problemático já que é direito de garantia assegurar o bem-estar social inerente a cada indivíduo. Sendo assim, para identificar que o indivíduo é ou não considerado como aquele que requer maior proteção, é que a forma mais justa e capaz de solucionar o presente dilema diz respeito à adequação à realidade social, ou seja, deve-se analisar esse indivíduo de acordo com o caso concreto, verificando, assim, se ele se encontra preparado para dar início a essa atividade sexual, não sendo capaz de gerar na vítima uma experiência traumática.

No que se refere à Lei n.º 12.015/09, o ápice desta discussão diz respeito ao novo tipo penal, denominado de estupro de vulnerável, o qual se encontra descrito no artigo 217-A do Código Penal brasileiro. Diante desse inusitado fato, criou-se a necessidade de introduzir um novo termo para qualificar esses indivíduos, tal qual foi criado o termo vulnerável. Todavia, esse termo não foi muito bem-aceito em razão de seu caráter genérico, pois haveria um critério objetivo e exato para considerar essas pessoas menores de 14 anos como alguém

vulnerável? Somente o fator da idade? Com base nisso, muitos doutrinadores afirmam que deveria ser feita uma análise do fato quando se tratasse de indivíduos cuja idade fosse inferior aos 14 anos, caso eles já tivessem, por exemplo, alguma experiência sexual.

Outro ponto de grande discussão está relacionado com o consentimento da vítima, pois no delito de estupro, conforme o artigo 213 do CP, requer, para que haja a sua configuração, a violência ou a grave ameaça, o que não é necessário ao crime de estupro de vulnerável, pois neste a vítima livremente dá seu consentimento para que haja a prática do ato sexual. Diante disso, surge uma discussão doutrinária a respeito se esse menor de 14 anos tem ou não a capacidade de consentir e de dispor conscientemente do próprio corpo para a prática sexual. Com base nisso, os que defendem que esses menores possuem a capacidade de consentir conscientemente, argumentam isso mediante o fato de que há uma grande mudança na sociedade e acaba por refletir na vida das pessoas, principalmente na vida dessas crianças e desses adolescentes, que têm maior acesso às informações, tendo em vista que adquirem um amadurecimento muito rápido, e a consequência é um início precoce da atividade sexual. Todavia, há aqueles que defendem o direito positivo sem analisar o caso concreto, ou seja, de que esses jovens não possuem capacidade completa para consentir pelo fato de que se encontram ainda em processo de transformação, quer seja ela física, psicológica, quer seja moral.

Em virtude do referido anteriormente, cabe a este trabalho analisar a respeito do delito de estupro de vulnerável, bem como de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. Será analisada com maior precisão no capítulo 4 a vulnerabilidade, como forma qualificadora para esses menores de 14 anos e a relação com o delito de estupro de vulnerável.

## **4 DISCUSSÃO ACERCA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA DO MENOR DE 14 ANOS: É POSSÍVEL RELATIVIZARMOS?**

### **4.1 A análise da presunção de violência do menor de 14 anos e da natureza de sua vulnerabilidade**

O novo tipo de estupro em relação ao menor de 14 anos afirma que a prática da conjunção carnal ou do ato libidinoso independe da ocorrência de violência ou grave ameaça, pois essa violência estaria presumida, pois se presume que a criança não teria o entendimento e o discernimento completo acerca da sexualidade, já que lhe falta maturidade para esse assunto. Todavia, trata-se de um tema atual e de bastante discussão, uma vez que, com o surgimento da Lei n.º 12.015/09, que introduziu o artigo 217-A do CP, há certo conflito existente com relação à vulnerabilidade do menor de 14 anos, que, embora seja decidida de forma absoluta, ainda assim, há certas lacunas doutrinárias como também jurisprudenciais sobre a possibilidade de poder relativizá-la, ou seja, de o magistrado decidir conforme cada caso em concreto.

A base dessa discussão reporta-se à antiga sistemática do Código, pois naquela época ainda havia doutrina que defendia a tese da violência presumida nos crimes que envolvessem os menores de 14 anos, podendo, assim, conforme o caso concreto, que o juízo de tipicidade da prática sexual violenta fosse afastado, caso houvesse prova nos autos de que a vítima possuísse certa maturidade sexual, ou seja, conforme a sua vida pretérita, se já havia consentido nos encontros sexuais, fosse prostituta ou ainda que mantivesse algum envolvimento amoroso, por exemplo, um namoro com seu suposto réu.

No entanto, tal entendimento acerca da presunção de violência de forma relativa encontra-se afastada pelo STF, pois afirmou que, no caso de vítimas menores de 14 anos, essa presunção deveria ser absoluta já que se encontra embasada na égide da antiga sistemática dos crimes contra a liberdade sexual. Desse modo, sendo irrelevantes para a tipificação do presente delito tais fatores precedentes, a exemplo do consentimento ou de outros pressupostos que estão relacionados com a personalidade da vítima.

Ressaltamos o entendimento jurisprudencial do STF no tocante à presunção absoluta em se tratando de crimes contra os menores de 14 anos, pois, desde que havia os crimes de estupro e o de atentado violento ao pudor, tal entendimento encontra-se pacífico. Logo,

circunstâncias fáticas, visando à não tipificação da conduta do agente, não deveriam subjugar-se ao critério etário.

Diante disso, com o advento da Lei n.º 12.015/09, ao trazer o artigo 217-A do CP, no tocante à interpretação do crime de estupro de vulnerável, tem-se o mesmo raciocínio, pois traz uma presunção absoluta de violência a partir do momento em que se visa proteger a integridade sexual da criança e do adolescente, sobretudo em um momento da vida crucial com experiências adultas, tal qual é o sexo.

Nesse ínterim, no que concerne a essa discussão, há duas posições estabelecidas. A primeira diz respeito à presunção de violência transformada em vulnerabilidade, que não era absoluta, podendo ser relativizada em casos excepcionais, tendo como preceito, as circunstâncias do caso concreto ao indicar que não houve a violação ao bem jurídico tutelado, à dignidade sexual da vítima, sendo assim, aplicado o princípio da ofensividade.<sup>39</sup>

No tocante à proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, merece levar em consideração que a lei não poderá jamais modificar a realidade, pois a partir do momento em que a sociedade passa por uma transformação e evolução moral de costumes, devido à maior modernidade e acesso maior a informações, isso repercutirá no direito e no Direito Penal principalmente, já que ele visa estar de acordo com os anseios sociais de cada época.

Conforme o entendimento acima, tendo em vista a proteção da Constituição 1988, em especial a integridade sexual da criança e do adolescente, não seria de forma razoável admitir que um indivíduo com idade abaixo de 14 anos possa validamente consentir o ato, ao passo que não possui maturidade suficiente para discernir o ato como aquele de natureza sexual. Além disso, não seria possível “etiquetar” a vítima na égide de argumentos machistas, patriarcalistas e preconceituosos que remontam a uma sociedade centralizada nos domínios masculinos, tais como “a vítima já tinha experiência sexual”, “a vítima já não era mais virgem”, “a vítima era uma prostituta” ou ainda “a vítima amava o seu agressor”; justificando, assim, a prática delituosa do agente e tornando-se impunível a sua conduta.

Sendo assim, conforme a jurisprudência majoritária, tanto do STJ quanto do Supremo Tribunal Federal (STF), encontra-se calcada no fato de que não há nenhuma flexibilização ou prova em contrário contra a presunção de violência de forma absoluta, nos casos de crime de

---

<sup>39</sup> COUTO, Cleber. Estupro de vulnerável menor de 14 anos: presunção absoluta ou relativa? **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41151>>. Acesso em: 7 dez. 2017.



estupro de vulnerável, em que a vítima é menor de 14 anos, pois, com base no artigo 227 da Constituição 1988, é dever estatal assegurar a proteção à criança e ao adolescente no tocante à sua integridade sexual.

Ocorre que, por mera interpretação gramatical, boa parte da doutrina advoga no sentido de que há consagração do caráter absoluto por parte do legislador ao revolucionar por meio da Lei n.º 12.015/09, ao criar o artigo 217-A do CP no estupro de vulnerável, já que vulnerável nesses termos seria entre outros o menor de 14 anos. Logo, nesse caso em que o agente pratique a conjunção carnal ou o próprio ato libidinoso com o menor de 14 anos, ainda que não haja, de fato, o uso de violência ou da grave ameaça, o crime se perfaz e estaria configurado, assim, o crime de estupro de vulnerável.

É importante salientarmos que, antes da reforma, com a Lei n.º 12.015/09, o crime de estupro de vulnerável se perfazia após a conjunção dos artigos 213 e 224 do CP. Todavia, o antigo artigo 224 do CP, que fora revogado depois com a referida lei, tratava que a violência era presumida em se tratando da vítima menor de 14 anos. Logo, é importante ressaltar que já havia essa discussão a respeito da natureza dessa presunção de violência, se esta é de forma absoluta ou relativa. Todavia, durante algum tempo, nossos tribunais mudaram a sua opinião e passaram a tratá-la de maneira relativa, e bem mais recentemente, houve o entendimento de que a presunção seria de forma absoluta.

Ante o exposto, salientamos que, a partir do momento da promulgação da Lei n.º 12.015/09, houve certas mudanças. A primeira consiste em reunir em um único tipo o crime de estupro e o de atentado violento ao pudor em uma única figura delitiva, presente no artigo 213 do CP. Além disso, também trouxe como consequência a extinção da forma presumida no artigo 224, que se tratava da presunção de violência de forma presumida aos que não eram maiores de 14 anos; aos alienados ou débeis mentais e se o agente conhecia de tal circunstância ou ainda para aquele que não pode, por qualquer outra causa, ser capaz de oferecer resistência.

Em contrapartida, conforme o advento da Lei n.º 12.015/09, bem como do artigo 227 da CF, que faz com que doutrinadores adotem opiniões diferentes acerca do delito de estupro, fazendo com que se extinga o artigo 224 do CP, já que há um novo tipo penal, que é o artigo 217-A. Sendo assim, hoje, tal entendimento sobre a presunção relativa ou absoluta mostra-se pacificada já que, tanto o STF quanto o STJ, têm um posicionamento uníssono, pois ambos mostraram-se preocupados em buscar proteger a concreta dignidade sexual de crianças e adolescentes, ou seja, respeitando o pilar e a supremacia máxima que é a Constituição 1988 ao

zelar pelo desenvolvimento físico e psicológico desses jovens. Logo, torna-se legítima, dessa forma, a violência que se impõe presumidamente nos casos de crimes sexuais praticados contra vítima menor de 14 anos, pois no que é tipificado como “Crimes contra a Dignidade Sexual”, no que tange ao delito de estupro de vulnerável, em seu artigo 217-A, não previu nenhuma possibilidade de flexibilização quanto à natureza dessa presunção. Sendo assim, este trabalho preocupa-se em buscar analisar sobre a questão da presunção de violência, tendo como base os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência para que possa ser analisado, acerca dessa vulnerabilidade, o seu conceito, seus critérios, bem como seus objetivos ao considerar aquele indivíduo como alguém vulnerável.

Ademais, o trabalho ainda busca analisar a vulnerabilidade do menor de 14 anos, a partir do momento em que se traz o conceito de vulnerável e como esse entendimento é tratado pela doutrina e jurisprudência, tendo por base a modernidade e a evolução da sociedade já que há mais informações a respeito dessa liberdade sexual e como isso influenciará casuisticamente o Judiciário na tomada de suas decisões.

Antigamente, antes de entrar em vigor a Lei n.º 12.015/09, em seu artigo 224 do Código Penal, era possível relativizar a violência de forma presumida em relações sexuais com menores de 14 anos. Todavia, a partir do momento em que há o advento da referida lei supracitada, há, assim, a revogação da presunção da vulnerabilidade em relação aos menores de 14 anos.

Ademais, com o surgimento dessa lei, especificamente o seu artigo 217-A do CP estabelece que deverá ser punido aquele que pratica relações sexuais (conjunção carnal ou atos libidinosos) contra aqueles considerados como pessoas vulneráveis. Para entender essa vulnerabilidade, conforme o artigo referido acima, ocorre de três formas: A primeira, consiste nos menores de catorze anos; a segunda hipótese sobre pessoas portadoras de enfermidade ou deficiência mental, que, devido a essa patologia, não possui o entendimento necessário para discernir quanto à prática do ato como um ato de cunho sexual; por fim, aquele que, em razão de qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Diante do referido anteriormente, este trabalho se restringe à análise da questão da presunção de violência em relação ao menor de 14 anos. Ademais, no que tange a essa vulnerabilidade em relação a esse menor de 14 anos, é a que mais desperta discussões perante a doutrina e a jurisprudência.

Primeiramente, é preciso entender quais as circunstâncias fáticas do caso concreto que levará ao entendimento da doutrina como aquele que seja passível de relativização. Diante

disso, tais fatos, como maturidade da vítima, seu consentimento, sua experiência sexual anterior ou até mesmo sua promiscuidade ou prostituição, bem como também quando há a prática de relações sexuais ou atos libidinosos, fruto de relacionamentos amorosos entre o sujeito e a vítima, que muitas vezes se originam no período da infância e adolescência, vindo a ser o agente mais velho um pouco e, ao completar os seus 18 anos, vem a ser passível de punição.

Diante de todo o exposto, a redação da nova lei, bem como de seu artigo 217-A do CP, com base na sua interpretação, estabelece que deve ser impedida a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos, pois, antes de seu surgimento, tipificava-se o crime de estupro comum, não prevendo o que é hoje, convencionalizado de estupro de vulnerável. O delito de estupro consiste na prática da conjunção carnal contra alguém, mediante grave ameaça ou violência. Diante disso, o código seguiu a mesma linha ao considerar que essa violência (de qualquer modalidade) fosse presumida quando a vítima tivesse idade inferior a 14 anos, ou seja, essa violência, como elementar do estupro, estaria presente independentemente do consentimento do sujeito passivo (menor de 14 anos).

Ademais, ressaltamos que a antiga redação do Código, era de caráter duvidoso, pois implicava uma dupla interpretação da norma: Presunção de violência ao ser absoluta, sendo, portanto, irrelevante prova do possível consentimento da vítima, ou então, que haveria uma presunção relativa, devendo ser, assim, afastada do assentimento da suposta ofendida. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, em 1996,<sup>40</sup> tomou uma decisão bastante polêmica, por meio do Ministro Marco Aurélio ao deliberar que aquela presunção de violência não se sustentava quando houvesse evidências de que a vítima, por vontade livre de vícios, possuísse certo grau de discernimento e quisesse praticar a conjunção carnal. Logo, a decisão afirmava que essa violência ou grave ameaça não eram reais, mas, sim, presumidas de forma relativa, podendo admitir prova em contrário. Todavia, tal decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio, de acordo com o controle de constitucionalidade, tinha um controle difuso, ou seja, o que é aplicado ao caso em processo de julgamento não poderá ser aplicado aos demais. Diante disso, Plínio Gentil, em seu artigo, afirma:

---

<sup>40</sup> BRASIL, 1996, p. 34.535.

A hipotética inconstitucionalidade da lei, ou de sua interpretação mais tradicional, que sustentava a presunção absoluta em casos dessa natureza, não ficava determinada para todos os casos e a lei não havia sido declarada inconstitucional de molde a ser banida do universo jurídico-positivo.<sup>41</sup>

Com o advento da Lei n.º 12.015/09, o legislador pensou na nova redação do tipo legal e a definição autônoma como crime de estupro de vulnerável, ao dizer que: “Ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 anos é crime”, não se discutindo, assim, mais se há a violência ou não na conduta, pois esta na visão do legislador de 2009 passa a ser um elemento indissociável da própria conduta, ou então não é sequer exigida.

Ressaltamos que o legislador pretendeu ser cuidadoso, pois diferentemente do estupro simples, que consistia em: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça à prática da conjunção carnal”, difere da do delito de estupro de vulnerável, ao ser tipificado como ter praticado a conjunção carnal ou o ato libidinoso com o menor de 14 anos. Logo, ao ser feita uma interpretação literal da norma, é sabido que não há possibilidade de considerar uma presunção de violência de forma relativa, pois tal presunção, simplesmente desapareceu da lei, além disso, a eventual flexibilização que alguns (como o Ministro Marco Aurélio) davam ao verbo “constranger” (núcleo do tipo legal do estupro (antes e agora) não mais é viável, pois o núcleo do tipo de estupro de vulnerável é definido pelo verbo “ter”(conjunção carnal, ou praticar ato libidinoso com menor de 14 anos. Todavia, ao fazer uma interpretação sistemática do artigo 217-A, buscando analisar os núcleos do tipo “constranger”, este acaba por implicar a ideia de forçar e obrigar alguém para a prática do ato sexual, o que diferentemente ocorre com o verbo “ter”, acarretando a impossibilidade de admitir uma valoração da vontade do sujeito passivo quanto ao resultado da conduta.

Por ser um tema bastante polêmico e discutido, é oportuno frisar que há duas hipóteses de discussão: A primeira consiste no fato de que o estupro é, como sempre foi, uma violação sexual, ou seja, um ato sexual cometido mediante violência real. Sendo assim, a falta de violência concreta na relação sexual de alguém com quem nisso consinta, afasta inevitavelmente o conteúdo criminoso da conduta, já que lhe falta ofensividade. Enquanto a segunda hipótese é de que o crime de estupro de vulnerável apoia-se em elemento estritamente objetivo, ou seja, somente o fato de o ato sexual ter sido praticado com menor de 14 anos, sem violência ou grave ameaça, mas com o consentimento do parceiro ou da

---

<sup>41</sup> GENTIL, P. A. B. **Estupro de vulnerável consentido**: uma absolvição polêmica. 2012. Disponível em: <[http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012\\_estupro\\_vulneravel.pdf](http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_estupro_vulneravel.pdf)>.

parceira, não tem sequer alguma ofensividade precisa para justificar a incidência de uma norma penal incriminadora.

Ademais, há uma decisão inegavelmente polêmica, ao argumentar que é preciso levar em consideração o comportamento da vítima no que concerne a assuntos que envolvam os crimes sexuais, principalmente no que diz respeito ao acesso à mídia e a informações de programas de entretenimento, que tenham a finalidade de promover a prática do ato sexual. Logo, a norma deve estar ajustada à realidade social. Todavia, há a existência de uma crítica a ser feita, já que a lei expressou taxativamente em seu artigo 217-A que há uma ofensividade jurídica, relevante na relação sexual com o menor de 14 anos, tendo em vista que este não possui um desenvolvimento (biológico ou psicológico) como se adulto fosse para começar precocemente a adentrar a vida sexual, por isso a presunção de violência é absoluta, ou seja, não é cabível mais presumir a violência, independentemente de qualquer consentimento por parte do menor de 14 anos. Sendo assim, essa violência passa a constituir a essência do elemento objetivo do tipo na expressão “menor de 14 anos”, pois nas palavras do Professor Doutor João Virgílio Tagliavini: “A idade de 14 anos é um dado objetivo, estabelecido pela sociedade (legislador) como uma garantia normativa de preservação da infância e da adolescência.”<sup>42</sup>

Quando ocorre um crime contra a dignidade sexual, surge a pretensão punitiva do Estado em punir o agente, devido à reprovabilidade de sua conduta. Diante disso, há a necessidade de se “colher” provas, cujo ônus da prova, conforme o Princípio da Presunção de Violência, cabe à acusação.

Antes do advento da Lei 12.015/09, utilizava-se um tipo de prova para determinado crime. Como no passado, o tipo de estupro estabelecia que deveria existir apenas a conjunção carnal (cópula vagínica); caso o laudo pericial (exame de corpo de delito) indicasse que não houve essa relação sexual, estava descaracterizado o crime e, portanto, extinta a punibilidade do agente. Todavia, no tocante ao extinto artigo 214 do CP, por consistir a presença da prática do ato libidinoso, havia maior dificuldade de se provar, já que para este era necessário que a vítima alegasse o ato (tipo de ato) que sofrera, ou seja, se foi coito anal, sexo oral ou até mesmo o beijo lascivo. Logo, era muito raro o exame de corpo de delito, sendo apenas necessário o uso de provas testemunhais e a palavra das partes.

---

<sup>42</sup> TAGLIAVINI, J. V. apud GENTIL, 2012, p. 4.

Frisamos que, quando houvesse a prática do estupro, envolvendo menores, havia a configuração da presunção de violência, que, como já estudado, era uma presunção absoluta, sendo necessária apenas a configuração do delito com o menor de idade. Porém, há uma ressalva a se fazer, pois no que consiste ao ato sexual, praticado com esses jovens, deveria ser provado que houve de fato a existência desse ato, cuja natureza é sexual.

Após o advento da Lei 12.015/09, ao transformar o crime de estupro de forma mais ampla e complexa, isso também fez com que gerasse um problema, principalmente em relação às provas que se tornaram mais complexas também. Essa dificuldade quanto ao aspecto probatório está relacionado com o fato de que um crime que já era difícil provar (ato libidinoso) foi equiparado a outro, cuja pena tem um grau maior (estupro).

Com fulcro no entendimento acima, a prova do crime de estupro de vulnerável é de difícil obtenção, seguindo, assim, o mesmo caminho e aspectos probatórios do estupro previsto no artigo 213 do CP. Todavia, aqui, o legislador teve a intenção de punir o agente, independentemente de a vítima ter consentido ou não para o ato sexual.

Todas as provas têm a mesma valoração e caberá ao magistrado, conforme o princípio da livre convicção, fundamentá-las bem e analisá-las para, em seguida, chegar a uma conclusão e decisão que seja mais justa e próxima da verdade. Diante disso, vale ressaltar quando da publicação do Código de Processo Penal de 1940, ao afirmar que: “Todas as provas são relativas, nenhuma delas terá *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que a outra.”

O legislador visa proteger a dignidade sexual dos vulneráveis, por serem frágeis e por não terem a força e muito menos o discernimento. Além disso, os menores de 14 anos, pela pouca maturidade, têm maior dificuldade em se defenderem contra um ataque de natureza sexual. Logo, conforme Renato Marcão e Plínio Gentil afirmam que: “Tutela-se, de maneira ampla a dignidade sexual da pessoa vulnerável, e não mais a sua liberdade sexual, na medida em que, estando nessa condição, a vítima é considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter sexual.”<sup>43</sup>

Para a proteção daqueles que estão no rol do artigo 217-A, é preciso que esteja presente a vulnerabilidade. Sendo assim, um elemento de extrema importância, cuja ausência implica a atipicidade do fato.

---

<sup>43</sup> MARCÃO, R.; GENTIL, P. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao título VI do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 187.

No que consiste aos elementos objetivos do tipo, deve ser feita uma análise nos pressupostos que a lei deixou para configurar o delito. Diante disso, a violência ou a grave ameaça não são necessárias para que o fato seja típico. Todavia, caso o agente pratique o ato, isso influenciará quanto à aplicação da pena, conforme o artigo 59 do CP. O objeto material do crime é o menor de 14 anos, crime de forma livre, podendo ser praticado por meio de qualquer meio executório, inclusive a fraude.

Ademais, no tocante à vulnerabilidade, a nova redação não extinguiu as constantes discussões, pois, ainda assim, a interpretação do dispositivo gera um forte e grande conflito entre os doutrinadores, pois mesmo que a expressão “violência presumida” fosse retirada, ainda assim se faz presente no âmbito de nosso ordenamento jurídico. Logo, para alguns doutrinadores, a presunção de violência é absoluta, ficando, dessa forma, afastada a ideia de relativização, mesmo que a vítima tenha consentido ou não para a prática do ato sexual.

Havia a previsão de dois delitos antes do advento da Lei n.º 12.015/09, o delito de estupro, artigo 213 do CP, e o crime de atentado violento ao pudor, previsto no extinto artigo 214 do CP. Porém, no tocante aos vulneráveis, quando algum desses delitos era praticado em face do menor de 14 anos, pessoas alienadas ou débeis mentais, ou ainda por aqueles que não poderiam oferecer a capacidade de resistência, conforme o artigo 224 do CP, (artigo esse, extinto com o advento da lei citada acima), ficava, assim, configurada a presunção de violência, fato esse que, mesmo se o ato não tivesse sido praticado mediante violência, esta estaria presumida em razão da idade da vítima, causando, assim, a origem de vários conflitos.

A Lei n.º 12.015/09 veio com o objetivo de dirimir algumas dúvidas inerentes a esse assunto, ao fazer com que se acabe as discussões acerca da presunção de violência que pairava sobre o artigo 224 do CP, pois o artigo 217-A, ao revogá-lo, trouxe um tipo autônomo para o estupro de vulnerável. Tal mudança fez com que se eliminasse o verbo “constranger”, bem como algumas discussões que eram frequentes ao delito em comento. Como a presunção agora passa a ser absoluta, não é necessária para a configuração do crime a opinião desse menor de 14 anos, já que para todos os efeitos é considerado como pessoa vulnerável, protegida pela lei a todo custo. Todavia, embora a Lei n.º 12.015/09 tenha pacificado essas discussões, esta não se findou, pois há certos casos, por exemplo, que se envolvesse o consentimento do menor de 14 anos, não poderia configurar a ocorrência do presente delito, tendo em vista as circunstâncias atuais da sociedade, não havendo, assim, o que se falar, nem sequer abranger ao declarar que todos os menores de 14 anos são inocentes, ou seja, se não

são inocentes, também não são vulneráveis e vice-versa, implicando um ato atípico, já que não se encontra presente a sua elementar do tipo.

Sendo assim, fica claro que tal posição não deve ser aplicada de forma generalizada, devendo, portanto, ser analisada conforme cada caso em concreto e adequar o fato à norma. Conforme Alessandra Greco e João Daniel Rassi:

A elementar da idade da vítima não é absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14 anos, caso em que sua vulnerabilidade será constatada no caso concreto. No entanto, em se tratando do menor de 12 anos, mantêm a presunção de vulnerabilidade, *jure et jure*, havendo desta forma a tipicidade.<sup>44</sup>

Nesse diapasão, vale ressaltar que o ECA, em seu artigo 2.º, estabelece que criança é aquela de idade até os 12 anos incompletos. Logo, não há como o Código Penal estender a tipicidade do ato aos indivíduos que têm entre os 12 e 14 anos, pois, segundo a lei acima supracitada, eles não são mais considerados como crianças. Isso não quer dizer que eles ficam desprotegidos pela legislação em vigor, pois apenas será a presunção de sua vulnerabilidade considerada de forma relativa. Logo, conclui-se que a opinião de muitos doutrinadores é de que deve reforçar-se a ideia de que o Código não está em conformidade com os dias em que vivemos, pois a mentalidade das crianças e dos adolescentes de hoje não é mais da mesma forma de antes, porque passam hoje a ser tão espertas e precoces, agindo como um adulto formado, devendo, em certos casos concretos, ser tratadas como tal.

Salientamos que o artigo 217-A da Lei n.º 12.015/09 fez com que o debate realizado sobre a presunção de violência, após uma oscilação jurisprudencial no STJ, pudesse ser pacificado ao considerá-la de forma absoluta, mesmo que haja o consentimento do menor de 14 anos, tornando, assim, o consentimento nulo, por considerar livremente que, de acordo com essa faixa etária, não existe amadurecimento suficiente, seja ele no âmbito físico, seja mental. Todavia, a partir do momento em que o termo “vulnerabilidade” passou a adquirir maior força normativa, ao extinguir a presunção de violência, fez com que o legislador se voltasse para o entendimento do “mais favorecido”, ou seja, aquele que, por alguma razão, não possui condições semelhantes a um adulto.

É válido destacar que há divergência quanto à presunção de violência e suas formas. Na visão da teoria absoluta, ela não admitiria prova em contrário, bastando apenas que o menor tivesse idade inferior aos 14 anos. Já a teoria relativa, afirma que se for admitida prova

---

<sup>44</sup> GRECO; RASSI, 2011, p. 115-116.



em contrário, a vida pregressa desse menor excluiria a presunção. Na teoria mista, a presunção absoluta estaria focada nos casos que envolvessem menores de 12 a 14 anos, bem como situações excepcionais. Por fim, a teoria constitucionalista, a qual afirma que no Direito moderno, o Direito Penal é o da culpa, ou seja, estão fora de “jogo”, a responsabilidade objetiva, sendo assim considerada inconstitucional a norma que não estiver de acordo com a responsabilidade subjetiva, já que é esta o fator determinante para a devida sanção penal. Contudo, a doutrina majoritária afirma que não é possível considerar essa presunção de violência, visto que ela não leva a uma veracidade criminal, ou seja, estaria fora do alcance da realidade verdadeira dos fatos.

Na década dos anos 1980, os tribunais superiores iniciaram a discussão perante essa presunção de violência, presente no artigo 224 do Código Penal, ao passar a compreendê-la como de forma relativa, ao alegar que a sociedade entre o fim do século XX e início do XXI, alterou bastante, sendo irrelevante a mesma proteção dos menores de 14 anos, ainda em conformidade com o Código de 1940.

Conforme referido acima, havia um choque entre doutrina e jurisprudência, nesse mesmo aspecto, pois se indagava acerca da natureza da presunção, ou seja, se esta era relativa (conforme o caso concreto) ou se é absoluta, não sendo assim questionada essa natureza, já que é absoluta e pronto.

Ressaltamos que o extinto artigo 224 do CP ocultava o fato de que se tinha o objetivo de defender os menores e punir os que tinham vontade sexual com crianças ou adolescentes em desenvolvimento. Segundo Noronha, a presunção de violência absoluta: “É inadmissível, porque se puníssemos sempre o agente que tivesse contato carnal com um menor, estaríamos consagrando a responsabilidade objetiva, o que é repudiado pela nossa lei.”<sup>45</sup>

Ademais, antes da Lei n.º 12.015/09, a maior parte da doutrina aplicava um valor relativo à presunção. Contudo, para findar a presente discussão, foi tipificado o delito de estupro de vulnerável em nosso ordenamento, com a finalidade de proteger a vítima que fosse indefesa na prática do ato sexual e libidinoso. Todavia, há um forte debate a respeito de que a concepção de vulnerável fora mantida pelo legislador no crime de estupro, bem como a lei ao analisar os casos de presunção da violência, demonstrando, assim, uma vulnerabilidade relativa.

---

<sup>45</sup> NORONHA, 1995, v. 3, p. 245.

No que tange ao delito de estupro de vulnerável, quanto à tipicidade penal, o magistrado deverá resguardar e analisar se o fato típico influenciou o valor do bem jurídico defendido pela lei. Além disso, como as leis no Direito Penal deverão ser valoradas, e a ofensividade é um requisito necessário para se conceituar o presente delito, caso não haja um fato que puna e ofende o bem jurídico, não deverá ter um resultado jurídico, tornando-se assim o fato atípico e impunível.

É oportuno frisar que há algumas medidas excepcionais em que é admitida a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade sexual do menor de 14 anos; a exemplo disso, houve um caso concreto que aconteceu entre um jovem, solteiro de 25 anos, e uma menor de 14 anos, que tiveram um relacionamento amoroso.

Em contrapartida, conforme referido acima, a jurisprudência do STJ, que antes do advento da Lei n.º 12.015/09 era absoluta, a presunção de violência no crime de estupro e no de atentado violento ao pudor, caso a vítima tivesse menos de 14 anos, independentemente se houvesse consentido ou não o ato. O caso em questão, ocorrido no dia 13 de julho de 2010, no estado do Piauí, discorria sobre o fato de a vítima ter afirmado que tinha começado a namorar o acusado desde os seus 8 ou 9 anos de idade, e somente aos 11 anos de idade, teve sua primeira relação sexual com o indiciado. Ela, em seu depoimento, afirmava sempre que gostava dele; que sempre foi de acordo com sua livre vontade; nunca houvera sofrido pressão por parte dele, sempre foi apaixonada por ele. Além disso, a vítima afirmava que o rapaz sempre ia à sua casa, pois obteve confiança por parte de seus familiares e ele sempre foi simpático. Além disso, sempre conversava com ela e isso fez com que ela passasse a gostar dele, já que tinha grande confiança de sua família, pois em alguns dias ele dormira em sua residência.

Diante disso, surgiram boatos de que eles estavam namorando e o dela, ao saber disso, não ficara nada satisfeito. Logo, por mais que o suposto acusado tenha adquirido no início a confiança da família da menor, a partir do momento em que o pai e seus familiares passaram a desconfiar dessa relação amorosa, não tinham gostado e não aprovaram tal namoro. Mesmo assim, a vítima e o sujeito mantiveram uma relação amorosa escondida, pois estava muito apaixonada por ele e escutava dele certas promessas, tais como a de casamento quando ela chegasse à maioridade. Além disso, começou a namorar o acusado ainda quando tinha uns 9 anos de idade, que foi na época em que seus pais estavam separados, há aproximadamente uns 4 anos de idade, pois escutava de sua genitora que se namorasse com ele, este lhe

proporcionaria uma vida boa. É sabido que a menor tivera relação sexual somente a partir dos 11 anos de idade e nunca sofrera pressão psicológica da parte dele para praticar o ato sexual.

Ressaltamos que a menor, quando estivera brigada com o namorado, namorara outro rapaz, mas não tinha tido experiência sexual com ele. Fica caracterizado que a menor tinha pleno conhecimento da diferença de idade, assim como o indiciado; a vítima tinha total discernimento acerca dos fatos e de sua manifestação da vontade. Diante disso, o entendimento do Ministro Nilson Naves, foi que “a vulnerabilidade, inserida no ordenamento jurídico, após a vigência da Lei 12.015/09, deverá ser aferida em cada caso, não se levando em consideração apenas o critério etário”.<sup>46</sup>

Diante dessas circunstâncias, pois se trata de um caso excepcional, é que se tem um entendimento contrário ao que se é estabelecido pela lei referida anteriormente, pois não há como afirmar, de forma absoluta, que uma pessoa menor de 14 anos seja absolutamente vulnerável e não tenha de forma absoluta a mínima noção do que seja uma relação sexual, a ponto de ser incapaz de manifestar a sua vontade e de consentir para a prática do ato, pois houve o entendimento de que a vítima gozava de plena ciência, uma vez que ela consentiu de maneira válida e exprimindo a sua vontade para a prática do ato sexual.

Ademais, embora tivesse um relacionamento escondido, conforme a declaração dos seus pais, existia um relacionamento afetivo, e não apenas relações sexuais entre o acusado e a vítima. Além disso, há, de forma indireta, o consentimento dos pais caso se concretize, de fato, a união de ambas as partes, já que afirmaram que a vítima tinha plena consciência de seus atos, inclusive de seu consentimento, pois nutria por ele um grande sentimento, ou seja, nas palavras dela: “Fui eu que comecei a dar em cima dele.” “Estava apaixonada por ele.” Logo, diante desses fatos, a menor, ao declarar em seu interrogatório que sempre o amara e gostava muito dele, há o entendimento de que ela tinha um grau de discernimento, bem como do consentimento para a relação sexual. Portanto, fica afastada a presunção de violência em espécie, excluindo a tipicidade do delito, absolvendo, assim, o acusado da prática do delito de estupro de vulnerável contra menor de 14 anos.

Por se tratar de um caso excepcional, o entendimento doutrinário foi contra o entendimento trazido pelo artigo 217-A, pelo qual é irrelevante o consentimento da vítima menor de 14 anos, já que nessa idade não há uma plena capacidade de manifestação. Logo,

---

<sup>46</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 480.881-PI (2014/0207538-0). Relator: Ministro Nilson Naves. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 14 abr., 2010.

para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo acima, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, pois o consentimento da vítima, sua experiência sexual anterior ou ainda a existência de um relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. Todavia, fazendo uma análise comparativa, o tribunal se convenceu, pois o indiciado, ao recorrer, entendeu que no caso a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, pois possuía plena capacidade de discernimento e manifestação de sua vontade, uma vez que foi considerada como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade.

Diante disso, vale frisar que a conduta do réu fora justificada pelo grau de discernimento da vítima acerca dos fatos e do seu consentimento, e ao analisar a conduta do réu, este começou primeiramente o namoro com abraços e beijos, ou seja, não era apenas uma relação de natureza sexual, e sim um relacionamento dotado de sentimento, ou seja, conforme o princípio da afetividade, havia o afeto entre eles, e não um simples caso de cunho sexual.

Em contrapartida, fazendo-se uma “análise temporal”, no início de 1940, o STF entendeu que a presunção de violência era de forma absoluta. Todavia, com a decisão do Ministro Marco Aurélio, o mesmo órgão entendeu que deveria ser relativizada essa presunção de violência. Enquanto ao introduzir no sistema penal, inovando-o por meio do surgimento da Lei n.º 12.015/09, fez com que se inserisse no ordenamento jurídico o conceito de vulnerabilidade, bem como tipificando em seu artigo 217-A, que estabelece quem serão aqueles que deverão ser considerados como indivíduos vulneráveis; e diante do menor de 14 anos, o STF, entendeu que deverá ser absoluta essa vulnerabilidade, ou seja, que todo menor de 14 anos não tem discernimento ou capacidade de entender que aquele ato é de natureza sexual.

Conforme o referido anteriormente, é sabido que, a partir do momento em que há uma evolução moral dos costumes sociais e maior acesso à informação proporcionado pela modernidade, não podem ser deixados de fora da proteção a criança e o adolescente, cujo desenvolvimento e a maturidade ainda se encontram incompletos. Desse modo, a criança ou o adolescente por não apresentar ainda uma estrutura emocional, com o grau de conhecimento físico, psicológico, biológico e social ainda em desenvolvimento, caso haja a iniciação sexual precoce, pela imaturidade, qualquer que seja o risco assumido por ela ou ele, futuramente repercutirá quando adulto, apresentando cicatrizes físicas e psíquicas.

O STF pacificou o entendimento quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de 14 anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei n.º 12.015/09, ao passo que não era possível a relativização de violência presumida.

Diante disso, a jurisprudência majoritária do STF, a partir do momento em que se reafirma o caráter absoluto da presunção de violência, no delito de estupro de vulnerável contra vítima menor de 14 anos, diz seria de total irrelevância o consentimento da vítima, já que se presumia de forma absoluta que ela não gozava de plena capacidade para discernir um ato de cunho sexual. Fazendo uma comparação com o referido acima, mesmo com o surgimento da Lei n.º 12.015/09, entende-se que esse menor de 14 anos também não possui a capacidade e o grau de entendimento do ato como de natureza sexual, sendo assim, ao adotar o critério de vulnerabilidade, ainda assim, o STF, entendeu que deverá ser absoluta essa vulnerabilidade, tendo em vista que essa criança ou esse adolescente não tem sequer nenhum tipo de maturidade para a vida sexual.

Todavia, faz-se presente uma forte discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da possibilidade de se relativizar a vulnerabilidade do menor de 14 anos, tendo em vista que se faz necessário acompanhar as modificações sociais na égide de influências principalmente da internet, fazendo com que sejam mais abrangentes assuntos relacionados com o sexo, com maior liberdade para esse assunto. O que antes era exatamente o contrário, um verdadeiro tabu para a sociedade, hoje se torna cada vez mais frequente esse tipo de assunto, fazendo com que os jovens nos dias de hoje atinjam e adquiram a maturidade para a vida sexual mais precoce.

#### **4.2 O estudo sobre a natureza da vulnerabilidade e como esta é tratada na legislação jurídico-penal**

Com o advento da Lei n.º 12.015/09, surgiram inúmeras discussões, pois se antes o Estado passava a tutelar os costumes sociais, no momento em que a sociedade vai modificando-se, e mudando certos conceitos para determinados assuntos, o direito acaba por sofrer também essas modificações. Diante disso, tutela-se agora a dignidade sexual do indivíduo, e não mais os costumes ou a sua liberdade.

Baseado no que foi referido, é sabido que, ao se introduzir no ordenamento jurídico a Lei n.º 12.015/09, ela provocou intensas alterações no Direito Penal, entre elas, a de maior polêmica, a discussão sobre a natureza da vulnerabilidade. Todavia, para entendermos melhor

isso, é preciso saber que foi esse pressuposto, da vulnerabilidade, que se introduziu o conceito de estupro de vulnerável, ou seja, a partir do momento em que se insere em nosso ordenamento o conceito de vulnerabilidade, tem-se e é estabelecido o conceito de estupro de vulnerável, conforme tipificado no artigo 217-A, em que o Código Penal estabelece o conceito e as condições de um indivíduo que se encontra no estado vulnerável e, dessa forma, faz-se necessário a sua proteção pela legislação vigente.

Com fulcro no entendimento supracitado, a pessoa considerada como vulnerável, em se tratando do critério etário, conforme o artigo 217-A do CP, é aquela menor de 14 anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o discernimento necessário para a prática do ato sexual ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Diante disso, deve-se frisar que o legislador apenas estipulou as antigas hipóteses que a lei considerava casos de presunção de violência, onde se presume a violência, nos casos em que a vítima não é maior de 14 anos; é alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância ou que ainda não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Para entendermos melhor a vulnerabilidade, bem como o sujeito considerado como alguém vulnerável, primeiramente devemos partir do pressuposto de que a doutrina majoritária, antes da entrada da lei em vigor, a Lei n.º 12.015/09, admitia que a presunção de violência era considerada de forma relativa, ou seja, a maioria dos doutrinadores a considerava como aquela de maneira relativa, e não absoluta. Todavia, após o advento dessa lei, o entendimento mostra-se contrário ao que fora estabelecido, portanto, passa-se a considerá-la como aquela que deve ser absoluta.

Este trabalho tem como escopo analisar a relevância social dos indivíduos vulneráveis e pelo fato de que se tutela e resguarda essas pessoas, pois aos olhos do legislador, eles merecem maior atenção, principalmente do Estado.

Segundo o princípio da adequação social, o ato formalmente típico deve amoldar-se à realidade social, portanto, adequar-se a ela, devendo assim ser avaliado o possível dano. Diante disso, o tipo penal em questão quanto à tipificação da conduta encontra-se em atrito com a realidade presente no país, tendo em vista o comportamento dos jovens na sociedade que, diferentemente da geração de antigamente, estão começando sua vida sexual cada vez mais cedo, tornando-se, assim, um costume que acaba por alterar certo padrão e valor social. Logo, é de grande importância não se fazer inerte ao fato de que há transformações com relação à atitude dos jovens nas relações sexuais; com isso, deve-se examinar o dano causado

ao bem jurídico tutelado, bem como de também analisar a relevância do consentimento desse menor de 14 anos para consentir a prática do ato sexual.

O legislador não pode antecipar que todas as hipóteses em que a pessoa ofendida está envolvida possam permitir a prática do ato sexual, pois é dever do juiz analisar o conteúdo normativo, examinando com razoabilidade a tipicidade material e em conformidade com as transformações sociais, devendo, assim, adotar uma postura flexível e de compromisso com a realidade social e a justiça. Logo, com base no ECA, há a possibilidade de se afastar a tipicidade da norma penal do crime ao estabelecer que há a distinção entre criança e adolescente, pois criança é aquela que é considerada até os 12 anos incompletos enquanto adolescente seria entre os 12 e 18 anos. Portanto, tal sistema estabelece essas idades para terem a competência suficiente de possuir bom senso e de expressar suas devidas opiniões. Conforme o entendimento acima, a melhor idade que se encaixaria na norma, ao estabelecer que deverá ser absoluta a vulnerabilidade do menor, seria a idade de 12 anos.

Primeiramente, para se constatar que a conduta do agente é compatível e adequada aos parâmetros sociais, é preciso averiguar os costumes daquela população específica, ou seja, de se apurar naquela comunidade o entendimento quanto à autodeterminação sexual da vítima. Diante disso, uma pesquisa feita pela Unesco,<sup>47</sup> pesquisou a idade certa para se iniciar a vida sexual (primeira relação) e em 2004, conforme a pesquisa *Juventudes e sexualidade*, foram ouvidos jovens de diversas cidades, inclusive em Recife, e ficou demonstrado que, para o sexo masculino, a média de variação de idade é menor em comparação com o feminino, começando a iniciar sua vida sexual muito mais cedo que elas, entre a idade de 10 e 14 anos. Diante disso, este estudo ainda evidenciou que essa sexualidade prematura relaciona-se com diversos fatores, por exemplo, maior liberdade dada aos jovens, crises familiares, maior insinuação sexual presente na cultura brasileira principalmente e músicas apelativas à prática do sexo e de programas de entretenimento que acabam por promover tal prática. Além disso, ainda se constatou que há uma forte pressão social, especialmente pela ideia de masculinidade para que esses jovens possam dar início cada vez mais cedo à vida sexual.

Ademais, partindo-se do preceito constitucional de que a Constituição, em seu artigo 226, afirma que a família é a base social e possui uma proteção única, devendo ser, portanto,

---

<sup>47</sup> ABRAMOVAY, M.; CASTRO, M. G.; SILVA, L. B. **Juventudes e sexualidade**. Brasília: Unesco Brasil, 2004. Disponível em: <[bhttp://unesdoc.unesco.org/images/0013/001339/133977por.pdf](http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001339/133977por.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2017.

protegida pelo Estado, é possível interpretar que, independentemente do fato de que a vítima seja menor de 14 anos, se existe um relacionamento estável (independentemente do casamento), com autorização familiar, o Estado não poderá acabar com essa harmonia familiar, pois estaria agindo contrário à sua função de garantir esse bem-estar. Sendo assim, em ocasiões como essa, o emprego absoluto do artigo 217-A, seria considerado inconstitucional e acarretaria negativas sociais, por exemplo, a supressão de registros da paternidade, devido à oposição dos pais em “assumirem” o cometimento do crime.

Não se pode deixar de lado que, de uns anos para cá, o mundo tem vivenciado vários acontecimentos que transformaram a vida em sociedade, como guerras, avanço tecnológico e, é claro, a liberdade sexual, que não poderia ser deixada de fora. Logo, tais mudanças acabaram por afetar a maneira dos jovens verem esse mundo, alterando seu comportamento, pensamentos, os valores, etc. Diante disso, certos tabus impostos pela sociedade caíram, tal qual era o sexo, trazendo, assim, um diálogo mais aberto e tratado com maior e mais ampla liberdade. Embora ainda exista uma parcela de pessoas que ainda consideram o sexo como um verdadeiro tabu, não se pode negar que esse é um assunto que está cada vez mais presente em nosso cotidiano.

É oportuno frisar que o assunto sobre sexo mudou em razão da mudança de visão das pessoas em relação a esse tema, principalmente com os avanços tecnológicos, em especial a internet, que facilitou o debate familiar, pois os pais passaram, obrigatoriamente, a ter diálogo com os filhos, visando orientá-los para prevenir certas negativas, por exemplo, uma gravidez indesejada e também certas doenças como sífilis, gonorreia e a de grande mal social, a aids. Além dos pais, tal debate faz-se presente também nas escolas, pois o assunto passou a se tornar mais aberto, com o objetivo de orientar para uma vida sexual segura e sadia, pois tal prática sexual não deverá ser aquela iniciada irresponsavelmente, pois poderá acarretar certas consequências gravosas e maléficas ao indivíduo.

Com fulcro no entendimento anterior, nos dias atuais, não se pode mais afirmar que uma pessoa, no período que corresponde à pré-adolescência, continue sendo tratada como nos anos 1940. Logo, o sexo, na atualidade, deixou de ser o tema preconceituoso e até “imoral” de antigamente, para situar-se em uma posição de grande destaque da família, em que é discutido livremente e até mesmo nas escolas, ao adquirir o status de matriz curricular, bem como nos meios de comunicação de massa ao se transformar em um assunto extremamente corriqueiro.

Os jovens não se preocupam com os tabus, como antigamente, por exemplo, a virgindade, assunto que antes era de um valor supremo, pois a mulher, antes do casamento,



deveria resguardar-se ao máximo, tendo sua primeira relação sexual com o marido. Ademais, em virtude disso, ressalta-se que as mulheres eram prometidas, conforme acordo entre famílias, e casavam-se muito mais cedo naquela época, pois o casamento era, na realidade, um meio político utilizado para garantir valores estatais, sejam eles políticos, sejam econômicos, além de ter o importante papel de assegurar o caráter reprodutivo.

Por mais que hoje se saiba que as relações sexuais estão começando mais cedo em relação às gerações passadas, salientamos que o ato sexual deixou de ter o caráter meramente reprodutivo, pois há um acesso maior e mais fácil a métodos contraceptivos ou até mesmo à pílula do dia seguinte, evitando, assim, riscos com relação a doenças ou até mesmo a gravidez indesejada, trazendo uma liberdade sexual que antes a mulher não tinha.

Todo o debate quanto à presunção de violência dos menores de 14 anos tem a característica de adequar a lei penal ao quadro social. Todavia, o legislador, ao conferir maior rigor, ao incluir na nova redação o artigo 217-A (o delito de estupro de vulnerável), fez com que se desvinculasse desse parâmetro social, já que a vítima passa a ser um elemento típico da conduta. Logo, não há como negar que o legislador, ao pretender isso, foi muito cuidadoso, diferenciando-se da redação do artigo 213 do CP. Diante disso, fica claro que, segundo Plínio Gentil,<sup>48</sup> a norma, no que tange à presunção de violência, não respeitou, fez-se indiferente à realidade social, fazendo com que não fossem extintas por completo as presentes discussões sobre o referido tema, pois o legislador não se ateve a averiguar a compatibilidade da norma penal com a realidade social vigente da prática dos atos sexuais e a liberdade do menor de se autodeterminar sexualmente.

O jovem que tem consciência moral do ato sexual não deve ter retirado seu direito de exercer a sua sexualidade só pelo fato de que ainda não tem a idade determinada pelo legislador como aquela que é “ideal” para dar início a uma vida sexual, ferindo, assim, o direito constitucional de liberdade. Logo, se o jovem não está em situação de abuso, exploração e/ou violência sexual, não se pode aplicar o artigo 227, parágrafo 4.º da Constituição, e os artigos 4.º e 5.º do ECA, pois nem sempre o jovem menor de 14 anos que exerce a sua liberdade sexual encontra-se nessa situação de vulnerabilidade.

Com base no entendimento acima, tal sexualidade não precisa ser penalmente sempre uma conduta reprovada, mas, sim, evitada de outras formas, por exemplo, por meio da orientação, pois não é dever da norma penal impedir que o jovem se descubra e se reafirme

---

<sup>48</sup> GENTIL, 2012, p. 3.

socialmente como pessoa, mas deve punir severamente aqueles que abusam sexualmente desse menor de 14 anos. Logo, é muito importante que seja levada em consideração a autodeterminação do menor, e isso seja analisado conforme cada caso.

Há de se afirmar que, com relação à vulnerabilidade, de forma absoluta, esta se encontra estritamente correlacionada com os princípios que, na realidade, são o verdadeiro alicerce normativo, pois não proíbem, permitem ou exigem algo. Sendo, portanto, o “Tudo ou Nada”. Vale destacar que violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma. Logo, deve ser de fundamental utilidade social.

Diante do exposto, ao considerar que o entendimento da norma deve ser sempre absoluto em relação ao estupro de vulnerável, subentende-se que não é admissível prova em contrário, ocasionando, assim, na “culpabilidade antecipada” do acusado. Um princípio de suma importância, tal qual é o princípio da presunção de inocência, é ofendido pela vulnerabilidade absoluta, tendo em vista que este se encontra presente em qualquer cidadão, contudo esse estado de inocência ficará afastado quando comprovado que cometeu o crime.

Outros princípios que também são ofendidos pela vulnerabilidade absoluta são o do contraditório e o da ampla defesa, presentes no artigo 5.º, LV tendo em vista que esse entendimento afeta a demonstração da inocência do acusado, ao levar em consideração que a realidade pode ser diferente da presumida pelo autor. Além disso, o princípio da presunção de inocência, ao restringir o poder de punir do Estado, violando assim, o princípio da intervenção mínima, faz com que esse Estado atue na defesa dos bens jurídicos íntimos e relativos, como é o caso da autodeterminação sexual.

Em oportuno a importância desses princípios no âmbito da legislação jurídico-penal, cabe destacar que esses princípios não são apenas importantes para o Direito Penal, mas para todo o sistema jurídico brasileiro, com o objetivo de preservar o Estado democrático de direito.

Diante do contexto social em que vivemos, é inconcebível afirmar que um jovem com idade inferior a 14 anos seja totalmente vulnerável, ou ainda que não tenha sequer a noção do que é de fato uma relação sexual. Como já referido, o legislador, ao pretender uma punição mais severa para quem tenha praticado conjunção carnal ou atos libidinosos com menores de 14 anos, procura fazer isso tendo em vista diversos casos de pedofilia que surgem no nosso cotidiano. Todavia, o mesmo legislador não previu que, ao admitir o caráter absoluto dessa vulnerabilidade, implicou diversas consequências gravosas para o ordenamento jurídico,

principalmente pelo fato de que este não se baseia na realidade penal do Direito Penal brasileiro.

No que consiste à responsabilidade penal no ordenamento jurídico brasileiro, é adotada a responsabilidade subjetiva. Logo, não há como considerar o caráter absoluto dessa vulnerabilidade, isso porque a vulnerabilidade absoluta ignora qualquer tipo de discussão acerca da culpa e do dolo do agente, considerando desde o primeiro momento culpado o agente que tenha mantido relações sexuais com o menor. Diante disso, chega-se à conclusão de que é mais lógico e sensato considerar essa vulnerabilidade do agente de forma relativa, pois, do contrário, estaria sendo prejudicada a defesa do suposto acusado. Ademais, essa relativização evita violação a respeito dos princípios que norteiam a Constituição 1988, como referido acima. É cabível ressaltar que a relativização seria apenas uma exceção à regra. Sendo assim, a figura do estupro de vulnerável não fugiria de sua finalidade primordial ao assegurar a proteção da criança e do adolescente contra casos que envolvam pedofilia e aproveitadores de modo geral, como também estaria em conformidade com os valores sociais da época, implicando, dessa forma, a garantia à não violação desses princípios, assegurando o bem-estar e a harmonia do nosso ordenamento jurídico.

## 5 CONCLUSÃO

Com base neste estudo, é possível que uma pessoa com a idade de 18 anos possa apaixonar-se por uma pessoa de 13 anos e vice-versa. Isso ocorre porque as meninas se desenvolvem muito mais cedo do que os meninos, tanto de acordo com o aspecto mental quanto pelo aspecto físico. Diante disso, por amadurecerem mais cedo, elas normalmente procuram e acabam relacionando-se com homens mais velhos. Por esse motivo, é notória a possibilidade de ocorrer uma paixão envolvendo uma pessoa que seja considerada vulnerável pela legislação com outra de idade mais avançada, maior de 18 anos.

Ressaltamos que, neste trabalho, buscando analisar a respeito de um tema bastante atual e de suma importância, primeiramente foi preciso fazer uma análise cronológica quanto ao delito em comento, bem como de seus bens jurídicos modificados ao longo dessas transformações sociais, em especial com o advento da Lei n.º 12.015/09 ao “inovar” o Direito Penal, a partir do momento em que é tipificado o artigo 217-A, o delito de estupro de vulnerável e a ideia de vulnerabilidade.

Diante de todo o exposto, no capítulo 2, abordamos sobre o delito de estupro, seu histórico, bem como a análise cronológica do bem jurídico, que, antes, no antigo delito de estupro, se tutelavam os costumes sociais de antigamente já que, naquela época, as mulheres não gozavam de direito algum, servindo apenas para cuidar do lar e do marido, pois havia um grande empoderamento do homem sobre a mulher, fruto de um forte patriarcalismo. Ante esse diapasão, salientamos que, diante disso, foram feitas algumas modificações na lei, pois, diferentemente da antiga redação, poderá ser sujeito ativo do delito de estupro qualquer pessoa, tanto homem quanto mulher, até mesmo entre marido e mulher ou vice-versa, devido à extinção da obrigação conjugal da prática de atos sexuais.

No capítulo 3, tratamos acerca das generalidades do estupro de vulnerável, que, ao visar a mudança da antiga redação, devido às mudanças e transformações sociais, fizeram com que fosse preciso tutelar outro bem jurídico, o da liberdade sexual da mulher, pois ela passou a ganhar certa independência, não precisando mais ser vista como aquela que só era capaz de cuidar do lar, da família, do marido, ou seja, por meio dessa mudança de paradigma que fez com que o Direito Penal tutelasse não mais os costumes sociais, haja vista que, comparados cronologicamente, eram arcaicos. Logo, com o surgimento de um tipo autônomo, há uma presunção de lesão ao bem jurídico pela especial posição de vulnerabilidade. Todavia, foi o advento da Lei n.º 12.015/09 que possibilitou essa “inovação penal”, pois nosso

ordenamento jurídico, com o intuito de exaurir as lacunas existentes, além de sofrer influência dos direitos de garantia da Constituição 1988, fez com que não fosse mais necessário tutelar essa liberdade, mas sim a dignidade do indivíduo, em especial a sua dignidade sexual. Diante disso, é sabido que não há mais a violência presumida, mas uma presunção de lesão ao bem jurídico, liberdade sexual pela condição especialmente vulnerável que a vítima tem.

Por fim, no capítulo 4, discorreremos sobre a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade do menor de 14 anos, já que, ainda assim, a Lei n.º 12.015/09, ao adotar o termo vulnerabilidade no lugar da antiga presunção de violência, do artigo 224 do Código Penal, não foi capaz o suficiente para exaurir as lacunas advindas do Judiciário. Diante disso, é necessário fazer uma análise dessa vulnerabilidade a partir do momento em que é feita uma distinção entre a presunção absoluta ao afirmar, indiscutivelmente, que a vítima é vulnerável e ponto final. Enquanto a presunção relativa afirma que a vítima pode ou não ser considerada vulnerável, devendo constatar-se essa vulnerabilidade casuisticamente, devendo, assim, ser comprovada.

Por mais que a Lei n.º 12.015/09 deixe claro que é proibido o envolvimento entre um menor de 14 anos com alguém de 18 anos, por ser considerado como um delito de estupro de vulnerável, isso acaba por contrariar as relações presentes na sociedade, pois se torna cada vez mais frequente e comum o início de um relacionamento entre pessoas mais velhas com mais novas. Logo, com base nesse escopo, chega-se à conclusão de que, se estiver diante de um caso e verificada a existência de uma relação amorosa, dotada de sentimento afetivo muito forte, como um namoro, ou até um casamento, conforme o entendimento da doutrina ou da jurisprudência, estas entendem que deve haver a possibilidade de ser relativizada essa vulnerabilidade, pois há a presença de um afeto (relação afetiva).

Além disso, se esse indivíduo menor de 14 anos demonstrar capacidade de entender a situação, por já ter um desenvolvimento psíquico adequado, o consentimento para a prática do ato sexual deve ser considerado como válido, pois se há uma relação afetiva, um namoro, é claro que haverá a prática de conjunção carnal, ou, então, do ato libidinoso de forma consentida, já que são namorados, e é normal um casal de namorados ter sua vida sexual ativa.

O melhor conceito de vulnerabilidade estaria inserido na possibilidade de ser relativizado, para poder atender às peculiaridades do caso concreto. Com base no que foi referido acima, chega-se à conclusão de que a melhor forma para exaurir as lacunas que ainda “beiram” nosso ordenamento jurídico seria analisar melhor esse conceito, pois há certos

casos, por exemplo, o namoro entre os jovens, que, de acordo com o princípio da afetividade, torna-o relativizado. Logo, com base no entendimento acima, para que essa vulnerabilidade esteja em conformidade com o constante processo de mutação social, é preciso, que seja analisada conforme o caso concreto, portanto, relativizada.

## 6 REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, M.; CASTRO, M. G.; SILVA, L. B. **Juventudes e sexualidade**. Brasília: Unesco Brasil, 2004. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001339/133977por.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte especial. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Código penal. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Entrada em vigor no dia 1.º de janeiro de 1942. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 1.ª Turma. Habeas corpus n.º 73.662-MG. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Julgado em: 21 de maio de 1996. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Judiciário, 20 set. 1996, p. 34.535.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 12.015/09, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei n.º 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 ago. 2009, p. 1.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 480.881-PI (2014/0207538-0). Relator: Ministro Nilson Naves. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 14 abr., 2010.

COUTO, Cleber. Estupro de vulnerável menor de 14 anos: presunção absoluta ou relativa? **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41151>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

DIOTTO, N.; SOUTO, R. B. Aspectos históricos e legais sobre a cultura do estupro no Brasil. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 13., 2016, Santa Cruz do Sul, RS. **Anais...** Santa Cruz do Sul: Unisc, 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. São Paulo: Bushatsky, 1958. v. 2.

GENTIL, P. A. B. **Estupro de vulnerável consentido**: uma absolvição polêmica. 2012. Disponível em: <[http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012\\_estupro\\_vulneravel.pdf](http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_estupro_vulneravel.pdf)>.

GRECO, A. O. P.; RASSI, J. D. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO, R. **Curso de direito penal**: parte especial. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. 3.

HUNGRIA, N.; LACERDA, R. C. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. v. 8.

- HUNGRIA, N.; LACERDA, R. C.; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 8.
- JESUS, D. E. **Direito penal**: parte especial. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.
- LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido e comentado por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899. t. 2.
- MARCÃO, R.; GENTIL, P. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao título VI do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 187.
- MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2.
- MUÑOZ CONDE, F. **Derecho penal**: parte especial. 10. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- NORONHA, E. M. **Direito penal**. 23. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.
- OLIVEIRA, G. M.; RODRIGUES, T. M. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2011. n. p. Grifo das autoras. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9553](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553)>. Acesso em: 26 ago. 2017.
- PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.
- SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1992. v. 3.