



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS**

**CURSO DE DIREITO**

**ROBERTA ALVES COELHO**

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL MENOR DE 14 ANOS:  
Aspectos Relevantes na Sociedade Moderna**

**Juiz de Fora - MG**

**2015**

**ROBERTA ALVES COELHO**

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL MENOR DE 14 ANOS:  
Aspectos Relevantes na Sociedade Moderna**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da UNIPAC Universidade Presidente Antônio Carlos – Campus Juiz de Fora, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.



**Orientador:** Prof. Hermes Machado da Fonseca

**JUIZ DE FORA - MG  
2015**

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

ROBERTO ALVES SOELHO

Aluno

ESTUDO DE VULNERÁVEL MENOR DE 14 ANOS:  
ASPECTOS RELEVANTES NA SOCIEDADE MODERNA

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

[Assinatura]

[Assinatura]

[Assinatura]

Aprovada em 04/12/2015.

À minha mãe, exemplo de garra e determinação.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, o que seria de mim sem a fé que eu tenho nele.

Agradeço à minha querida mãe, pelo apoio de sempre;

Aos meus irmãos, pelo incentivo.

Ao meu orientador, Hermes, sem o qual a realização deste trabalho não seria possível.

Obrigada pela paciência e compreensão.

Ao meu namorado, pelo apoio.

A todos,

Obrigada!

O direito penal é a fortaleza e os canhões dos  
demais direitos

Alfonso de Castro

## RESUMO

O presente estudo visa analisar o instituto dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, com especial ênfase na inovação legislativa trazida pela Lei 12.015/2009 que criou o tipo penal Estupro de Vulnerável, insculpido no art. 217-A do Código Penal Brasileiro. Para tanto, inicia-se um estudo acerca do desenvolvimento histórico dos mecanismos jurídicos de tutela à liberdade sexual no Brasil e o mundo. Diante dos anseios da sociedade pela penalização à pedofilia, a responsabilização, num primeiro momento, é medida que se impõe. Noutro diapasão, evolução dos costumes, hábitos sociais e amplo acesso à informação pela mídia áudio-visual, meios eletrônicos e educação sexual nas escolas coadunam para uma iniciação sexual cada vez mais precoce na sociedade brasileira. O presente estudo visa traçar um paralelo entre dados empíricos e o conceito absoluto construído pela Lei 12.015/2009, onde o despreparo e imaturidade dos menores de 14 anos afastam qualquer dilação jurídica apta a afastar a vulnerabilidade do sujeito passivo do tipo penal, bem como sua controversa posição doutrinária e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Crimes Contra a Dignidade Sexual. Estupro de Vulnerável. Autodeterminação Sexual.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO.....</b>	<b>10</b>
<b>2.1</b>	<b>Dos Crimes Sexuais e a Legislação Brasileira .....</b>	<b>11</b>
<b>2.2</b>	<b>Da Proteção às Crianças e Adolescentes na Constituição Cidadã de 1988 – Limites à Liberdade Sexual .....</b>	<b>17</b>
<b>2.3</b>	<b>Da Violência Presumida à Vulnerabilidade .....</b>	<b>18</b>
<b>3</b>	<b>DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ASPECTOS PRÁTICOS.....</b>	<b>20</b>
<b>3.1</b>	<b>Classificação: objeto, elementos, sujeito ativo e passivo e bem jurídico tutelado.....</b>	<b>20</b>
<b>3.2</b>	<b>Pena e Ação Penal após o advento da Lei nº 12.015/2009 .....</b>	<b>23</b>
<b>3.3</b>	<b>Estupro de Vulnerável e os Crimes Hediondos.....</b>	<b>25</b>
<b>3.4</b>	<b>Estupro de Vulnerável e Erro de Tipo.....</b>	<b>27</b>
<b>4</b>	<b>ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM FACE DA EVOLUÇÃO SOCIAL.....</b>	<b>29</b>
<b>4.1</b>	<b>Estupro de Vulnerável em Face do Princípio da Adequação Social, da Teoria da Imputação Objetiva e do Constitucionalismo .....</b>	<b>30</b>
<b>4.2</b>	<b>Análise do Instituto de Acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente..</b>	<b>33</b>
<b>4.3</b>	<b>Princípios de Direito Penal e a Responsabilidade Objetiva no Estupro de Vulnerável .....</b>	<b>35</b>
<b>4.4</b>	<b>Análise Jurisprudencial do Consentimento da Vítima pelo STJ por ocasião do Recurso Especial nº 1.480.881 – PI, de 27 de agosto de 2015 .....</b>	<b>37</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>40</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>41</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O tema liberdade e dignidade sexual encontra-se em voga na sociedade moderna, seja pela diversidade sexual, pelos diversos casos de pedofilia ou pela iniciação sexual precoce nos tempos atuais.

Neste sentido, o presente trabalho visa explicar o desenvolvimento da Legislação Criminal em face dos Delitos Sexuais, em especial àqueles cometidos contra os menores de 14 anos.

Salta aos olhos a evolução das leis brasileiras após a Constituição Federal de 1988, que, pela primeira vez dedicou capítulo próprio para tratar da proteção às famílias e aos menores.

Serão delimitados conceitos importantes à temática, tais quais o conceito de estupro, violência presumida e vulnerabilidade, bem como sua evolução doutrinária e jurisprudencial, sendo este o objeto precípua do primeiro capítulo.

Num segundo momento, o estudo tem enfoque nos aspectos materiais e processuais advindos da inovação legislativa trazida pela lei 12.015, de 07 de agosto de 2009.

Neste diapasão, surge o questionamento acerca da responsabilização de menores quando sujeitos ativos do crime estupro de vulnerável, possibilidade de estender o conceito de vulnerável aos idosos, a natureza da ação penal após a criação do tipo descrito no art. 217-A, com especial enfoque no novo bem jurídico tutelado, qual seja, o sadio desenvolvimento sexual dos menores de 14 anos.

Depreende-se do presente estudo uma relativa pacificação doutrinária e jurisprudência acerca da possibilidade de aplicação do instituto erro de tipo quando o sujeito ativo desconhecia a vulnerabilidade do sujeito passivo.

Noutro diapasão, a doutrina diverge sobretudo acerca da possibilidade de se aplicar a majorante do art. 9º da Lei 8.072/90 - Lei de Crimes Hediondos -, demonstrando-se incompatível, *prima facie*, com as peculiaridades do tipo penal do art. 217-A do Código Penal.

Com o advento do conceito de vulnerabilidade – Lei nº 12.013/09 – o legislador infraconstitucional pátrio aparentemente filiou-se ao entendimento favorável à responsabilidade penal absoluta do sujeito ativo, diferentemente da relativização *iuris tantum* que predominava quando da violência presumida.

Surgem então, questionamentos práticos importantes, tais quais a evolução social brasileira onde os adolescentes tem iniciação sexual cada vez mais precoce. Desta feita, parte da doutrina considera a ingerência do Estado penalizador na vida privada dos indivíduos como demasiado invasiva, decotando a liberdade e autodeterminação dos cidadãos.

Seria possível arguir a aplicação do princípio da adequação social de Welzel de forma a legitimar a conduta dos que praticam conjunção carnal ou outros atos de índole sexual com menores de 14 anos? O amplo acesso à informação seria suficiente para retirar a incapacidade dos vulneráveis do *caput* do art. 217-A de determinar-se sexualmente de forma livre? O protecionismo decorrente do critério cronológico é uma escolha acertada aos tempos atuais? Esses e outros questionamentos são objeto de estudo no capítulo 3 do presente estudo, despretensioso quanto a respostas absolutas, mas dedicado a demonstrar as diversas facetas da problemática.

## 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

A correlação entre a existência do direito remete ao início da própria vida em sociedade. Desde os primórdios da existência humana já existiam normas de conduta aptas a regular o convívio nos grupos humanos, merecendo especial destaque o brocardo jurídico “*ubi societas, ibi jus*” – onde está a sociedade, está o direito.

Nesta seara, como o fenômeno jurídico evolui de acordo com a complexidade das relações sociais, para a melhor compreensão dos ditames hodiernos pertinentes à temática, importa levar ao conhecimento do leitor a evolução do instituto jurídico-penal relativo aos crimes contra a dignidade sexual. Neste sentido, Barros (2010, p.09 apud FEDATO, 2011):

[o direito] Mutável, de acordo com a época e o lugar, a dignidade sexual submete-se, para a perfeita compreensão, a uma interpretação progressiva, amoldando a lei à realidade atual.

No Código de Ur – Nammu, com data provável de 2.028 a.C., considerado por arqueólogos como o mais antigo até então descoberto, previa-se aplicação de penas pecuniárias àqueles que praticassem delitos graves.

O famoso Código de Hammurabi, datado entre os anos de 1728 e 1686 a.C, conhecido por seu extremado senso de ‘justiça’, previa expressamente em sua Lei nº 130 a pena de morte para aquele que violasse mulher virgem, ainda sob o poder paterno: “Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto, a mulher irá livre”. Infere-se do texto legal o predomínio do pensamento machista, moralista e patriarcal da época.

No direito romano e germânico existia maior aceitabilidade no que se refere às práticas sexuais, o que não implica na impunidade aos crimes sexuais que, num primeiro momento eram punidos com penas pecuniárias, progredindo-se, após, com a aplicação de pena de morte àqueles que praticassem estupro.

Importante destacar que o termo ‘struprum’ teve origem no Direito Romano, que, segundo Portinho (2005, p. 43) designava como crime “a conjunção carnal ilícita com mulher virgem ou viúva honesta”. Cumpre observar, entretanto, que o *jus puniendi* caberia ao patriarca da família e não ao Estado, como ocorre atualmente.

O Direito Canônico, também conhecido como Direito Penal da Igreja era arraigado de preconceito em face do gênero feminino, por ser a mulher considerada a responsável por todos os males da humanidade, haja vista o pecado original de Eva.

O estupro no Corpo de Direito Canônico somente seria crime se fosse praticado contra mulher virgem e não casada – “mulher honesta”, devendo ainda conter o elemento do tipo ‘violência física’ para que fosse caracterizado. A punição para os autores variou de acordo com as reformas da codificação, indo desde a obrigatoriedade do casamento, pagamento do valor do dote à família até a pena de decapitação em praça pública.

Importante frisar, ainda no que concerne ao Direito Canônico, que por medo das reações sociais, as mulheres preferiam manter em silêncio as violências sofridas, já que eram consideradas culpadas pelo ato sexual, haja vista o instinto carnal ser considerado inato ao homem, importando em virilidade e impassível de censura (Roussiad, 2006, p. 478). Nesta época, apenas as violências sexuais contra crianças eram punidas de fato.

Com o advento da Idade Moderna e a racionalização do pensamento, os ditames religiosos deram lugar aos primeiros esboços do que hoje se denomina direitos humanos. No entanto, as referidas garantias eram direcionadas aos homens. Voltaire chegava ao ponto de afirmar que a conjunção carnal só seria possível se a mulher permitisse, uma vez que poderia esquivar-se com simples movimentos da bacia. (Capez, 2011)

Depreende-se de todo ante exposto que a punição aos crimes sexuais no período da Idade Antiga até o princípio da Idade Moderna se prestava muito mais a assegurar a honra da família do patriarca do que proteger realmente as eventuais vítimas. Inere-se, ainda, que somente quando a mulher passou a conquistar seu espaço na sociedade, como sujeita de direitos e deveres, passou a merecer especial tutela estatal.

## **2.1. Dos Crimes Sexuais e a Legislação Brasileira**

Nas terras brasileiras, o primeiro relato de proteção à dignidade sexual surge ainda no período pré-colonial, uma vez que estudos apontam que entre os indígenas já havia previsão de punição para condutas lesivas à vida em comunidade. Neste sentido a lição de Bueno (2008, p. 141): “Supõem alguns autores que as condutas violadoras de valores comuns como, *verbi gratia*, a covardia em combate, o incesto, etc. estariam sujeitas à punição”.

Durante o período colonial, o Brasil não possuía legislação própria, sendo regido pelas ordenações da monarquia Portuguesa.

As Ordenações Filipinas, em seu Livro V, Título XXIII previa a figura do estupro da mulher donzela, devendo o autor do fato criminoso casar-se com a vítima ou, em não sendo possível, pagar-lhe ‘indenização’ correspondente ao valor do dote. Na hipótese de não possuir patrimônio hábil a arcar com os custos, sofreria castigos físicos.

A posteriori, o Ordenamento Filipino passou a aplicar pena de morte aos estupradores, fazendo suas exceções expressas: se a vítima fosse prostituta ou escrava, casos em que não haveria tipicidade na conduta. Ainda que timidamente, pode-se vislumbrar uma evolução legislativa, haja vista ser a primeira vez que a virgindade não fazia parte do elemento do tipo penal estupro. Fragoso (1986, p. 03 apud Portinho, 2012) assim ensina:

Na Idade Média, surgiu-se a mesma orientação do direito romano, aplicando-se a pena de morte ao estupro violento. Sobre a diferenciação histórica entre o estupro e a sedução, cf. nº 671 *infra*. As nossas Ordenações Filipinas igualmente puniam com a pena de morte “todo homem, de qualquer estado ou condição que seja, forçosamente dormir com qualquer mulher.

Especial destaque merece a diferenciação entre o tipo penal estupro e o atentado violento ao pudor, sendo o primeiro punido com a morte e o segundo com 30 (trinta) dias de cadeia, apesar de a distinção residir tão somente no fato de o ato libidinoso englobar conjunção carnal (coito) no primeiro, ausente no segundo tipo penal. Conquanto, importante ilação do professor Nucci (2009, p. 432 apud Moura):

As Ordenações Filipinas, no Livro V, Título 23, incriminavam a ação de quem "dorme com mulher virgem, por sua vontade" e a de quem "dorme com viúva honesta, por sua vontade", acolhendo o princípio *aut nubat aut dotet*: “Mandamos que o homem, que dormir com mulher virgem por sua vontade, case com ela, se ela quiser, e se for convinável, e dê condição para com ela casar. E não casando, ou não querendo ela casar com ele, seja condenado para casamento dela na quantia que for arbitrada pelo julgador - segundo sua qualidade, fazenda e condição de seu pai”. Na falta de bens era aplicado o degredo para a África ou açoites, conforme a condição do réu.

Do mesmo modo, portaram-se as Ordenações Afonsinas e Manoelinas, que puniam com a morte os estupradores.

Em 1.830 fora editada a primeira legislação penal brasileira, qual seja, o Código Criminal do Império, em seu capítulo acerca de Crimes Contra a Segurança da Honra, havia punição pautada no defloramento das vítimas, não na violência em si – era uma punição mais moral, ou seja, protegendo a família perante a sociedade do que propriamente contra a violência física perpetrada contra o sujeito passivo do crime.

Neste sentido, cumpre colacionar o disposto no Capítulo II do Código Criminal do Império – “Dos Crimes Contra a Segurança da Honra”, subdividido em três Seções: Estupro, Rapto e Calúnia e Injúria, sendo importante ao deslinde do presente trabalho tão somente o que concerne ao Estupro:

#### **ESTUPRO**

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Art. 220. Se o que commetter o estupro, tiver em seu poder ou guarda a deflorada.

Penas - de desterro para fóra da provincia, em que residir a deflorada, por dous a seis annos, e de dotar esta.

Art. 221. Se o estupro fôr commettido por parente da deflorada em gráo, que não admitta dispensa para casamento.

Penas - de degredo por dous a seis annos para a provincia mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta.

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

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

Se a violentada fôr prostituta.

Penas - de prisão por um mez a dous annos.

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.

Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.

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

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

Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.

Neste ínterim, algumas colocações se fazem imperiosas. Verifica-se ser a primeira legislação pátria que tratara especificamente dos crimes contra a dignidade sexual em face de menores de idade, ou seja, a tutela jurisdiccional específica para a mulher menor de 17 anos que fosse virgem.

Outra evolução legislativa com importância de igual sentir é a proteção para a mulher honesta e a prostituta, ou seja, àquelas que não se enquadrassem na qualidade de “moça não deflorada” poderiam ser sujeito passivo do crime. Não obstante, cumpre destacar que a punição à ofensa da honra da mulher honesta era amplamente superior à da prostituta, subjugando o valor da honra da segunda em comparação à primeira: enquanto a violência em face da mulher honesta era passível de pena de prisão de 03 (três) a 12 (doze) anos e pagamento de dote, o mesmo crime cometido contra prostituta era passível de aplicação de pena de prisão de 01 (um) mês a 02 (dois) anos.

Traçando um comparativo histórico entre a ‘ausente’ legislação anterior e a atual legislação penal, pode-se vislumbrar no Código Criminal do Império os crimes contra a honra das famílias abrangem em seu art. 223 atos libidinosos diferentes da conjunção carnal, ainda que de maneira sutil. Importante a lição de Noronha (2002, p. 87 apud Costa):

O Código Imperial, no art. 223, definia o delito de ofensa pessoal para fim libidinoso, causando dor algum mal corpóreo a alguma mulher, sem que se verificasse a cópula carnal. Parece que o legislador encarava aqui o atentado violento ao pudor. [...] O Código da República capitulou o crime no art. 266. Vítima é pessoa de qualquer sexo; acrescentava, como condição do crime, que o ato fosse praticado com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral [...]

Merece destaque, por fim no que concerne ao Código Criminal de 1830 o fato de que os autores desses atos criminosos que se casassem com suas vítimas de crimes sexuais seriam liberados de todas as condenações.

Com o advento do Código Criminal da República (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890), os crimes sexuais passaram a delimitar-se de forma mais compatível com os ditames mais modernos, cuja definição encontra-se no Título VIII - Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor, Capítulo I – Da violência Carnal:

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

Pena de prisão celllular por um a seis annos.

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

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

Pena de prisão celllular por um a quatro annos.

**Art. 268.** Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena de prisão celllular por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena de prisão celllular por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

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

Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anestheticos e narcoticos.

Faz-se importante destacar que o art. 269 previa como sujeito passivo do crime de estupro tão somente a mulher e conceituara o termo violência, restringindo a atuação da doutrina e da jurisprudência que, via de regra, aplica a técnica de exegese para aplicação do

texto legal em casos práticos. A este respeito, cumpre destacar as lições de Noronha (2002, p. 67 apud Costa):

Quanto à denominação estupro, foi ela consagrada pelo Código de 1890 (art. 268), restringindo-se exclusivamente à relação, mediante violência ou grave ameaça, já o Código do Império a tomara em seu sentido genérico, para denominar uma secção, onde eram perfilhados outros crimes, como a sedução de mulher honesta e o defloramento.

Outra inovação importante ao estudo em comento trazida pelo Código Criminal da República relaciona-se à previsão do crime de “atentado violento ao pudor” que abrangia os atos sexuais diversos da conjunção carnal, figura atualmente abrangida pelo delito de estupro, no entanto inaceitável àquela época, ainda que a pena mínima aplicável fosse idêntica.

Cumpre destacar, ainda, que o crime de atentado violento ao pudor era o tipo penal aplicável aos delitos de cunho sexual praticados contra menores de idade, sem distinção de gênero, no entanto não havia rigor na aplicação da pena em virtude da condição peculiar da vítima, ainda menor de idade.

No que tange às vítimas menores de idade, o código previa que a garota que fosse deflorada mediante emprego de fraude, engano ou sedução aplicar-se-ia pena inferior à prevista àqueles que utilizassem violência para tal finalidade.

Não havia qualificadora quanto ao fato de ser a vítima menor de idade, mantendo-se a mesma penalidade, salvo se concorresse outra qualificadora de aspecto geral.

Por ser alvo de constantes críticas, o Código Criminal da República sofrera inúmeras reformas, alterando e acrescentando leis complementares, como forma de suavizar seus defeitos de origem. Em que pese a existência de um projeto de reforma, no ano de 1932 fora editada a Consolidação das Leis Penais, por intermédio do Decreto nº 22.213, de 14.12.1932. Por conseguinte, insurge-se o fato de que a consolidação não alterou as disposições constantes no Título VIII - Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor, Capítulo I – Da violência Carnal, salvo pequenas atualizações de cunho ortográfico.

Com o advento do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, inicialmente previa-se o estupro e o atentado violento ao pudor como tipos penais autônomos, ambos inclusos no Título VI – Crimes contra os Costumes, a saber:

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:  
Pena - reclusão, de três a oito anos.  
Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos:  
Pena - reclusão de quatro a dez anos.

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão de dois a sete anos.

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

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

Importante inovação legislativa no que concerne ao estupro de vulnerável menor de idade relaciona-se ao fato de que a violência tornou-se presumida, caso o sujeito passivo do delito sexual fosse menor de 14 anos. Além, vislumbra-se um maior rigor da pena, antes inexistente na legislação pátria.

Atualmente, o regramento foi atualizado com o advento da Lei nº 12.015/2009, que finalmente atualizara a legislação de 1940, que permanecia vigente há quase sete décadas, ignorando as inegáveis evoluções sociais ocorridas, principalmente no início do século XXI. Nas lições de Nucci (2010, p. 24 apud Guimarães):

A disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época do Código Penal, nos idos de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988. O legislador brasileiro deve preocupar-se (e ocupar-se) com as condutas efetivamente graves, que possam acarretar resultados igualmente desastrosos para a sociedade, no campo da liberdade sexual, deixando de lado as filigranas penais, obviamente inócuas, ligadas a tempos pretéritos e esquecidos.

A primeira alteração trazida pela Lei 12.015/2009 tange ao próprio bem jurídico tutelado ao deixar de tutelar os ‘costumes’ e passou a proteger à dignidade sexual da própria vítima. Neste sentido, brilhante lição de Barros (2010, p. 9 apud FEDATO):

A liberdade sexual, epígrafe do Capítulo I do Título VI, consiste na livre escolha dos parceiros e no consentimento na prática do ato sexual. É, pois, o direito de dispor sexualmente do próprio corpo, cuja violação pode ocorrer mediante violência, grave ameaça, fraude e ainda por outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima, bem como por assédio sexual.

Superou-se a penalização de condutas imorais do ponto de vista do homem médio, o que poderia gerar incriminação de escolhas sexuais privadas, que não chegam a constituir ilícitos.

Outra alteração legislativa inovadora aos termos da legislação anterior vigente tem lócus na inclusão do antigo crime de atentado violento ao pudor pelo conceito de estupro, ficando assim unificados no art. 213: “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Brilhante a lição de Nucci sobre a temática:

Discussão imediata se instalou nas cortes brasileiras em relação à análise do disposto no art. 213, com a redação dada pela Lei 12.015/2009 [...], a posição do legislador foi clara em unir, numa só figura, os dois delitos (estupro e atentado violento ao pudor). Portanto, o núcleo do tipo, constranger, volta-se a apenas um objetivo, alguém, fornecendo-se várias possibilidades alternativas de consumação, sempre com a utilização da violência ou grave ameaça: a) obter a conjunção carnal; b) praticar outro ato libidinoso; c) permitir que seja praticado outro ato libidinoso. Ora, obter a conjunção carnal e um beijo lascivo, por exemplo, implicam em cometimento de um crime de estupro [...]. Por isso, a figura do art. 213, com a nova redação da Lei 12.015/2009, é favorável ao réu e deve retroagir, atingindo todos os que foram condenados, antes, pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, contra a mesma vítima, no mesmo contexto, em concurso material de infrações penais.

A nova conceituação do tipo penal permite admitir ambos os gêneros como sujeitos ativos e passivos. Em se tratando de sujeito passivo menor de 14 anos ou por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, surgira o Capítulo II - Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável, que será minuciosamente analisado em momento posterior.

## **2.2. Da Proteção às Crianças e Adolescentes na Constituição Cidadã de 1988 – Limites à Liberdade Sexual**

A Constituição Cidadã de 1988 deu especial enfoque à dignidade da pessoa humana, constituindo-se como um dos seus fundamentos (art. 1º, III, CFRB/88).

Não obstante, a interpretação, edição e aplicação das leis infraconstitucionais deverão estar de acordo com o disposto na Lei Magna. Destarte, no que concerne à violência contra as crianças e adolescentes, dispõe o art. 227 em seu 'caput' e §4º:

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

(...)

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

Assim sendo, a Constituição Federal de 1988 deu especial proteção aos cidadãos em desenvolvimento, crianças ou adolescentes. Em atendimento aos ditames da Carta Cidadã, fora editada em 13 de julho de 1990 a Lei nº 8.086 – Estatuto da Criança e do Adolescente,

definindo como criança o indivíduo com idade até 12 anos e adolescente aquele cuja idade encontra-se compreendida entre os 12 e 18 anos.

Ainda assim, a lei penal não se ateu aos conceitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, erigindo especial proteção àqueles menores de 14 anos, que, em sendo vítima de crime contra a liberdade sexual, será o agressor incurso na pena do tipo 217-A – estupro de vulnerável. Decorre do antes exposto o fato de que a reforma da lei dos delitos sexuais considerou os menores de 14 anos incapazes de discernimento e autodeterminação. Nas lições de Nucci (2009, p. 830 apud Pinhate):

[...] criança é pessoa menor de 12 anos; adolescente, que é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mais relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possui 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. [...] Entretanto, manter relação sexual com pessoa menor de 12 anos, com ciência disso, provoca o surgimento da tipificação no art. 217-A, de modo absoluto, sem admissão de prova em contrário, para tutela obrigatória de boa formação sexual da criança.

Notadamente, cumpre observar que as alterações trazidas pela Lei 12.015 de 2009 vieram tão somente responder a uma demanda da evolução da sociedade contemporânea à qual a Constituição Federal de 1988 já havia se atentado, como forma de adaptar os tipos penais relativos aos crimes sexuais às demandas hodiernas.

### **2.3. Da Violência Presumida à Vulnerabilidade**

A figura da presunção da violência nos delitos de ordem sexual no Direito pátrio teve início no Código Criminal de 1830, que, em seu artigo 219 tipificava como criminosa a conduta de deflorar mulher menor de 17 anos, sem mencionar a necessidade de violência expressa.

No entanto, a legislação brasileira só previu expressamente a figura da ‘presunção da violência’ no Código Penal de 1890 ao dispor em seu art. 272, *ipsis literis*: “presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa ofendida for menor de 16 anos”. Não havia menção à violência de qualquer ordem, nem tampouco comprovação da ‘honestidade’ da vítima para aplicação do tipo penal, bastando tão somente que a mesma tivesse idade inferior a 16 anos.

O Código Penal de 1940 também se filiou, num primeiro momento, ao conceito de violência presumida, haja vista o disposto no seu artigo 224, inexistindo necessidade da comprovação de comportamento violento do agente quando a vítima tivesse idade inferior a 14 anos, fosse alienada ou débil mental ou não pudesse, por qualquer motivo, oferecer resistência.

Apesar de se vislumbrar expressamente que o legislador desejou incapacitar os menores de 14 anos para escolherem acerca de sua vida sexual, o que se vislumbrava na jurisprudência pátria era uma relativização da presunção de violência, o que comportava julgamentos extremamente contraditórios pelas diversas varas, comarcas e instâncias judiciais.

A reforma sofrida com o advento da Lei nº 12.015/2009 imputou como delito autônomo o estupro praticado quando a vítima tiver idade inferior a 14 anos, previsto em seu Capítulo II do Título IV – Dos crimes sexuais contra vulnerável.

Destarte, não há de se falar em presunção de violência a teor da idade do sujeito passivo, mas sim na subsunção da lei ao caso concreto como tipo autônomo estupro de vulnerável quando ocorrer prática de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos, mesmo que não concorra violência e/ou haja consentimento do menor.

A antes mencionada relativização da presunção da violência não poderá, a teor do disposto no art. 217-A do CPB, ser aplicada, uma vez que o legislador aparentemente atribuíra caráter absoluto à vulnerabilidade. Preleciona Greco (2010, p. 514):

O novo tipo penal, como se percebe, busca punir com mais rigor comportamentos que atinjam as vítimas por ele mencionados. Não seria razoável que, se não houvesse violência ou grave ameaça, o agente que tivesse, por exemplo, relacionado sexualmente com vítima menor de 14 (catorze) anos, respondesse pelo delito de estupro de vulnerável, com uma pena que varia entre 18 (dezoito) a 15 (quinze) anos de reclusão, enquanto aquele que tivesse, v.g., se valido do emprego de violência ou grave ameaça, com a mesma finalidade, fosse responsabilizado pelo delito tipificado no art. 213 do Código Penal, com as penas variando de 6 (seis) e um máximo de 10 (dez) anos.

### **3. DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ASPECTOS PRÁTICOS**

No que tange ao estudo do tipo penal descrito no art. 217-A do Código Penal Brasileiro, cumpre definir seus aspectos conceituais práticos, uma vez que o crime de estupro sob enfoque de vítima infante causa repulsa social e mereceu especial atenção do legislador quanto ao superior rigorismo em sua punição.

Como forma de definir seu âmbito de incidência, compete ao presente estudo bem delimitar os aspectos materiais e processuais do tipo penal, execução da pena, classificação doutrinária, enquadramento na Lei dos Crimes Hediondos e as possibilidades da defesa no que concerne ao erro de tipo.

#### **3.1. Classificação: Objeto, Elementos, Sujeito Ativo e Passivo E Bem Jurídico Tutelado**

O elemento do tipo penal descrito no art. 217-A consubstancia-se em dois verbos principais, quais sejam, ter – conjunção carnal, assim definido como coito vaginal – e o verbo praticar – qualquer outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Quanto ao sujeito ativo e passivo do crime, ficou bem delimitado que abarca ambos os gêneros, bastando que a vítima tenha idade inferior a 14 anos. A título de exemplificação, no caso de uma mulher ter relações sexuais com um menino com idade inferior aos 14 anos completos, deverá, em tese, responder como autora do crime de estupro de vulnerável, sendo ele do sexo masculino – situação até então inimaginável antes do advento da Lei 12.015/2009.

Sobre a possibilidade de se aplicar o estupro de vulnerável aos idosos, a jurisprudência tem sido pacífica no sentido de não admitir a subsunção do dispositivo legal tão-somente pelo critério da idade, sendo imprescindível avaliar se há comprometimento de sua capacidade de resistência.

O art. 217-A do Código Penal: "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos" não mais menciona em seu texto o elemento violência ou grave ameaça, extinguindo-se o antigo

instituto da violência presumida. Atualmente o tipo é absoluto, ou seja, basta que a vítima tenha menos de 14 anos – no critério idade –, inexistindo necessidade de violência real, ficta, psíquica ou ameaça, nem tampouco importando se houve ou não consentimento da vítima.

Ainda acerca do consentimento da vítima, importa esclarecer que o legislador, ao regulamentar a incidência do crime de estupro de vulnerável considerou o menor de 14 anos absolutamente incapaz de consentir quando diante de eventual prática sexual.

Nesta seara, o tipo em comento abarca tão somente a modalidade dolosa, haja vista decorrer do desejo do agente assumir o resultado ou, na dúvida quanto à tenra idade da vítima, assumir o risco do resultado.

O delito estupro de vulnerável admite as modalidades tentada e consumada. A consumação dar-se-á com a prática do coito anal ou vaginal ou com a prática de outro ato considerado como sendo libidinoso. Admite-se a tentativa por ser um crime plurissubsistente, sendo possível o fracionamento dos atos executórios. Diz-se que o crime foi tentado quando, por motivos alheios à vontade do agente, este não consegue executá-lo. Assim discorre Greco (2009, p.74):

O delito de estupro de vulnerável se consuma com a efetiva conjunção carnal, não importando se a penetração foi total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação. Quanto à segunda parte prevista no *caput* do art. 217-A do estatuto repressivo, consuma-se o estupro de vulnerável no momento em que o agente pratica qualquer outro ato libidinoso com a vítima.

Ainda acerca da segunda parte do ‘*caput*’ do art. 217, importante destacar o julgado recente do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.309.394/RS, que considerou consumado o delito de estupro ainda que não tenha ocorrido a conjunção carnal. Leia-se:

Considerar consumado atos libidinosos diversos da conjunção carnal somente quando invasivos, ou seja, nas hipóteses em que há introdução do membro viril nas cavidades oral, vaginal ou anal da vítima, não corresponde ao entendimento do legislador, tampouco ao da doutrina e da jurisprudência acerca do tema. (...) Quando o crime é praticado contra criança, um grande número de outros atos (diversos da conjunção carnal) contra vítima de tenra idade, são capazes de lhe ocasionar graves consequências psicológicas, devendo, portanto, ser punidos com maior rigor (...). Na hipótese em análise (...), ficou evidenciada a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal em desfavor da vítima em um contexto no qual o réu satisfaz sua lascívia ao acariciar o corpo nu do menor. Ressalta-se, por fim, que a proteção

integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, caput e § 4º, da CF), e de instrumentos internacionais (REsp 1.309.394/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 3/2/2015, DJe 20/2/2015 – Info 555).

Importante colocação do colendo julgador ao estender os efeitos da reforma aos atos não necessariamente de penetração, mas também àqueles que visem satisfazer a lascívia do agente. Logo, o tipo especial descrito no art. 217-A do CPB importa numa dilação dos meios de execução possíveis ao tipo penal, haja vista a vulnerabilidade de SUS sujeitos passivos, como forma a garantir a aplicação do princípio da proteção integral.

O bem jurídico tutelado pode ser definido, quando tratar-se de sujeito menor de 14 anos, a própria intangibilidade e desenvolvimento sexual sadio da criança e do adolescente, garantindo-se sua integridade física e desenvolvimento psíquico sem traumas.

Segundo Cirino (2010, p. 30), bem jurídico pode ser assim conceituado:

Na verdade, o bem jurídico é critério de criminalização porque constitui objeto de proteção penal – afinal, existe um núcleo duro de bens jurídicos individuais, como a vida, o corpo, a liberdade e a sexualidade humanas, que configuram a base de um Direito Penal mínimo e dependem de proteção penal, ainda uma resposta legítima para certos problemas sociais. Assim, evitar a criminalização da vontade do poder, ou das expectativas normativas, parece insuficiente para rejeitar o bem jurídico como objeto de proteção penal; além disso, admitir a proteção dos bens jurídicos pela criminalização não exclui a necessidade de relevância do bem jurídico para constituir objeto de proteção penal – sempre subsidiária e fragmentária –, nem implica incluir todos os bens jurídicos como objeto de proteção penal. Mais ainda, se a fonte exclusiva de bens jurídicos selecionados para a proteção penal é a Constituição da República – o fundamento político do moderno Estado Democrático de Direito –, então a criminalização da vontade do poder ou meras expectativas normativas como objetos de criminalização – sem falar na incômoda proximidade com a teoria sistêmica de Jakobs, que despreza o bem jurídico tanto como objeto de proteção, quanto como critério de criminalização.

Por ocasião do disposto no art. 227, § 4º da Constituição da República, ficara expressamente consignado o anseio do constituinte de modo a punir com rigor os atos sexuais com crianças e adolescentes que venham comprometer seu direito a um desenvolvimento hígido e saudável, ainda que implique na proibição da iniciação sexual daqueles com idade inferior a 14 anos.

### 3.2. Ação Penal Após o Advento da Lei nº 12.015/2009

Um importante aspecto prático ocorrido após a reforma legislativa promovida pela Lei nº 12.015 de 2009 diz respeito à unificação dos crimes de estupro, que passou a englobar em seu bojo o antigo delito de ‘atentado violento ao pudor’. Destarte, trata-se de *novatio legis in mellius*, já que unificou-se as condutas num só tipo penal. Assim posicionou-se o Supremo Tribunal Federal: “Ainda que o novo tipo penal comine penas em abstrato superiores às previstas na redação pretérita dos artigos 213 e 214 do Código Penal, a possibilidade de unificação pode levar a pena inferior ao resultado da condenação em concurso material pela lei anterior.” (STF, RHC 105916 / RJ, Relatora Min. Rosa Weber, j. 04/12/2012).

Ainda sob o enfoque processual da temática quando o crime for cometido mediante violência real ou grave ameaça, no tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, não há de se falar acerca da aplicação da majorante do art. 9º da Lei 8.072/90, que fora tacitamente revogada.

Quando o autor do ato criminoso cometer dois atos dentro do tipo penal estupro de vulnerável – conjunção carnal e ato libidinoso diverso – o STJ posicionou-se no julgado do HC 171243/SP no sentido de que o sujeito responderá pelo crime único de estupro, devendo as circunstâncias de o crime ser observadas quando da dosimetria da pena (STJ, HC 171243 / SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, j. 16/08/2011).

Por outro lado, este mesmo Supremo Tribunal de Justiça deliberou no Agravo Regimental em Recurso Especial que, se houver pluralidade de vítimas, ainda que não se possa precisar o número atos delitivos cometidos, a pena deverá ser aumentada em 02/03 (dois terços), por entender estar caracterizada, neste caso, a continuidade delitiva (STJ, AgRg no REsp 192678 / MT, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 07/05/2013).

No que concerne à Classificação da Ação Penal, o Parágrafo Único do art. 225 do Código Penal Brasileiro considera o crime praticado contra menor de 18 anos ou vulnerável como pública incondicionada. A incapacidade que causa vulnerabilidade transitória, no entanto, foi objeto de regulamentação por meio do informativo nº 553/2015, segundo o qual, a ação penal permanece condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus judicii*:

Procede-se mediante ação penal condicionada à representação no crime de estupro praticado contra vítima que, por estar desacordada em razão de ter sido anteriormente agredida, era incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos.

Muito se discutiu sobre a competência para julgar o estupro de vulnerável, se seria do juízo criminal ou do Juizado da Infância e Juventude. Como forma de pacificar o conflito, o STF editou em setembro de 2013 o Informativo nº 526, que definira a Vara Criminal como competente para analisar estupro de vulnerável:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. DETERMINAÇÃO, EM LEI ESTADUAL, DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE PARA A AÇÃO PENAL DECORRENTE DA PRÁTICA DE CRIME CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE. É nulo o processo, desde o recebimento da denúncia, na hipótese em que o réu, maior de 18 anos, acusado da prática do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), tenha sido, por esse fato, submetido a julgamento perante juízo da infância e da juventude, ainda que exista lei estadual que estabeleça a competência do referido juízo para processar e julgar ação penal decorrente da prática de crime que tenha como vítima criança ou adolescente. Com efeito, a atribuição conferida pela CF aos tribunais de justiça estaduais de disciplinar a organização judiciária não implica autorização para revogar, ampliar ou modificar disposições sobre competência previstas em lei federal. Nesse contexto, para que não haja afronta à CF e à legislação federal, deve-se considerar que a faculdade concedida aos estados e ao DF de criar varas da infância e da juventude (art. 145 do ECA) não se confunde com a possibilidade de ampliar o rol de hipóteses de competência estabelecido no art. 148 do mesmo diploma legal, que não contempla qualquer permissivo para julgamento de feitos criminais no âmbito do juízo da infância e juventude. RHC 34.742-RS, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 15/8/2013.

Por conseguinte, conclui-se que o tipo descrito no art. 217-A do Código Penal Brasileiro é crime próprio no que diz respeito ao sujeito passivo, exigindo-se que seja menor de 14 anos; crime comum no que concerne ao sujeito ativo; comissivo; de dano; material; forma livre e plurissubsistente.

### 3.3. Estupro de Vulnerável e os Crimes Hediondos

O Constituinte de 1988 decidiu que os crimes que ofenderem mais seriamente os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal deveriam merecer tratamento mais intransigente do legislador, haja vista tratar-se de crimes de maior reprovação social. Assim, consignou-se no art. 5º, LXIII:

Art. 5º

(...)

LXIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Vislumbra-se que o texto constitucional delegara ao legislador infraconstitucional a tarefa de regulamentar os tipos penais que seriam qualificados por hediondez. Por conseguinte, a Lei Complementar nº 8.072, de 25 de julho de 1990 veio regulamentar o mandamento constitucional, em atendimento aos princípios da legalidade e da reserva legal.

Antes da Lei nº 12.015, de 2009, haviam correntes doutrinárias divergentes acerca do enquadramento do art. 224 (estupro e atentado violento ao pudor) seriam enquadrados como sendo hediondos apenas nos casos em que se vislumbrasse violência real ou se aplicar-se-ia o mesmo entendimento quando tratava-se de violência presumida.

Parte da doutrina defendia que nos casos de estupro/atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos em que fosse configurada violência presumida, a própria presunção já seria uma punição ao autor do fato, não cogitando a aplicação da qualificadora da Lei de Crimes Hediondos. Noutro diapasão, a doutrina majoritária entendia que independentemente da natureza da violência, dever-se-ia enquadrar o tipo do art. 224 do CP como sendo crime hediondo, posto causar imensurável indignação moral.

Os tipos enquadrados como sendo hediondos são inafiançáveis, insuscetíveis de graça ou anistia, devem iniciar seu cumprimento de pena obrigatoriamente no regime fechado, impede a liberdade provisória, estabelece fração maior de cumprimento de pena para progressão de regime, dentre outras implicações inegavelmente gravíssimas.

Ainda antes da vigência da lei reformadora dos delitos sexuais, o STF já vinha se posicionando em prol da aplicação dos efeitos da Lei 8.072/90, ainda que diante de estupro ou atentado violento ao pudor na modalidade simples:

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou entendimento no sentido de que, nos casos de estupro e atentado violento ao pudor, as lesões corporais graves ou morte traduzem resultados qualificadores do tipo penal, não constituindo elementos essenciais e necessários para o reconhecimento legal da natureza hedionda das infrações. 2. Em razão do bem jurídico tutelado, que é a liberdade sexual da mulher, esses crimes, mesmo em sua forma simples, dotam-se da condição hedionda com que os qualifica apenas o art. 1º da Lei n. 8.072/90 (STF, HC 88.245/SC, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, rela. p/ Acórdão Mina. Cármen Lúcia, j. 16-11-2006).

Com a edição da Lei 12.015/2009, pacificou-se a questão, haja vista o artigo 1º, incisos V e VI, da Lei n.8.072/90, dispor que serão considerados hediondos os crimes de estupro (art. 213, caput e 1º e 2º) e estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e 1º, 2º, 3º e 4º).

Ainda no que concerne à Lei de Crimes Hediondos, a doutrina tem se dividido acerca da revogação do art. 9º que acrescia de metade as penas dos antigos tipos estupro e atentado violento ao pudor quando diante de violência presumida, após o advento da Lei 12.015 de 2009.

Ora, admitir a vigência da majorante do art. 9º da Lei 8.072/90, seria negar a existência do *no bis in idem*, qualificando-se o crime duas vezes pela mesma circunstância.

Destarte, importante colacionar a decisão do STJ no Recurso Especial nº 1.102.005 - SC (2008/0257085-1):

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. AUMENTO PREVISTO NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. VIOLÊNCIA REAL E GRAVE AMEAÇA. INCIDÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009. (...) II - Com a superveniência da Lei nº 12.015/2009 restou revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível a sua aplicação para fatos posteriores à sua edição. Não obstante, remanesce a maior reprovabilidade da conduta, pois a matéria passou a ser regulada no art. 217-A do CP, que trata do estupro de vulnerável, no qual a reprimenda prevista revela-se mais rigorosa do que a do crime de estupro (art. 213 do CP).

Admite-se, por conseguinte, nova análise da dosimetria da pena, com o decote da revogada majorante, diante da tácita revogação do art. 224 do Código Penal pela Lei 12.015/2009, devendo retroagir a nova lei a casos passados, tratando-se de lei penal mais benéfica.

### **3.4. Estupro de Vulnerável e Erro de Tipo**

O tipo pode ser conceituado como uma forma objetiva de se descrever a forma de exercer uma conduta delitiva. É constituído por três pilares fundamentais, decorrentes do princípio da fragmentariedade, quais sejam: a) elemento objetivo do tipo, que é satisfazer seu verbo nuclear – no estupro de vulnerável, como dito alhures, são ter (conjunção carnal) ou praticar (qualquer outro ato libidinoso); b) elemento normativo do tipo, constituindo-se uma atuação positiva do agente do tipo de modo a valorar a situação de fato; c) elemento subjetivo: dolo.

O erro de tipo encontra lugar no art. 20 do Código Penal, com o condão de excluir o dolo, permitindo sua punição na modalidade culposa, caso haja previsão legal. O sujeito ativo ignora condição essencial do crime, não sendo possível ocorrer dolo, pois desconhecia estar em prática delitiva. Assim, recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais admitindo a aplicação do instituto quando do julgamento do crime de Estupro de Vulnerável:

Ementa Oficial: PENAL - ESTUPRO - ABSOLVIÇÃO -NECESSIDADE - DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA - ERRO DE TIPO - ARTIGO 20 DO CÓDIGO PENAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Impõe-se a absolvição quando o apelante pratica a ação típica incorrendo em erro sobre circunstância elementar, o que afasta a tipicidade da conduta. 2. O error aetatis afasta o dolo e conseqüentemente a adequação típica da conduta. 3. Recurso provido. (TJ-MG - APR: 10456060496985001 MG , Relator: Pedro Vergara, Data de Julgamento: 25/02/2014, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/03/2014)

Quanto ao erro de tipo, classifica-se em vencível, quando ocorre por falta de probidade do agente, e invencível, quando seria impossível ao agente conhecer os elementos do tipo. No estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do Código Penal, faz-se inescusável que o agente saiba o estado de vulnerabilidade da vítima (*'caput'* e §1º, 217-A, CPB).

Neste sentido Greco apud Nobre:

No que diz respeito à idade da vítima, para que ocorra o delito em estudo, o agente, obrigatoriamente, deverá ter conhecimento de ser ela menor de 14 (catorze) anos, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo que, dependendo do caso concreto, poderá conduzir até mesmo à atipicidade do fato, ou a sua desclassificação para o delito de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal. (Greco, 2009, p. 66-67).

Acerca da colacionada posição de Greco, ocorrendo erro de tipo, conclui-se que no caso em que não se constatar violência ou grave ameaça, haverá atipicidade, caso contrário, deverá ser desclassificada a conduta para a prevista no art. 213, § 1º, do Código Penal Brasileiro.

Ainda acerca da superação da punição de atos de cunho sexual praticado em face de vulnerável, a lei também deverá considerar atípica a conduta praticada por sujeito ativo também vulnerável, pois o próprio legislador o definira como sendo sexualmente incapaz.

#### 4. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM FACE DA EVOLUÇÃO SOCIAL

A Pesquisa Nacional de Saúde Escolar realizada no ano de 2009 com amostragem de adolescentes do nono ano, com faixa etária entre 13 e 15 anos revelou que 30,5% já haviam iniciado sua vida sexual.

Os resultados da mesma pesquisa em 2012 revelaram que 28,7% dos escolares já tiveram relação sexual alguma vez na vida. As proporções deste indicador variam substancialmente de acordo com a região, o gênero, a presença da família e a situação financeira dos entrevistados.

A cultura brasileira com a exposição exacerbada dos corpos e o amplo acesso aos meios de comunicação são os principais motivos apontados pelos estudiosos como sendo os causadores da precoce iniciação sexual entre os brasileiros.

A superação de antigos dogmas morais e sexuais, com o aumento do diálogo nas famílias e a introdução da temática nas escolas, com vistas a assegurar políticas de prevenção a DST's e planejamento familiar, também são fatores hodiernos que contribuiram para uma maior disseminação do exercício da liberdade sexual responsável.

Ocorre que a iniciação sexual durante os primeiros anos da adolescência é uma realidade brasileira, que não pode ser apagada ou simplesmente ignorada. O legislador optou por estimular uma política social apta a retardar ao máximo essa iniciação. Biologicamente, a maturidade sexual dar-se-ia aos 16 anos de idade, sendo todavia, demasiado impreciso afirmar a idade ideal de maturidade psíquica para o início das relações sexuais. Cumpre colacionar a exposição de Bártoli (1992, p. 412 apud Guimarães) sobre a matéria em comento:

Hoje, a família trata do tema, sem tanto receio, com mais liberdade. Na mídia, é objeto de amplas discussões. Em algumas escolas, passou à condição de matéria curricular. A ciência médica, por si, e através de seus ramos da psiquiatria e psicologia passou a estudar, cogitar da sexualidade infantil e juvenil, como sendo o início do processo de formação de autodeterminação sexual. Retornando ao campo penal, nota-se que, nesse mundo e sociedade transformados, aplica-se ainda o mesmo direito penal de 50 atrás, sob o pretexto a liberdade sexual das pessoas, desprezando-se a advertência de Heleno Fragoso no sentido de que: "Vivemos um período de intensa revolução em matéria pública sexual, com o desaparecimento de certos preconceitos, consequência de uma nova posição em que a mulher vai adquirindo na sociedade

Com o advento da Lei 12.015/2009, o Código Penal deixara de tutelar os costumes para proteger a dignidade e liberdade sexual; essa autodeterminação pugnada pela lei reformadora seria, *prima facie*, incoerente com a proibição de atividades sexuais com menores de 14 anos.

### **3.1. Estupro de Vulnerável em face do Princípio da Adequação Social, da Teoria da Imputação Objetiva e da Teoria Constitucionalista**

Segundo o princípio da adequação social, de Welzel, não imputar-se-ão criminosas condutas que sejam toleradas com naturalidade pela sociedade ou, segundo suas próprias palavras, “socialmente adequadas são todas as atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidas por intermédio da história.” (Fragoso, 1972, p.33 apud, Welzel). Trata-se de uma causa supralegal de exclusão da atipicidade ou regra de interpretação jurídica, pois, ainda que o tipo penal possa ser subsumido à conduta, esta se mostra aceitável e compatível com os hábitos sociais.

Se o direito penal, como forma de pacificação social, tem como limitações a legalidade (limite formal) e a ofensividade/lesividade (limite material), caso condutas previstas em lei não sejam consideradas ofensivas pela sociedade, não há que se falar em bem jurídico penalmente tutelado.

Noutro diapasão, os operadores do direito devem sempre fazer uma interpretação da norma de forma a adequá-la à finalidade constitucional e aos objetivos da própria sociedade no momento da subsunção do texto legal ao caso concreto.

Fato é que a lei nem sempre consegue acompanhar a dinâmica célere da evolução social, nem tampouco amparar a diversidade dessas relações de acordo com o local, a cultura e hábitos próprios de cada parcela desta sociedade.

Welzel, ao desenvolver a Teoria Finalista da Ação, trouxe o elemento subjetivo - consciência e dolo do agente – para um primeiro plano, considerando-o fase interna do elemento conduta. Desta feita, a análise do crime compreende não somente aspectos objetivos, mas também subjetivos capazes de alterar substancialmente a tipificação do delito e até mesmo tornar o fato atípico.

Destarte, surgiram institutos jurídicos como erro de tipo, erro sobre a pessoa e erro de proibição, a figura culposa dos delitos e outros. Desta feita, se o fato é aceito com naturalidade pela sociedade, não poderá ser objeto de sanção penal.

Nesta seara, a doutrina erigiu os objetivos da adequação social como sendo de proteção a bens jurídicos realmente socialmente relevantes, seja quando da atuação do poder legislativo – descriminalizando ou adequando tipos penais, seja quando do julgamento de casos concretos pelo magistrado.

No que concerne à Teoria Funcionalista de Claus Roxin, deve-se buscar sempre realizar a função sociológica do direito criminal e das penas – garantir uma convivência pacífica e harmônica entre os cidadãos, numa superação até então nunca vista entre conceitos antes díspares de Direito Penal e Política Criminal. O âmbito residual de aplicação do Direito Penal novamente é destaque, não merecendo aplicação a fatos que não resultem lesão a bens jurídicos vitais ao bom convívio social.

Assim, bem delimita o insigne doutrinador Roxin (2011, p. 144 apud Nero):

(...) as concretas categorias do delito – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – devem se sistematizar, se desenvolver e ser contempladas, em princípio, sob o prisma da função político-criminal. Estas funções são de distinta natureza: o tipo está sob o leitmotiv da determinação legal, ao que frequentemente se reduziu unicamente à legitimação da dogmática; os tipos servem realmente à realização do princípio *nullum crimen e dele se deve derivar a estruturação dogmática*. A antijuridicidade, pelo contrário, é o setor das soluções sociais aos conflitos, o campo no qual se chocam os interesses individuais opostos ou as exigências sociais com as necessidades do indivíduo (...). Por último, a categoria delitiva que tradicionalmente denominamos culpabilidade tem, na realidade, muito menos a ver com averiguação do poder atuar de um modo distinto, algo empiricamente difícil de constatar, que com o problema normativo de se e até que ponto, nos casos de circunstâncias pessoais irregulares ou condicionadas por uma situação, convém aplicar uma sanção penal a uma conduta que, em princípio, possui uma pena cominada. Para responder a esta questão deve-se incluir no trabalho dogmático tanto a função limitadora da pena que representa o princípio da culpabilidade como as considerações da prevenção geral e especial.

Após o advento da Teoria Funcionalista, a conduta típica passou a conter três dimensões: formal (previsão em lei), material (lesão efetiva a bem jurídico penalmente tutelado) e subjetiva. Para que a conduta seja materialmente típica, a teor da teoria da imputação objetiva se a atuação do sujeito ativo criar lesão concreta ao bem jurídico que a norma pretendia proteger.

A diferença essencial entre o princípio da adequação social de Welzel e a teoria da imputação objetiva cinge-se ao fato de ser esta última mais abrangente que aquela, uma vez que trabalha não só o olhar social diante do resultado, mas também toda a política criminal

adequada a persecução da realização dos objetivos da norma penal, seja ainda quando do momento da conduta que crie risco proibido, quanto da própria realização do ato ilícito perseguido.

Ainda que, sob a ótica da teoria da imputação objetiva, o risco possa ser proibido e permitido e este último confunda-se com o próprio conceito de adequação social, o âmbito de incidência de ambas é diverso, tendo o risco permitido de Roxin uma aplicação como ‘filtro’ legitimador da política criminal, da construção e aplicação da legislação incriminadora, tanto quando da análise de efetiva ofensa do âmbito de proteção da norma.

Infere-se, por conseguinte, que ambas as teorias – adequação social e imputação objetiva, com o risco permitido – concebe uma sociedade na qual o risco é fato ordinário, habitual e costumeiro e que, nem sempre, esse risco fere o âmago do bem jurídico penalmente tutelado, afastando a aplicação do Direito Penal protecionista a ponto de obstar o próprio desenvolvimento e dinamismo da sociedade, ou seja, a liberdade natural das relações sociais.

Trazendo a discussão à baila do tema do presente artigo, depreende-se que parte dos doutrinadores modernos consideram que tanto a adequação social, quanto a imputação objetiva com o risco permitido admitem que determinadas condutas, ainda que formalmente típicas, nem sempre será motivo suficiente a subjugar o resultado ao âmbito de incidência do direito penal.

Complementarmente, pode-se mencionar a moderna Teoria Constitucionalista do Direito Penal, com três dimensões diversas e complementares, quais sejam: realização de fato típico com criação de risco proibido relevante, criação de resultado ofensivo ou que cause perigo concreto ao tipo penalmente tutelado pela norma e desaprovação social da conduta.

Por derradeiro, cumpre observar que todas as normas pertencentes ao ordenamento jurídico brasileiro deverão passar por um filtro legitimador de sua construção e aplicação, qual seja, a própria Constituição Federal de 1988, respeitando seus objetivos, fundamentos e garantias.

Assim sendo, traz a rogo o próprio princípio/direito constitucionalmente tutelado da liberdade, no que concerne a seu desdobramento sexual, qual seja, o direito dos cidadãos se autodeterminarem de forma a satisfazer sua libido, sem, contudo, aceitar qualquer tipo de manifestação sexual que atinja a dignidade sexual de terceiro.

No que concerne ao direito à liberdade sexual dos menores de 14 anos, o legislador aparentemente posicionou-se no sentido de tutelar o sadio desenvolvimento daqueles através da castidade e abstinência sexual, impedindo dilações no caso concreto acerca de eventuais experiências sexuais anteriores.

Deduz-se que o ato sexual ou libidinoso com menor de 14 anos, ainda que consentido, ainda que inexistente violência física ou moral constitui-se como crime de estupro de vulnerável, uma vez que o critério cronológico fora adotado pelo legislador para deslegitimar seu eventual consentimento. Trata-se de critério absoluto, não sendo possível aplicar juízo de valor quanto à condição de vulnerabilidade, inexistindo direito de liberdade e autodeterminação sexual para estes.

Parte da doutrina moderna não filia-se ao posicionamento adotado pelo legislador reformador de 2009, de modo a admitir ainda sob a vigência da legislação atual certa relativização dos conceitos trazidos pela Lei 12.015/2009, sob o pálio da adequação social, do risco permitido da conduta e do próprio texto Constitucional de 1988.

#### **4.2. Análise do Instituto de Acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente**

O legislador penal de 1940, em sua exposição de motivos nº 70 já tutelava os menores de 14 anos dos riscos de uma iniciação sexual precoce. A teor:

Na identificação dos crimes contra a liberdade sexual é presumida a violência (artigo 224) quando a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos; b) é alienada ou débil mental, conhecendo o agente esta circunstância; ou c) acha-se em estado de inconsciência (provocado, ou não, pelo agente), ou, por doença ou outra causa, impossibilitada de oferecer resistência. Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz, para o efeito de presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso único de ser a vítima menor de dezesseis anos). Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem. Estendendo a presunção de violência aos casos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*.

Vislumbra-se, por conseguinte, que o legislador da época não ficou-se inerte face às evoluções sociais, vindo a diminuir o critério etário de 16 para 14 anos de idade, ainda que tratando de presunção de violência, termo hoje inexistente e superado pelo conceito de vulnerabilidade.

A construção jurisprudencial e doutrinária anterior às inovações trazidas pela Lei 12.015/2009 deram maior maleabilidade à presunção da violência nos delitos sexuais cometidos em face de menores de 14 anos, admitindo a relativização do conceito segundo dados do caso concreto, tais quais existência de relacionamento amoroso afetivo, experiência sexual comprovada, conhecimento e aceitação dos familiares e sociedade, entre outras.

Em que pese o entendimento do legislador, subsistem doutrinadores que acatam a relativização do conceito de vulnerabilidade como ocorria quando da presunção de violência, inclusive sob argumento de que a superação da relativização importaria em retrocesso do direito penal em face da evolução social já constatada anteriormente. Neste sentido, Nucci (2009, p. 37 apud Guimarães):

(...) agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar a relativa vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá jamais modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.

Ocorre que o Estatuto da Criança e do Adolescente filiou-se ao entendimento de que os adolescentes, ou seja, os indivíduos com idade superior a 12 anos estão aptos a sofrerem imposição de medidas sócio-educativas quando do cometimento de atos infracionais. No entanto, quando se trata de seu poder de autodeterminação quando se trata de atos de índole sexual, são considerados absolutamente incapazes até completarem os 14 anos, em aparente dissonância com o princípio da unicidade do sistema normativo. Nesta seara, assim posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça antes da Lei 12.015/2009:

RECURSO ESPECIAL COM PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. INCIDENTE NÃO PROCESSADO. INICIATIVA

EXCLUSIVA DOS ÓRGÃOS DOS TRIBUNAIS. PRECEDENTES. ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA ADOLESCENTE. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009. ACÓRDÃO HOSTILIZADO QUE CONSIDERA RELATIVA A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. MANUTENÇÃO DO DECISUM A QUO. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCABOUÇO JURÍDICO. A POSSIBILIDADE DE A MENOR, A PARTIR DOS 12 ANOS, SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS É INCOMPATÍVEL COM A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA NO ESTUPRO. PRECEDENTE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DAS PROVAS ACERCA DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. SÚMULA 07 DO STJ.

O ditame protecionista do Código Penal em face de atos sexuais perpetrados com adolescentes advém do disposto no art. 227, § 4º da Constituição da República, ao dispor que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

#### **4.3. Princípios de Direito Penal e a Responsabilidade Objetiva no Estupro de Vulnerável**

Parte da moderna doutrina vem considerando a rigidez da Lei 12.015/2009 quanto ao crime de estupro de vulnerável como realização pelo ordenamento jurídico pátrio da responsabilidade penal objetiva.

Importa dizer, por esta via, que o legislador ao apenar atos de índole sexual, ainda que consentidos com menores de 14 anos, estaria aplicando a pena ao sujeito ativo, ainda que inexistentes elementos subjetivos - dolo ou culpa, mitigando conceitos já consolidados de responsabilidade pessoal e culpabilidade, ainda que vigore em nosso ordenamento jurídico a teoria da imputação objetiva, já objeto de dilação neste estudo.

Em sede Civil, vale especial ênfase ao consignado no § 1º do art. 927 do Código Civil Brasileiro que estabeleceu o instituto da responsabilidade objetiva nos casos específicos previstos em lei. Tal responsabilidade implica na obrigação de ressarcimento independente de culpa, desde que verificada a existência do ato, dano e nexos causal, nos casos em que a lei expressamente prevê a potencialidade do dano na realização da atividade. Assim, brilhante as lições do professor Gomes (2003, p. 457) acerca da responsabilidade civil objetiva:

Inequivocadamente, filiou-se o legislador aqui ao conceito de risco criado. Nas palavras do inolvidável Mestre, Prof. e Des. Serpa Lopes (Curso de direito civil. Vol. V, p. 155) “pelo próprio fato de agir, o homem frui todas as vantagens de sua atividade, criando riscos de prejuízos para os outros, de que resulta o justo ônus dos encargos”. Segundo o Prof. Caio Mário da Silva Pereira (Responsabilidade civil. Forense, 1989. p. 300) ela tem lugar “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. É mais vantajosa do que a concepção do risco-proveito, porquanto não impõe ao prejudicado o ônus de demonstrá-lo em favor do autor do dano, menos ainda questiona sobre sua natureza, se de ordem econômica, ou não. “O que se encara é a atividade em si mesma, independentemente do resultado bom ou mau que dela advenha para o agente (...)”. “A idéia fundamental da teoria do risco pode ser simplificada, ao dizer-se que, cada vez que uma pessoa, por sua atividade, cria um risco para outrem, deveria responder por suas conseqüências danosas”. Vai nisso um problema de causalidade. No Direito Italiano, Massimo Bianca (Responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1994. p. 686 e SS.) explana que a responsabilidade objetiva se inclui na noção e disciplina do ilícito e revela idêntico fundamento: a violação do dever de respeito a outrem. Corresponde à exigência prevalente de tutelar terceiros também contra fatos não culpáveis daqueles que, mediante atividades ou coisas, expõem os outros a um perigo não completamente evitável, embora com emprego da diligência adequada à natureza das atividades ou da coisa. Está conforme o princípio de justiça social, segundo o qual o risco de danos a terceiros inevitavelmente conexos a uma atividade ou coisa deve ser suportado por quem a exerce ou usa a coisa.

Implica dizer, portanto, que na responsabilidade objetiva, a mera conduta do agente, independente de seu objetivo, caso preenchidos os elementos do tipo penal de conhecimento do homem médio, deverá ser objeto de repressão estatal por seu braço coercitivo penal. Neste sentido Greco (2008, p. 528 apud Laranjeira):

A lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais. Sua personalidade ainda estava em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado.

Neste sentido, acertado concebermos que a aplicação da pena não deve decorrer da mera constatação da vulnerabilidade, sendo necessário, ainda, a aplicação de uma hermenêutica constitucional de forma a fielmente assegurar o contraditório e a ampla defesa, bem como consolidar a manutenção da responsabilidade penal subjetiva, afastada a presunção absoluta a tipos penais pertencentes à legislação brasileira.

Assim já se manifestou o Supremo Tribunal Federal acerca do tema por ocasião do Inq. 1.578-4-SP: “O sistema jurídico penal brasileiro não admite imputação por responsabilidade penal objetiva”.

Noutro diapasão, conforme já salientado a doutrina e jurisprudência dominantes tem se posicionado a favor do reconhecimento do Erro de Tipo do art. 20 do Código Penal ao crime de estupro de vulnerável quando o agente desconhecia a idade da vítima e não poderia exigir-se conduta diversa quando da análise do caso concreto.

Por conseguinte, inexistente a presunção da modalidade culposa do delito em análise, haja vista não haver previsão expressa na legislação, o que torna a conduta atípica, caso comprovada.

#### **4.4. Análise Jurisprudencial do Consentimento da Vítima pelo STJ por ocasião do Recurso Especial nº 1.480.881 – PI, de 27 de agosto 2015**

Em decorrência do elevado número de recursos sobre a aplicação ou não da relativização da vulnerabilidade no julgamento de casos envolvendo estupro de vulnerável entre 12 e 14 anos - de 06 em 2010 para 166 em 2014 – o Superior Tribunal de Justiça julgou no rito de recursos repetitivos do art. 543-C do CPC o Recurso Especial nº 1.480.881 – PI.

Passa a colacionar, por esta feita, a referida decisão, para então destacar os pontos de maior relevância para o tema, haja vista a contemporaneidade da decisão e o condão pacificador do *decisum*:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. **CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.** RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era

absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido **manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade**, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – "beijos e abraços" – com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.

5. O exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais.

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.

**7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados.** No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a **aclamada aceitação social da conduta** imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos

Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: **Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.** (grifo nosso)

Desta feita, alguns apontamentos parecem importantes para o bom deslinde do presente trabalho em face dos argumentos apresentados até então.

Num primeiro momento, cumpre asseverar que o caso objeto de julgamento cuida de sujeito ativo com idade superior a 25 anos que começou a ter relações sexuais com sujeito passivo quando esta contava com apenas 11 anos de idade. Neste diapasão, muito embora o caso trate de sujeito passivo criança – reconhecida pela doutrina uníssona como incapaz de auto determinar-se sexualmente -, a tese final do Recurso Repetitivo não fez distinção quanto à idade da vítima, devendo-se aplicar o tipo penal do art. 217-A a qualquer conduta de conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos, superando, por conseguinte, o argumento de que aos adolescentes com idade compreendida entre os 12 e 14 anos seria possível a aplicação da relativização da vulnerabilidade.

No que se refere ao princípio da Adequação Social, bem como à aplicação da teoria do risco permitido de Roxin, novamente fora descartado pelos Ministros do STJ, sob argumento de impossibilidade de a criança ou adolescente em tenra idade decidir-se sobre sua vida sexual.

Assim, conclui-se que os Ministros não entendem como retrocesso a aplicação absoluta da vulnerabilidade, ainda que antes a jurisprudência aceitasse a relativização da violência presumida, mas sim entendem tratar-se de uma evolução na Política Social e Criminal brasileira que, pela primeira vez, protege o sadio desenvolvimento de seus infantes consagrando o disposto no art. 226 da Constituição da República.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise principiológica e histórica do Direito Penal salienta a necessidade da sociedade moderna em proteger as crianças e adolescentes, segundo suas condições peculiares de seres humanos em desenvolvimento, como forma de assegurar condições de vida digna e sadia às atuais e futuras gerações.

A Liberdade e Dignidade Sexual é direito de todos, conquistado a duras penas, superando conceitos machistas e morais arraigados por séculos em nossa sociedade.

Neste sentido, verifica-se um número ainda elevado de crimes sexuais cometidos em face de crianças e adolescentes, com especial ênfase à pedofilia, objeto de absoluta aversão e ojeriza por toda a sociedade.

Nesta seara, a inovação legislativa trazida pela Lei 12.015/2009 com a inserção do art. 217-A ao Código Penal, surge como resposta aos anseios sociais de maior penalização dos atos sexuais ou libidinosos com menores de 14 anos, independente de consentimento ou violência, com aplicação absoluta se preenchido o requisito cronológico de vulnerabilidade.

Destarte, parte da doutrina questiona se o novo tipo penal estaria adequado à realidade social hodierna brasileira, onde vislumbra-se uma iniciação sexual cada vez mais precoce, além do amplo acesso à informação sexual, inclusive à educação sexual nas escolas a partir dos 12 anos de idade.

A análise jurisprudencial moderna tem se mostrado atenta aos ditames de direito penal e à hermenêutica constitucional na aplicação de sanções aos ‘estupradores de vulneráveis’, com especial ênfase no caráter disciplinar da pena.

Numa ponderação entre bens jurídicos tutelados, quais sejam a liberdade de autodeterminação sexual dos menores e a proteção ao seu desenvolvimento sexual e mental hígido, a penalização visando a proteção, ainda que contrarie uma suposta liberdade, mostra-se maneira razoável apta a resolver a problemática, ainda que seja plenamente razoável aceitarmos que a própria evolução social poderá nos levar a um novo enfrentamento e posicionamento acerca do tema.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Amanda; LIMA, Hessen Handeri. **O Estupro de Vulnerável e a Presunção Relativa da Vulnerabilidade, quanto aos Menores de 14 anos.** Disponível em <<http://www.fenord.edu.br/revistaacademica/revista2014/textos/art07revaca2.pdf>>; Acesso em 17 ago. 2015.

BÁRTOLI, Márcio. **A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 678, 1992

BARROS, Flávio Monteiro de. **Crimes contra a Dignidade Sexual.** Araçatuba, Ed. MB, 2010.

BRASIL. **Código Criminal do Império**, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.** Disponível em: <[http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo\\_norma=DEC&data=18901011&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s)>. Acesso em: 15 set. 2015

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal atualizado.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.480.881 – PI. Recorrente: Ministério Público do Estado do Piauí. Recorrido: A R DE O. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro\\_Vulner%C3%A1vel\\_Repetitivo.pdf..](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf..)> Acesso em: 14 out. 2015.

BUENO, Rodrigo Poreli Moura; SOUZA, Cesar Augusto Neves. **O Tema da Sexualidade na Longa Idade Média: Concepções de Masculino e Feminino**, 2012. Disponível em: <<http://historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=artigos&id=210>>. Acesso em: 06 out. 2015.

CASTRO, Leonardo. Legislação comentada - artigo 217-a do CP - estupro de vulnerável. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <<http://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: Parte Especial**. 9. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal (parte geral)**. Conceito, 2010, 4ª edição.

COSTA, Lívia Batista da. **DA DEFESA DA HONRA À DEFESA DA VIDA: uma história da violência contra a mulher na cidade de Goiânia**. (Dissertação apresentada como requisito à obtenção do grau de mestre em História no Programa de Mestrado em História, da Faculdade de Ciências Humanas e Filosofia da Universidade Federal de Goiás). Goiânia, 2006.

COSTA, Carla. **Estupro, Estupro de Vulnerável e as Novas Alterações Trazidas pela Lei 12.015/2009**. Monografia, 2009. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=7916](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7916)>. Acesso em 07 out. 2015.

CÓDIGO DE HAMMURABI. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 19 set. 2015.

FEDATO, Thatiane Ferreira. **Ação Penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual: Intimidade da Vítima e Segurança Coletiva**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2876/2654>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte especial**. Vol II, 5 ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1986

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GUIMARÃES, Juliana Vianna. **Adequação Social como Limite à Incriminação nos Crimes Sexuais: Da Presunção De Violência ao Estupro de Vulneráveis**. **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, 2013. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca\\_videoteca/monografia/Monografia\\_pdf/2013/JulianaViannaGuimaraes\\_Monografia.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2013/JulianaViannaGuimaraes_Monografia.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. volume III, 7. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2010.

LARANJEIRA, Tiara Badaró. **Relativização da vulnerabilidade sexual nos termos do art. 217-A, caput, do Código Penal**. dez. 2012. Disponível em: <<http://tiarabadaro.jusbrasil.com.br/artigos/112354505/relativizacao-da-vulnerabilidade-sexual-nos-termos-do-art-217-a-caput-do-codigo-penal>>. Acesso em: 20 out. 2015

MOURA, Bárbara Danielle. **Os crimes sexuais e a Lei nº 12.015/2009**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37514/os-crimes-sexuais-e-a-lei-n-12-015-2009#ixzz3sWi9Mnu0>>. Acesso em: 10 set. 2015.

NOBRE, Kênia Cristina Oliveira Nobre. **Estupro de Vulnerável**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2853&idAreaSel=4&seeArt=yes>>. Acesso em: 25 set. 2015.

NERO, Glauter Del; MARTINS, Fernanda Rocha e MAURÍCIO, Milene. **Breves notas sobre o Funcionalismo de Roxin e a Teoria da Imputação Objetiva**. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/144-REFLEXO-DO-ESTUDANTE#\\_ftn9](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/144-REFLEXO-DO-ESTUDANTE#_ftn9)>. Acesso em 17 jul. 2015.

NORONHA, E. Magalhães . **Direito Penal**. vol. 3, 36 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual - Comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009** - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Crimes Contra Dignidade Sexual**. Editora: Revista dos Tribunais, revisada e atualizada. São Paulo, 2010.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial**. 6 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PINHATE, Andreia. **Estupro de vulnerável: O desproporcional artigo 217-A do Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <<http://andreapinhate.jusbrasil.com.br/artigos/184253376/estupro-de-vulneravel>>. Acesso em: 13 set. 2015.

PORTINHO, João Pedro de Carvalho. **História, Direito e Violência: do estupro ao atentado violento ao pudor – aspectos gerais**, 2005. Disponível em: <<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&ID=10>>. Acesso em: 15 set. 2015.

ROCHA, Claudionor. **Atentado ao Pudor**. Direitonet: 2003. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1201/Atentado-ao-pudor>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

ROSA, Victor de Oliveira; RODRIGUES, Alexandra Danielle Noia. **A relativização da presunção da violência em delitos sexuais**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=6311&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6311&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em 06 ago. 2015.

ROSSIAUD, Jacques. Sexualidade. In: LE GOFF, J.; SCHMITT, J. (Orgs.). **Dicionário temático do Ocidente Medieval**. Bauru, SP: Edusc, 2006, v. 2.

ROXIN, Claus *in* FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto. **Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. Princípios Fundamentais e Sistema. Prólogo. São Paulo: RT, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal - parte geral**. São Paulo: ICPC, 2010

WELZEL, Hans. **Direito Penal**, Campinas/SP: Editora Romana, 2003, tradução de Afonso Celso Rezende. Magalhães Noronha, Direito Penal, Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1988.