



**FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**2017**

**O ESTUPRO DE VULNERÁVEL – UM CONCEITO REAL OU LEGAL?**

*Fernanda Freitas Ferreira – nandavrb@gmail.com*

*Ricardo Ferraz Braidá Lopes – ricardofbraidá@gmail.com*

**RESUMO**

O presente trabalho de conclusão de curso busca analisar o conceito de estupro de vulnerável, em detrimento da alteração legislativa que ocorreu com 12.015/09, sendo um grande marco revolucionário para o tipo penal. Com a alteração, ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 anos configura crime. Tal tipo é tratado como presunção absoluta, não importando o real discernimento, capacidade para consentir ou fragilidade do protegido para o referido tipo penal. Apesar da presunção absoluta, doutrinadores e alguns Tribunais estão demonstrando opiniões diferentes ao que prevê o dispositivo legal, pois fazem uma análise subjetiva do caso fático.

**Palavras-chave:** Estupro de vulnerável; Presunção de violência absoluta; Inconstitucionalidade; Princípios; Presunção relativa.

**ABSTRACT**

The present work of course completion seeks to analyze the concept of rape of vulnerable, to the detriment of the legislative amendment that occurred with 12,015 / 09, being a great revolutionary landmark for the criminal type. With the change, having a carnal conjunction or practicing libidinous act with less than 14 years configures crime. Such a type is treated as an absolute presumption, regardless of the real discernment, capacity to consent or fragility of the protected for the said criminal type. In spite of the absolute presumption, doctrinaires and some Courts are demonstrating opinions different from what the legal provision foresees, as they make a subjective analysis of the phatic case.

Keywords: Rape of vulnerable; Presumption of absolute violence; Unconstitutionality; Principles; Relative presumption.

**Keywords:** Rape of vulnerable; Presumption of absolute violence; Unconstitutionality; Principles; Relative presumption.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende analisar uma revolução penal ocorrida em Agosto de 2009, com a vigência da Lei n. 12.015, que apresentou nova redação aos crimes contra dignidade sexual, principalmente sobre o crime de estupro. Tal revolução estendeu ao grupo dito vulnerável, que ganhou tipicidade própria pintada no art. 217-A do Código Penal.

No entanto, a discussão acerca da presunção de violência permaneceu, como acontecia anteriormente com a vigência do antigo art. 224 do Código Penal. Tal discussão era baseada se absoluta ou relativa à presunção de violência quando a relação sexual era praticada com aqueles elencados no do artigo supra. No entanto, com a alteração legislativa, a presunção de violência foi substituída pela vulnerabilidade e a controvérsia não deixou de existir, pois essa vulnerabilidade é relativa ou absoluta.

Assim, delimitando o tema, o estudo irá se ater a confrontar diplomas normativos, doutrinas, jurisprudências, buscando analisar a natureza da violência presumida contra vulnerável, visando excepcionalmente situações que envolvam crianças maiores de 12 anos e menores de 14 anos, que não possuem deficiência mental, pois esta faixa etária é a responsável por maiores números de questionamentos acerca da vulnerabilidade ser relativa ou não.

Portanto, o problema central do presente trabalho pode ser traduzido pela seguinte indagação: A vulnerabilidade existente no art. 217-A do Código Penal deve ser absoluta em todas as situações?

No tocante ao referencial teórico, no primeiro capítulo, a pesquisa irá esmiuçar as origens do conceito do crime de estupro que, via de consequência, introduziu em período posterior o novo tipo penal denominado estupro de vulnerável. E mostrará a evolução histórica do crime de estupro até os dias atuais.

Na sequência, no segundo capítulo, o estudo analisará o posicionamento de renomados doutrinadores, como Vicente de Paula Rodrigues Magglio, Rogerio Grecco, Guilherme de Souza Nucci, Regis Prado e Cezar Roberto Bittencourt, dando ênfase em alguns princípios basilares do nosso ordenamento jurídico como: o princípio constitucional da proporcionalidade, o princípio da adequação social e o princípio da ofensividade.

No terceiro capítulo será analisado julgados de Tribunais acerca da relativização ou não da vulnerabilidade presente tema de estudo dessa pesquisa. Visto que em certas situações as decisões foram proferidas olhando o caso concreto e não somente a letra fria da legislação penal, sendo relativizada a vulnerabilidade nessas situações.

E, por fim, no quarto e último capítulo, o trabalho irá se debruçar sobre a contextualização do estupro de vulnerável com a nossa realidade social, partindo da premissa que o contexto probatório de cada situação deverá ser levado em consideração para adequação do fato ao tipo penal de estupro de vulnerável. Visto que apenas o fato da vítima ter 14 anos incompletos não enseja em argumentos suficientes.

No que diz respeito à metodologia, o presente estudo busca realizar uma pesquisa bibliográfica, desenvolvida a partir de materiais publicados em livros, artigos, dissertações e teses. A natureza dos dados é tanto primária, ao analisar diretamente os julgados e a própria lei, quanto secundária, ao se utilizar de doutrinadores que comentam e interpretam as normas em debate. A abordagem é qualitativa, pois não se envolve com dados numéricos, mas decisões que levam a interpretações sobre o tema da presente pesquisa. E, por fim, a pesquisa é teórica, pois se utiliza das chamadas “fontes de papel”, como legislações, julgados, dentre outros.

## **1. INTRODUÇÃO AO TIPO PENAL: ESTUPRO**

Inicialmente, antes de adentrarmos especificamente ao tema do presente estudo, é importante destacarmos as origens do conceito do crime de estupro que, via de consequência, introduziu em período posterior o novo tipo penal denominado estupro de vulnerável.

Consoante preleciona o Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, mais precisamente em seu art. 213, considera-se estupro “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Tal prática é atualmente punida com pena de reclusão de 06 (seis) a 10 (dez) anos; assim como possui duas qualificadoras, quais sejam: quando da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos; e quando da prática ocorre o resultado morte, sendo essas punidas, respectivamente, com penas de 08 (oito) a 12 (dozes) anos e 12 (doze) a 30 (trinta) anos, ambas de reclusão.

Referidas citações se fazem importantes, haja vista que no presente trabalho abordaremos o tema estupro de vulnerável, com sua tipificação especialmente prevista no art. 217-A do mesmo *Códex*.

### **1.1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TIPO PENAL ESTUPRO**

A Lei n. 12.015/09 é um grande marco evolucionista para o tipo penal estupro. Isso porque, antes da referida Lei, existiam os crimes de estupro (antigo 213 do Código Penal) e atentado violento ao pudor (extinto 214 do Código Penal), sendo que, do primeiro, apenas poderia ser sujeito ativo o homem, assim como apenas poderia ser o sujeito passivo a mulher; em outras palavras, era um crime próprio que, via de consequência, exigia do agente uma especial qualidade de fato; já quanto ao segundo, este admitia como sujeito ativo e passivo ambos os sexos (NUCCI, 2014, p. 679).

Todavia, com a implementação da Lei supramencionada ocorreu uma fusão entre os tipos penais 213 e 214 do CP, passando a existir apenas o crime de estupro (o art. 213 do Código Penal), com seu tipo penal mais abrangente (vez que passou a englobar os crimes dos tipos penais anteriores). Ressalta-se, por oportuno, que a mudança não é focada no apenamento do crime, mas sim nos sujeitos ativos e passivos, senão vejamos: Com a implementação da nova Lei, no que tange ao crime de estupro, este passou a ter como sujeito ativo e passivo tanto o homem quanto a mulher, vez que o núcleo do tipo penal não é mais a “mulher” e sim “alguém” (CONDÉ, 2012, p. 24).

Não obstante, com a decretação da Lei n. 12.015/09 houve também a implementação do novo tipo penal estupro de vulnerável, artigo 217-A do mesmo diploma legal, antes abrangido de forma similar, porém apenas como uma qualificadora do antigo 213 do CPB veja-se:

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

Pena - reclusão, de três a oito anos.

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

Pena - reclusão de quatro a dez anos. (Redação dada pela Lei n. 8.069, de 1990) (Revogado pela Lei n.. 9.281, de 4.6.1996)

Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei n. 8.072, de 25.7.1990) (grifo nosso).

Ou seja, o que antes era tratado apenas como uma qualificadora do crime de estupro passou a ser adotado como um novo tipo penal, com apenamento próprio, e elencado no rol dos crimes hediondos, tanto na sua forma simples quanto qualificada, deixando o atentado violento ao pudor de compor referido rol e passando a complementá-lo o novo artigo ora citado (CONDÉ, 2012, p. 25).

## **1.2. O ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Enquadrado no Capítulo II, no Título dos Crimes Sexuais contra Vulnerável do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, está o artigo 217-A, que preleciona que:

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

Tal tipo é tratado como presunção absoluta da vulnerabilidade; não importando o real discernimento, capacidade para consentir ou fragilidade do protegido para o referido dispositivo legal. Segundo o ilustre doutrinador Rogério Greco (2011, p. 534) o tipo penal mencionado visa à proteção tanto da liberdade quanto da dignidade sexual. Tal tipo tutela o desenvolvimento sexual daquele tido como vulnerável justificando “O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual.”. O jurista Guilherme de Souza Nucci (2009, p.37) aponta como objeto material do delito “é o bem de natureza corpórea ou incorpórea, sobre a qual recai a conduta criminosa”.

Segundo a capitulação do art. 217-A do Código Penal, basta apenas fazer uma simples interpretação gramatical para se averiguar que o tipo penal deixa claro que a simples prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com um menor de 14 anos, já configura o crime de estupro de vulnerável.

Vale ressaltar que a descrição penal não faz mera citação a qualquer ato de violência. Nesse sentido, ensina Rogério Greco (2013, p. 703):

O núcleo **ter**, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo constringer, **não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça**. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, conjunção carnal, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não ter sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento de alguém menor de 14 (quatorze anos), devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável. (grifo nosso).

Ato contínuo, da fria leitura do dispositivo supramencionado, percebe-se que a proteção é totalmente presuntiva; não aborda a realidade dos fatos. Podemos realizar tal afirmação de forma categórica, pois a lei protege o menor de 14 anos. Dizemos isso, pois ao analisarmos a seguinte situação hipotética abaixo é perceptível que por apenas um dia o menor é considerado ou não como vulnerável. É notória a proteção legalista, mas não realista, devido ao fato de que para o legislador a criança ao atingir 14 anos de idade, de forma mágica, deixa de lado todas as

suas vulnerabilidades e, via de consequência, passa a ter que provar que era inocente no momento em que sofreu o crime, ou seja, sua vulnerabilidade não é mais absoluta e sim relativa.

### **1.3. DA INCONSTITUCIONALIDADE/INVIABILIDADE DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

É sabido que no dia 25 de outubro de 2017, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a súmula 593 que dispõe sobre o caráter absoluto do estupro de vulnerável, veja-se:

O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Em outras palavras, segundo atual entendimento do Emérito Tribunal, basta à prática da conjunção carnal ou do ato libidinoso com o menor de 14 anos, para configuração do crime. Segundo referido entendimento, não se faz necessária à análise do consentimento da vítima, ou sua experiência sexual ou a possível existência de um relacionamento amoroso.

Ora, o direito não é uma ciência exata nem matemática, faz imprescindível sua adaptação às constantes mudanças das relações sociais, sob pena de seu total esvaziamento, extirpando a pacificação social e sua razão de existir.

A previsão de violência no estupro de vulnerável para os menores de 14 anos de idade, não deve ser considerada absoluta para fim de submeter à norma penal para toda e qualquer conduta que se amolde formalmente ao tipo legal, haja vista tal condição ser totalmente utópica a realidade. A norma penal deve ser interpretada de forma abrangente e conectada à realidade social em que está inserida, vez que ao aplicada de forma absoluta pode incorrer em excesso e punir condutas desprovidas de gravidade.

No intuito de superproteção do menor de 14 anos ou do vulnerável, violou vários princípios constitucionais, mormente, o da liberdade, o da autodeterminação e o pilar máximo da nossa ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana. Para tanto, basta uma rápida leitura do art. 227 da Constituição Federal da República, para averiguarmos tal violação:

**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 (grifo nosso).**

É o que se deduz também pela clara e inegável violação ao espírito e valores de nossa república, trazido no preâmbulo da Carta Magna Brasileira.

Assim, a previsão de violência no estupro de vulnerável para os menores de 14 anos de idade, não deve ser considerada absoluta para fim de submeter à norma penal para toda e qualquer conduta que se amolde formalmente ao tipo legal. A norma penal deve ser interpretada de forma abrangente e conectada à realidade social em que está inserida, podendo incorrer em excesso e punir condutas desprovidas de gravidade.

## **2. O ESTUPRO DE VULNERÁVEL AOS OLHOS DE ALGUNS DOUTRINADORES**

Doutrinadores renomados no ramo do Direito pugnam que a vulnerabilidade pode ser relativizada quando as circunstâncias do caso concreto indicarem que não houve violação ao bem jurídico tutelado, tais como a maturidade da vítima, sua promiscuidade e seu consentimento. Nesse sentido, a posição do ilustre Carvalho (s.a, s.p) confirma tais entendimentos:

Se há um consentimento justificado pela capacidade de discernir com a prática sexual, aliado a genuína satisfação do desejo, porquanto ausente a violência ou a grave ameaça, não há que se falar em desvalor do resultado, uma vez que não houve efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, não moldando-se a tipicidade material. Perceba a razoabilidade em admitir que o menor de 12 ou 13 anos que possui entendimento satisfatório da vida sexual, bem como os portadores de transtornos mentais, diante da comprovação de laudo técnico, possam dispor de sua liberdade sexual na essencial procura do prazer e da felicidade, seja de forma breve ou fruto de uma relação afetiva.

Alguns princípios basilares devem ser bem analisados nessa situação para que não sejam feridos:

O art. 217-A afronta claramente o princípio constitucional da Proporcionalidade, que protege o indivíduo contra intervenções desnecessárias ou excessivas do Estado, que possam causar danos aos cidadãos maiores que o indispensável para a proteção do interesse público. Ou seja, ao retirar do indivíduo o direito de decidir quando quer iniciar sua vida sexual. Tal princípio encontra-se implícito na nossa Carta Magna, tendo como objetivo limitar o poder de atuação do Estado (PHILIPPI, s.a, s.p).

O princípio da Adequação Social deve ser analisado, pois em nosso meio social é bem comum relacionamento entre menores de 14 anos e maiores de 18 anos, e a sociedade não

condena, não repudia esses relacionamentos. Sendo comum a prática de conjunção carnal dentro dos relacionamentos mencionados (GOMES, s.a, s.p).

O princípio da ofensividade também deve ser averiguado, já que tem seus efeitos reflexos divididos em dois planos: no primeiro servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos políticos-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativos, constringendo o interprete legal a encontrar em cada caso concreto lesividade relevante ao bem jurídico protegido (ARAGÃO, s.a, s.p).

Conforme mencionado, doutrinas e jurisprudências mais avançadas reconhecem que o Direito Penal pós-moderno não deve se preocupar com fatos desprovidos de qualquer gravidade. Aliás, ele deve ser visto como a *ultima ratio* do sistema, sendo aplicado apenas aquelas condutas que apresentam efetiva gravidade e demandem repressão, sendo totalmente desproporcional quando é utilizado para tutelar bem jurídico que não tenha sofrido qualquer lesão, tratando-se do princípio da intervenção mínima. Bitencourt (2013, p. 22), proclama em sua doutrina:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano e um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado

O bem tutelado no art. 217-A do Código Penal é a dignidade do menor de 14 anos. Com relação a esse bem jurídico tutelado leciona Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 100):

Admite-se atualmente que o bem jurídico constitui a base da estrutura e interpretação dos tipos penais. O bem jurídico, no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações. A proteção de bem jurídico, como fundamento de um Direito Penal liberal, oferece um critério material, extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, **‘será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum’**

Seguindo essa linha de pensamento, nosso renomado doutrinador Nucci (2009, p. 37), admite a relativização para a vítima menor de 14 anos (12 ou 13 anos) devido à atual realidade brasileira, verifica-se:

Enquanto o ECA proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual.

Regis Prado (2006, p. 246), outro doutrinador do ramo jurídico, diz que mesmo que haja essa discussão “não se deve aceitar a presunção de violência como fonte de certeza criminal, pois, o mesmo pode promover o desprezo pela prova e não revelar a sua verdadeira natureza”. Posicionamento idêntico é trazido pelo doutrinador Magalhães (2007, p. 224) em relação a presunção de violência “é inadmissível, porque se puníssemos sempre o agente que tivesse contato carnal com um menor, estaríamos consagrando a responsabilidade objetiva, coisa, entretanto, repudiada pela nossa lei.”

Tudo isso se deve ao fato de que a contemporânea legislação atua restritivamente de forma legalista, não levando em consideração a realidade dos fatos. Em outras palavras, certo é que não temos os princípios do Direito Penal em sua máxima atuação, vez que tais medidas que deveriam ser proporcionais à realidade dos fatos, passam a ser aplicadas de forma descontrolada, automática, não importando quem são os agentes por trás das cortinas ou a história que ali se passa.

### 3. DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

A intitulação do tipo penal estupro de vulnerável, assim como sua pena é de constante debate tanto na sociedade, quanto no mundo jurídico, seja pela sua presunção acerca da vulnerabilidade, seja pela pena aplicada ao referido crime. Assim, nesse contexto, a jurisprudência do STF vem trazendo a presunção de forma absoluta em detrimento da violência no ato sexual praticado com menores de 14 anos, senão vejamos:

**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 anuisse 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). (grifo nosso)

Nessa seara, ao realizar uma análise da jurisprudência supramencionada percebe-se que mesmo que a vítima afirme em seu depoimento que a conjunção carnal ocorreu com o seu consentimento, o entendimento do STF é de que a presunção de vulnerabilidade para menores de 14 anos é absoluta, não havendo, dessa forma, no que se falar em relação a consentimento. Ademais, no presente entendimento não há nada que desqualifique o crime de estupro de vulnerável, quando houver ato libidinoso ou conjunção carnal com menores de 14 anos.

Noutro giro, apesar do posicionamento defendido pelo STF e a Corte Mineira ampara um posicionamento diverso, considerando o caso concreto para então definir suas decisões, criando, assim, uma relativização da presunção de violência. Nesse sentido, se faz necessário trazer a baila tal entendimento.

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - RELATIVIZAÇÃO - POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO - ABSOLVIÇÃO - VIABILIDADE - CONDUTA MATERIALMENTE ATÍPICA - VOTO VENCIDO. - A relativização da presunção de violência deve ser analisada caso a caso e concedida excepcionalmente, sob pena de se banalizar a proteção conferida pela norma penal à criança e ao adolescente. - No caso em tela, pelas provas constantes dos autos, vê-se que o casal mantinha um relacionamento amoroso há aproximadamente 08 meses, sendo todas as relações sexuais consentidas, não se vislumbrando, pois, qualquer tipo de violação ao bem juridicamente tutelado, sendo o fato em questão materialmente atípico. V.V. (Apelação Criminal 1.0720.09.050478-1/001, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Herbert Carneiro, Data de publicação 27.02.2012)

Da jurisprudência apresentada, percebe-se que as relações carnis eram praticadas de forma consentida, em razão do relacionamento amoroso; ou seja, não há que se falar na prática do crime. Todavia, consoante determina o dispositivo legal, a simples prática do ato, independentemente das análises subjetivas que cercam os sujeitos, já é suficiente para prática do tipo.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL - VULNERABILIDADE RELATIVA - ATO PRATICADO COM AQUIESCÊNCIA PLENA E CONSCIENTE DA MENOR - CONSTRANGIMENTO INEXISTENTE - CONDUTA ATÍPICA. RECURSO PROVIDO. A vulnerabilidade contida no artigo 217-A, assim como a presunção de violência do revogado art. 224, "a", do CP, é relativa. É por isso que nos casos em que a menor tem consciência e capacidade de discernimento acerca dos fatos, e tem condições de oferecer resistência (física ou mental) à investida, mas aquiesce à relação, fica afastado o crime. (TJMG -Apelação Criminal 1.0358.05.006851-1/001, Relator(a): Des.(a) Furtado de Mendonça , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 07/02/2017, publicação da súmula em

22/02/2017)

Novamente nos deparamos com uma situação em que a Lei não é precisa em sua aplicação. Em tal caso, é notório o interesse do menor na prática do ato. Este, por sua vez, deixa de resistir em razão do seu interesse pela concretização do ato, não podendo, portanto, o sujeito ativo ser penalizado pela situação ora criada.

JUÍZO DE RETRATAÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - VULNERABILIDADE AFASTADA PELO CONTEXTO PROBATÓRIO - ATIPICIDADE DA CONDUTA - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL NÃO VINCULANTE - DECISÃO MANTIDA. I- A presunção de vulnerabilidade do art. 217-A, do CP, é relativa, admitindo prova em contrário. II- A relativização da vulnerabilidade deve observar as condições reais da vítima de entender o caráter das relações sexuais e de se orientar de acordo com esse entendimento. (TJMG -EmbInfring e de Nulidade 1.0144.11.002340-1/002, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 01/11/2016, publicação da súmula em 11/11/2016)

Como já explanado acima, a consciência, assim como outros fatores subjetivos relacionados ao ato apurado, devem ser levados em consideração no momento de análise da prática do crime ou não.

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. INTERPRETAÇÃO DOS FATOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA (ULTIMA RATIO) E FRAGMENTARIEDADE DO DIREITO PENAL. FLEXIBILIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE... Ver íntegra da ementa VULNERABILIDADE MANTIDA. É bem verdade que a nova legislação que introduziu o artigo 217-A em nosso Código Penal, aliás, na esteira de legislações alienígenas, veio a agravar a conduta de quem, em termos gerais, pratica ato sexual com menores de 14 anos. O legislador buscou afastar a brecha legislativa que oferecia interpretação "dúbia" (?) que se instalava com a expressão presunção a que se referia o artigo 224 do CP brasileiro, ou, mais precisamente, se a presunção seria absoluta ou relativa, optando, com a reforma, pela fórmula mais rígida de que o consenso do menor não é válido tamquam non esset, isto é, a presunção é absoluta. Nada obstante, o direito penal não tem caráter absoluto e deve sempre ser visto em sua conformidade constitucional, portanto sob os auspícios dos princípios do Estado democrático de direito, da dignidade da pessoa humana e da intervenção mínima (ultima ratio). Assim, se por um lado houve agravamento pelo legislador de condutas como a que ora está sob análise,... de outro positivou-se o entendimento, já de longo presente na doutrina e jurisprudência, de que a tutela sobre os crimes sexuais não se insere na órbita de uma mutável, relativa e abstrata moralidade pública, sob a fórmula "crimes contra os costumes", mas, diversamente, na da autodeterminação sexual, que está diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana. O direito à autodeterminação sexual, em sentido penal, deve, contrariamente, ser entendido como um direito de defesa do indivíduo. Contém, na verdade, a liberdade contra a "determinação" que venha de fora (externa) sobre o âmbito (pessoal) sexual. Assim, apesar de a vítima ter menos de 14 anos de idade na data do fato, revela a prova a sua evidente maturidade sexual e liberdade escolha, o que, como já referido, impõe a

flexibilização do rigor legal, afastando-se a tipicidade da conduta do apelado. ACÓRDÃO MANTIDO NA ÍNTEGRA. (Apelação Crime Nº 70064354988, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 18/05/2017).

Percebe-se que a lei não pode prever e disciplinar tudo o que ocorre na humanidade, cabendo ao aplicador do Direito, fazendo uma interpretação sistemática, ter discernimento para, em casos específicos como exemplificados pelos julgados da Corte Mineira, afastar a incidência da norma penal.

A relativização da violência deve ser analisada de caso a caso e somente deverá ser concedida em casos excepcionais, para que não ocorra uma banalização do dispositivo legal que visa proteger a criança e o adolescente. Tendo que se observar as condições reais da suposta vítima, de entender o caráter das relações sexuais respeitando o seu direito da autodeterminação sexual.

#### **4 – ESTUPRO DE VULNERÁVEL X REALIDADE SOCIAL**

Ao procurar o conceito de estupro no dicionário encontramos “Ato de forçar, de obrigar alguém através de violência ou de ameaças a praticar o ato sexual contra sua própria vontade: muitas mulheres sofrem com o estupro, mas tem medo de denunciar. Crime que consiste na ação de forçar alguém a praticar relações sexuais contra a sua própria vontade”. (DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS).

Em que pese o contexto fático relatado até o presente momento, fica evidente que deve ser feita uma análise de cada fato de forma separada, não sendo possível presumir como absoluta a vulnerabilidade da vítima.

Nesse sentido:

**EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS - CARÁTER RELATIVO DA VULNERABILIDADE - CONSENTIMENTO DA OFENDIDA - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO - ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA - RECURSO PROVIDO.** - A vulnerabilidade do art. 217-A do CP é relativa, admitindo prova em contrário. - A relativização da vulnerabilidade deve observar as condições reais da vítima de entender o caráter das relações sexuais e de se orientar de acordo com esse entendimento. - Inexistentes evidências, que não a tenra idade da vítima, que comprovem ter o agente a coagido, de alguma forma, a com ela manter relações sexuais, imperiosa a absolvição. (TJMG - EmbInfring e de Nulidade 1.0144.11.002340-1/002, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/10/2014, publicação da súmula em 30/10/2014). (grifo nosso)

Conforme exaustivamente mencionado no presente trabalho, o contexto probatório de cada situação deverá ser levado em consideração para adequação do fato ao tipo penal de estupro de vulnerável. Visto que apenas o fato da vítima ser menor de 14 anos não enseja em argumentos suficientes.

O ECA, em seu art. 2º diz: “considera-se criança, para efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade.” O adolescente nos dias de hoje já tem amplo acesso a informações. A educação sexual já é matéria obrigatória em algumas escolas. A televisão e internet são meios de fácil acesso a informação e esclarecimentos. Levando em conta que adolescentes de 12 a 13 anos, de acordo com a classificação apresentada pelo ECA, namoram e se relacionam sexualmente, fazendo com que a lei ficasse ultrapassada, aumentando consideravelmente a discussão nos tribunais.

Não se pode negar que a sociedade se encontra cada vez mais assustada, assombrada com a pedofilia, que é motivo de indignação e repulsa. Porém, o que se percebe é que o legislador buscando dar um parecer à sociedade colocou no mesmo patamar o namorado, o estuprador e o pedófilo. Parece, assim, que o legislador preocupou-se em proteger a dignidade sexual dos vulneráveis, quando na verdade deveria ter trago à tona uma definição legal condizente com nossa realidade social.

Com a alteração da conduta típica do art. 217-A algumas relações idôneas e dotadas de reciprocidade acabam sendo punidas. Presumir de forma absoluta que a liberdade sexual do adolescente de 12 a 14 anos incompleto tenha sido ferida é admitir o distanciamento entre a realidade fática com a realidade legal. Fazendo, nesse sentido, com que o Direito perca seu sentido ao proibir um comportamento socialmente admitido.

## **CONCLUSÃO**

Em conclusão, podemos afirmar que não temos a intenção de confrontar o legislador que buscou, com a alteração/introdução da Lei n. 12.015/09, resguardar ainda mais o desenvolvimento de nossas crianças e adolescentes no patamar biológico, psicológico, físico e moral, sendo de certa forma positiva a vulnerabilidade prevista no art. 217-A do Código Penal. Principalmente ao incluir no rol de crimes hediondos o estupro de vulnerável.

Entretanto, a lei não pode prever e disciplinar tudo o que ocorre na sociedade, não devendo banalizar a presunção absoluta para todos os casos. Cabe ao aplicador do Direito, em uma interpretação sistemática, ter discernimento para em casos específicos, afastar a incidência da normal penal.

A simples idade da pessoa, não pode servir como fato absoluto no sentido da prática do crime. Não é justo nivelar todos os adolescentes como vulneráveis, pois ninguém tem os mesmos pensamentos. Não se pode fechar os olhos à realidade e aplicar mecanicamente a letra fria da lei, até porque não deve admitir que o Estado desconsidere, de forma tão contundente, a realidade dos nossos tempos e intervenha tão drasticamente na vida dos indivíduos a ponto de punir o amor e o sentimento.

Se em determinadas situações, até a própria vítima não vislumbra sequer indícios da prática de crime por parte do suposto acusado, inexistente razão para o Estado substituir a vontade das pessoas e aplicar uma grave sanção como a pena privativa de liberdade, imputado ao autor do fato um crime hediondo de gravidade extrema. Tal ação do Estado afronta diretamente vários princípios do nosso ordenamento jurídico, como já mencionado na presente pesquisa.

Desta forma, ainda que para a caracterização do crime de estupro de vulnerável seja necessária à comprovação da idade da vítima, tal critério por si só não deve autorizar a referida tipificação. O correto é relativizar a vulnerabilidade, pois quando o operador do Direito se depara com determinada situação ele deverá analisar o caso fático de forma subjetiva, vendo todas as peculiaridades, admitindo provas em contrário, dando uma voz ativa ao dito vulnerável, que estão na faixa de 12 anos ou ainda 14 anos incompletos, podendo manifestar seu consentimento, sua vontade e sua opinião.

## **BIBLIOGRAFIA**

ARAGÃO, Gerson. **Entenda o princípio da ofensividade no Direito Penal**. Disponível em: <<https://gersonaragao.jusbrasil.com.br/artigos/221389747/entenda-o-principio-da-ofensividade-no-direito-penal>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, parte especial, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 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 nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm). Acesso em: 20 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 20 de Nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Especial nº 762.044 – SP (2005/0100093-0). Relator: Ministro Felix Fischer. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Cleber Francisco da Silva. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7161908/recurso-especial-resp-762044-sp-2005-0100093-0/inteiro-teor-12883302>>. Acesso em 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais.** Apelação Criminal 1.0720.09.050478-1/001, Comarca de Visconde do Rio Branco. Apelante: Greisson Maia Gonçalves da Cruz – Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Assistente do Ministério Público pela vítima Sergiany da Silveira Machado – Relator: Exmo. Sr. Des. Júlio Cezar Gutierrez – Relator para acórdão: Exmo Sr. Des. Hebert Carneiro. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0720.09.050478-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acessim em: 10 nov 2017.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais.** Apelação Criminal 1.0358.05.006851-1/001, Relator(a): Des.(a) Furtado de Mendonça , 6ª CÂMARA CRIMINAL. Comarca de Jequitinhonha. Apelante: Joaquim Eustaquio Gomes - Apelado: Ministério Público de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0358.05.006851-1/001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais.** EmbInfring e de Nulidade 1.0144.11.002340-1/002, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto , 1ª CÂMARA CRIMINAL. Comarca de Carmo do Rio Claro – Embargante: Denis de Paula Reis – Embargado: Ministério Público de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0144.11.002340-1/002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do RS.** Apelação Crime Nº 70064354988, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Partes: M.P e M.R.O. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask)>

=70064354988&num\_processo=70064354988&codEmenta=7279035&temIntTeor=true>.  
Acesso em: 10 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula n. 593. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27593%27>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

CARVALHO, Vicente de Paula Santos. **O estupro de vulnerável na reforma promovida pela lei 12.015/2009**. Artigo de Direito Penal elaborado sob a orientação da professora Fernanda Ravazzano. 2º Graduando do Curso de Direito da Universidade Salvador- UNIFACS. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2451/1797> - O ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA REFORMA PROMOVIDA PELA LEI 12.015/2009>. Acesso em: 20 nov. 2017.

CONDÉ, Teófilo Tavares Ducarmo. **Estupro de vulnerável: relativização da vulnerabilidade do maior de doze anos**. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito. Barbacena. 2012. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-74b4f5118c3951acd24058e0dc8bbbbb.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/estupro/>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte especial**. 8.ed. Niterói: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro. Impetus, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por princípio da adequação social?**. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928188/o-que-se-entende-por-principio-da-adequacao-social>. Acesso em 21 nov. 2017.

MAGALHÃES, Eduardo Noronha. **Direito Penal**. 27ed, v.3, São Paulo: Saraiva, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009**. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 6.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/09 (Artigos 213 e 217-A do Código Penal)**. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509>. Acesso em: 05 nov. 2017.

PHILIPPI, Patricia Pasqualini. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade: breve reflexão sobre sua aplicação no Direito Penal**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16226](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16226). Acesso em: 21 nov. 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**. 4 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

